



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Handwritten initials or mark.

Recurso n.º 1065/07.0

Proc. n.º 1065/07.0TYLSB.L1 do 2.º Juízo do Tribunal Comércio de Lisboa

ACÓRDÃO

Acordam, em conferência, os juízes da 5.ª secção criminal da Relação de Lisboa:

“PT - Comunicações SA” impugnou judicialmente a decisão da Autoridade da Concorrência, que lhe aplicou uma coima única no valor de € 38.000.000,00 (trinta e oito milhões de euros), pela prática, sob a forma continuada, das contra-ordenações p.p. pelos art.ºs 6.º, n.º 1 e 43.º, n.º 1, al.a), ambos da Lei 18/03 de 11 de Junho, art.º 3.º, n.º 1 e 37.º, n.ºs 1 e 2 da Lei 371/93 de 29 de Outubro e art.º 82.º do Tratado da Comunidade Europeia.

Por sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa (2.º Juízo), foi a impugnação julgada integralmente procedente, em consequência do que ficou a impugnante absolvida da prática das mencionadas contra-ordenações.

De tal decisão interpôs a Autoridade da Concorrência recurso, agora para este Relação, apresentando **motivação** que termina formulando as seguintes **conclusões**:

A) — De acordo com o normativo do n.º 1 do artigo 52.º da Lei n.º 18/2003, as decisões do Tribunal de Comércio de Lisboa – que admitam recurso nos termos previstos na alínea c) do n.º 1 do artigo 73.º do RGCO – são impugnáveis junto do Tribunal da Relação de Lisboa, que decide em última instância.

B) — A AdC tem legitimidade para recorrer autonomamente das decisões proferidas pelo Tribunal do Comércio de Lisboa, nos termos do n.º 6 do artigo 51.º da Lei n.º 18/2003.

C) — Os depoimentos indirectos não merecem a credibilidade e fidedignidade suficientes para serem considerados para a formação da decisão do julgador, sob pena de violação do artigo 129.º, n.º 1, e artigo 379.º, n.º 1, alínea c), ambos do CPP.

D) — Tendo em conta os objectivos do Direito da Concorrência e o significado jusconcorrencial do conceito de abuso de posição dominante e de infra-estrutura essencial resulta que a Sentença interpretou erradamente os artigos 6.º da Lei n.º 18/2003, e 82.º do TCE, agora 102.º do TFUE, e a prática e jurisprudência comunitárias.

E) — A Sentença recorrida deverá ser substituída por ter ofendido as normas de interpretação contidas no artigo 9.º do Código Civil, ao não ter considerado a unidade do sistema jurídico, e as disposições contidas no artigo 6.º, da Lei n.º 18/2003, e no artigo 82.º do TCE (actual artigo 102.º do TFUE).

F) — O artigo 6.º reflecte a técnica legislativa dos “exemplos-padrão”, que consiste na combinação de uma cláusula geral com uma tipificação exemplificativa.

G) — A determinação da existência ou da inexistência de uma “exploração abusiva” de uma posição dominante depende exclusivamente da subsunção do comportamento em causa no conceito de “abuso”, tal como descrito e filtrado pela actividade valorativa do aplicador.

H) — O TCL não só ignorou totalmente o significado e as consequências decorrentes da utilização da técnica legislativa dos exemplos-padrão, como parece ter esquecido as regras de interpretação jurídica.

I) — O TCL fez uma interpretação desadequada da alínea b) do n.º 3 do artigo 6.º, o que encontra explicação no facto de ter examinado os respectivos requisitos de uma forma descontextualizada e fragmentada com aparente desprezo pela atenção devida ao objectivo subjacente de protecção da concorrência.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

J) No sector das telecomunicações, o conceito de infra-estruturas essenciais será, em muitos casos, relevante na determinação das obrigações dos operadores de telecomunicações em posição dominante. A expressão infra-estrutura essencial é utilizada para descrever as instalações ou infra-estruturas que sejam indispensáveis para alcançar os clientes e/ou permitir aos concorrentes exercer as suas actividades e que não possam ser duplicadas de forma viável.

K) — Determinada que esteja a existência de uma infra-estrutura essencial, a empresa em posição dominante apenas se desonerará da obrigação de conceder acesso se demonstrar “que, por motivos operacionais ou outros, tal acesso é impossível em condições de razoabilidade” (artigo 6.º, n.º 3, alínea b), in fine, da Lei n.º 18/2003). Trata-se, claramente, de um ónus que lhe cabe e que foi expressamente consagrado na lei.

L) — A prova da essencialidade, tal como é apresentada pelo TCL, é incompreensível, pois não se percebe em que sentido emprega as várias referências ao termo “essencial”, parecendo confundir a noção de essencial para efeitos de preenchimento do conceito de infra-estrutura essencial com a noção de essencial no sentido de indispensável para efeitos de preenchimento do primeiro requisito exigido pela jurisprudência comunitária, que traduz a doutrina das infra-estruturas essenciais. De acordo com esse primeiro requisito, é necessário que a infra-estrutura detida pela empresa em posição dominante seja indispensável — no sentido de ausência de alternativas técnicas economicamente viáveis — para qualquer operador conseguir fornecer, em termos competitivos, o serviço pretendido. De acordo com o segundo requisito da jurisprudência comunitária, e caso se conclua por essa indispensabilidade, ainda será preciso averiguar se não é possível a esses concorrentes replicarem a infra-estrutura, de forma economicamente viável. Nada disto foi compreendido na Sentença, de maneira que os testes exigidos ficaram sem sentido.

M) — Além de que a Sentença não retirou as devidas consequências de uma série de factos que deu como provados e que demonstravam diversas impossibilidades de construção de redes alternativas às condutas da PTC.

N) — O TCL esqueceu-se ainda da legislação nacional que regula a ligação das redes de telecomunicações aos edifícios. Ignora, por exemplo, o Decreto-Lei n.º 59/2000, de 19 de Abril, que regula as ligações das redes públicas de telecomunicações aos edifícios. Em particular, o n.º 1 do seu artigo 6.º em que se dispõe que “é obrigatória a utilização das infra-estruturas de telecomunicações já instaladas sempre que as mesmas permitam suportar os serviços a prestar”.

O) — Em suma, tivesse o TCL considerado o conceito jurídico correcto de infra-estrutura essencial e teria verificado que todos os elementos que constituem esse conceito estavam preenchidos e provados no caso em apreço. Isto é, para qualquer empresa concorrente da empresa em posição dominante era, no período em apreço, extremamente difícil competir em mercados conexos sem o acesso à rede de condutas da PTC, por inexistência de alternativas economicamente razoáveis e impossibilidade de replicação economicamente viável.

P) — Além de que o TCL não relevou o facto, que deu como provado, de que: “[a] rede da PTC foi construída numa altura em que o sector das telecomunicações era um monopólio público e tem um âmbito nacional. Logo é manifesta a inviabilidade, para qualquer operador, de replicar toda a rede básica de telecomunicações da PTC e ficar em condições de concorrer no mercado”. Tendo por isso a especial obrigação de não negar o acesso ao espaço em condutas, sob pena de encerrar os mercados.

Q) — São inadmissíveis justificações que se prendam com a necessidade de reservar espaço para a própria empresa em posição dominante prestar serviços de telecomunicações aos clientes finais, pois essa é a essência básica do objecto da infracção.

R) — O conceito de replicabilidade é sempre um conceito de rede, e não de alternativas pontuais. A omissão na Sentença da visão integrada de rede levou à errónea qualificação da prática da PTC como não sendo abusiva por não considerar essencial o acesso aos troços em causa.

S) — As discriminações não poderiam ter ocorrido sem perfeita consciência por parte da PTC de estar a pôr em causa os concorrentes da CATVP e a favorecer esta, assim restringindo a concorrência e prejudicando os consumidores. De qualquer modo, não seria necessário o dolo, uma vez que, nos termos da Lei, a negligência é punível (artigo 43.º, n.º 6, da Lei n.º 18/2003). O que é, ademais, compreensível atendendo a que o conceito de abuso é objectivo, na jurisprudência comunitária.

T) — O TCL, tendo concluído — na opinião da AdC, erradamente — não estar em causa, no caso presente, uma infra-estrutura essencial, extraiu uma consequência errada dessa conclusão. A mesma, justificando que se prescindia do recurso ao exemplo-padrão constante da alínea b) do n.º 3 do artigo 6.º, não legitima, contudo, o abandono do exercício de determinação da existência ou não de uma infracção de abuso de



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

2

posição dominante, o que o TCL deveria ter feito por recurso a outro exemplo-padrão (nomeadamente, o que resulta da remissão da alínea a) do n.º 3 do artigo 6.º para a alínea f) do n.º 1 do artigo 4.º), ou à valoração autónoma da cláusula geral constante do n.º 1. Ao concluir pela inexistência de abuso de posição dominante sem proceder a essa análise, o Tribunal a quo violou o princípio da legalidade, consagrado no artigo 2.º do RGCO e no artigo 29.º, n.º 1, da CRP.

U) — A Lei n.º 18/2003 prevê a possibilidade de existência de um abuso de posição dominante decorrente de uma recusa de venda por parte de um operador em posição dominante, sem que tal recusa seja necessariamente uma recusa de acesso a infra-estrutura essencial (artigo 6.º, n.º 3, alínea a), com remissão para o artigo 4.º, n.º 1.º, alínea f)). Ora, se assim for, no caso em apreço, estando provada a existência de uma posição dominante, bastaria provar um abuso que resultasse da existência de uma recusa de venda para que estivesse consumado o ilícito. As recusas de venda e prestação de serviço foram consideradas provadas no caso em apreço.

V) — Existem factos considerados pelo TCL como provados que seriam suficientes para condenar a PTC por abuso de posição dominante. Na Sentença é dado como provado que as recusas de acesso ocorriam quando os operadores Tvtel e Cabovisão pretendiam instalar nas condutas de distribuição secundária da PTC cabos de fibra óptica, isto é, quando os operadores pretendiam fazer passar por essa conduta cabos com maior potencial do que os cabos da própria PTC presentes nessas condutas. Contraditoriamente, a Sentença não deu como provado que a PTC tenha discriminado os pedidos de acesso às condutas feitos pela Tvtel e Cabovisão relativamente a outros pedidos.

W) — A duplicação da infra-estrutura representava um custo de operação para qualquer operador de entre 1,9 a 3,2 superior ao custo de utilização da rede de condutas de distribuição secundária da PTC. Nos casos da Cabovisão e da Tvtel, era até mais do triplo e mais de 7 vezes, respectivamente. Resulta também inequivocamente da prova que era extremamente difícil competir em mercados conexos sem o acesso à rede de condutas de distribuição secundária da PTC, por inexistência de alternativas economicamente razoáveis. Nenhum operador podia competir sem extrema dificuldade com as empresas do Grupo PT nos serviços de telefonia fixa, acesso à Internet em banda larga, televisão por subscrição, acesso à Internet em banda estreita, vídeo on demand, entre diversos outros potenciados pela utilização de cablagens nas condutas da rede de distribuição secundária, com uma base de custos que seria, na melhor das hipóteses, cerca do dobro ou do triplo da do Grupo PT. Isto é, o TCL considerou provados factos que permitem testar e verificar que as condutas da rede de distribuição secundária da PTC eram uma infra-estrutura essencial para todo e qualquer operador que pretendesse prestar serviços de telecomunicações. No entanto, o TCL fundamentou a sua Sentença como se não tivesse sido feita prova da essencialidade dessa infra-estrutura, o que é uma contradição insanável.

X) — Ao dar como provado que não existiram motivos técnicos ou de custos por parte da PTC que justificassem as recusas de acesso às suas condutas, andou mal o TCL ao não fundamentar a Sentença nesses factos que considerou provados.

Y) — A ORAC veio confirmar que a PTC tinha, já à data dos factos, a obrigação de disponibilizar espaço em condutas para instalação de cabos de telecomunicações de terceiros.

Z) — Da constatação de que para qualquer empresa concorrente da empresa em posição dominante era, no período em apreço, extremamente difícil competir em mercados conexos sem o acesso à rede de condutas da PTC, por inexistência de alternativas economicamente razoáveis, deveria o TCL ter concluído, sob pena de contradição insanável, que a rede de condutas da PTC era uma infra-estrutura essencial.

AA — A Sentença a quo incorreu no vício de contradição insanável da fundamentação e entre fundamentação e a parte decisória da Sentença, violando o disposto no artigo 410.º, n.º 2, alínea b), do CPP.

BB) — O TCL considerou que os estudos técnicos que se recusou a valorar tinham significado decisivo para a demonstração do elemento fundamental da essencialidade das condutas da PTC. Erra flagrantemente na avaliação da autoria do primeiro estudo, chegando ao ponto de suspeitar se teria sido feito pelas próprias queixosas, quando tinha a possibilidade e o dever, por si, de confirmar a autoria e extrair daí conclusões quanto à credibilidade desse mesmo estudo. Tal constitui um erro notório na apreciação da prova, que é fundamento de recurso nos termos do artigo 410.º, n.º 2, alínea c), do CPP, ex vi artigos 75.º, n.º 1, do RGCO e 52.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003.

CC — Considerando que, nos termos do Regulamento n.º 1/2003, de 16.12.2002, do Conselho, relativo à execução das regras de concorrências estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do TCE, as Autoridades Nacionais da Concorrência e os Tribunais Nacionais, têm competência para aplicar os artigos 81.º e 82.º do TCE (vide artigos 3.º, n.º 1, 5.º e 6.º do Regulamento n.º 1/2003; artigo 22.º, n.os 1 e 2, da Lei n.º 18/2003 e artigo 6.º, n.º 1, alínea g) dos Estatutos da AdC).



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

2

DD — Considerando que a AdC deu por violado o disposto no artigo 82.º do TCE (actual artigo 102.º do TFUE), por recusa de acesso por parte de uma empresa em posição dominante a uma infra-estrutura essencial; e que o Tribunal de Comércio de Lisboa, tendo embora considerado aplicável o artigo 82.º, o interpretou de forma diversa da da AdC, e, erê-se, da prática e jurisprudência comunitárias, afigura-se pertinente o recurso ao mecanismo do reenvio prejudicial, por parte desse Venerando Tribunal, nos termos e para efeitos do disposto no artigo 267.º do TFUE.

EE) — O reenvio prejudicial para o Tribunal de Justiça da União Europeia pode ser suscitado por qualquer um dos sujeitos processuais, junto do Tribunal nacional que dirime a causa. A questão em apreço nos presentes autos e a sua interpretação dificilmente poderiam assumir maior pertinência, atendendo aos interesses em causa. Seja pela questão da interpretação do conceito da infra-estrutura essencial, seja pela da leitura da cláusula geral de abuso de posição dominante constante do artigo 6.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003 e do artigo 102.º do TFUE, o Tribunal ad quem deverá, se não proferir acórdão substitutivo da Sentença que condene a Arguida, remeter a questão para o Tribunal de Justiça da União Europeia.

NESTES TERMOS,

E nos melhores de Direito que V. Exas. doutamente suprirão, deverá a Sentença a quo ser revogada e substituída por outra que se coadune com a pretensão exposta, condenando a Arguida pelas infracções que lhe foram imputadas pela AdC e na correspondente coíma concretamente aplicada.

Caso assim se não entenda, deve esse Venerando Tribunal fazer o reenvio prejudicial para o Tribunal de Justiça da União Europeia, colocando as seguintes questões:

— É compatível com o disposto no artigo 102.º do TFUE a interpretação de que, para se concluir que uma infra-estrutura é essencial, a Autoridade nacional tem de conseguir fazer a prova da inexistência de alternativas técnicas à infra-estrutura cujo acesso haja sido requerido, bem como da impossibilidade de replicação da infra-estrutura?

— É compatível com o disposto no artigo 102.º do TFUE a interpretação de que, no caso de uma infra-estrutura de rede, é suficiente, para que se considere a mesma não essencial, a possibilidade de demonstrar que havia alternativas ou que era possível replicar segmentos dessa rede?

— O facto de a infra-estrutura ter tido origem em monopólio legal ou financiamento público altera os pressupostos do teste da essencialidade da infra-estrutura?

Caso também assim se não entenda, deve o Venerando Tribunal declarar a nulidade da Sentença recorrida por: (i) valoração e fundamentação com base em depoimento indirecto, em violação das regras do artigo 129.º do CPP, (ii) contradição entre os factos provados e a fundamentação e entre esta e a decisão para efeitos do artigo 410.º, n.º 2, alínea b), do CPP e (iii) erro notório na apreciação da prova para efeitos do artigo 410.º, n.º 2, alínea c), do CPP, com todas as legais consequências, assim se fazendo a costumada JUSTIÇA!

A PT Comunicações SA **respondeu** à motivação de recurso apresentada pela Autoridade da Concorrência, pugnando pela **improcedência do mesmo**.

O MINISTÉRIO PÚBLICO respondeu às motivações de recurso apresentadas pela Recorrente, pugnando pela **improcedência do mesmo**.

Neste Tribunal o Exmo. Procurador-Geral Adjunto teve vista dos autos, emitindo parecer no sentido do **não provimento do recurso**.

A recorrente, notificado nos termos e para os efeitos previstos no art. 417º, nº 2 do CPP, quedou-se pelo silêncio, nada tendo vindo alegar.

Colhidos os vistos legais e efectuada a conferência prevista no art. 419º do C.P.P., **cumpra agora apreciar e decidir**.

MATÉRIA DE FACTO FIXADA NA 1ª INSTÂNCIA



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

9

O tribunal *a quo* considerou provados os seguintes factos:

“ 1. 1 – As empresas:

- Tvtel Grande Porto – Comunicações, S.A. (doravante designada Tvtel), pessoa colectiva n.º 504 600 184, com sede na Rua Delfim Ferreira, n.º 383, no Porto, matriculada na Conservatória do Registo Comercial do Porto, e ---

- Cabovisão – Televisão por Cabo, S.A. (doravante designada Cabovisão), pessoa colectiva n.º 503 062 081, com sede em Lugar de Poços, Palmela, matriculada na Conservatória do Registo Comercial de Palmela. ---

apresentaram à AdC uma denúncia contra a PTC, conforme doc. fls. 5 e 1893, respectivamente. ---

2 - A Tvtel tem como objecto social “a operação de redes de telecomunicações de teledifusão e projectos e estudos de telecomunicações”. ---

3 - A Cabovisão tem como actividades principais a prestação de serviços de televisão por cabo, serviço telefónico em local fixo, serviço de acesso à Internet e de aluguer de fibra óptica. ---

4 – A arguida PT Comunicações, S.A. pessoa colectiva n.º 504 615 947 com sede na Rua Andrade Corvo, n.º 6, em Lisboa encontra-se matriculada na Conservatória do Registo Comercial de Lisboa. ---

5 - A PTC adquiriu a propriedade da rede básica de telecomunicações com base em contrato cuja minuta foi aprovada - juntamente com a minuta da alteração do contrato de concessão -, pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 147/2002, de 26 de Dezembro. ---

6 - A PTC tem como principais actividades a prestação de serviços de comunicações electrónicas e a gestão da rede básica de telecomunicações. ---

7 - A PTC é 100% detida pela Portugal Telecom, SGPS, S.A., pessoa colectiva n.º 503 215 058, matriculada na Conservatória do Registo Comercial de Lisboa com sede na Av. Fontes Pereira de Melo, n.º 40, em Lisboa.

8 - A Portugal Telecom, SGPS, S.A. detém a maioria do capital social da PT Multimédia – Serviços de Telecomunicações e Multimédia, SGPS, S.A.. ---

9 – Entre 2001 e 2005 a PT Multimédia – Serviços de Telecomunicações e Multimédia, SGPS, S.A detinha , a totalidade do capital social da CATVP – TV Cabo Portugal, S.A (doravante designada CATVP). ---

10 - A CATVP é uma sociedade cujas actividades principais são a prestação de serviços de televisão por subscrição e de comunicação de dados. ---

11 - A CATVP detém a maioria do capital social da Cabo TV Madeirense, S.A. e da Cabo TV Açoreana, S.A. ---

- Mercado de acesso a infra-estruturas para efeitos de passagem de cabos e infra-estruturas de redes de comunicações electrónicas

12 - A passagem de cabos e infra-estruturas de redes de comunicações electrónicas é feita em condutas, postes ou outros meios, subterrâneos ou aéreos susceptíveis de ser disponibilizados para essa passagem. ---

13 – As infra-estruturas de rede incluem as câmaras de visita, os ramais de acesso a edifícios e as restantes infra-estruturas que forem indispensáveis para instalação, remoção, manutenção ou reparação de cabos de comunicações electrónicas nas condutas e sub-condutas, não sendo considerados os tubos de subida. ---

14 – As condutas, postes ou outros meios, subterrâneos ou aéreos, são procurados pelas empresas com redes físicas de comunicações electrónicas, incluindo as operadoras de televisão por subscrição que pretendem efectuar a passagem de cabos próprios de forma a transmitir o sinal de televisão por subscrição até ao cliente final. --

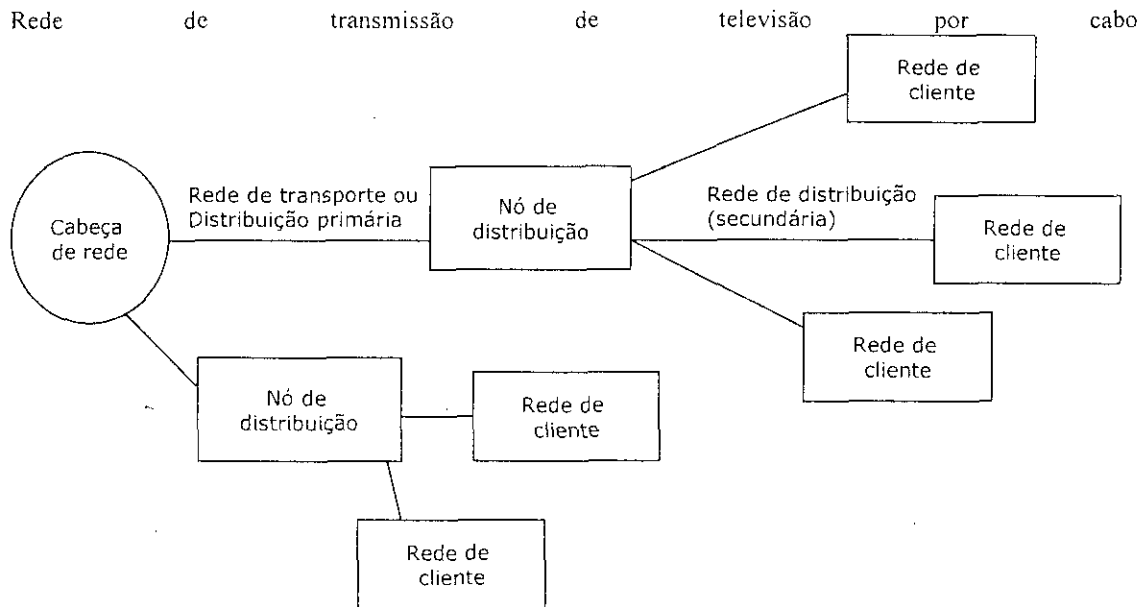
15 – Atendendo às características das infra-estruturas, designadamente capilaridade e compatibilidade técnica, necessárias à instalação de cabos e de outras infra-estruturas de rede. ---

16 - As redes de televisão por subscrição por cabo apresentam tipologias diversas, sendo comum às redes da Cabovisão, da Tvtel e da CATVP, o facto de constituírem uma estrutura técnica que permite efectuar a transmissão do sinal de televisão por subscrição ao cliente final, a qual é tecnicamente caracterizada por dois subsistemas: a “cabeça de rede”, que processa os sinais captados do exterior de modo a que possam ser retransmitidos por cabo, e uma rede de transmissão, que encaminha os programas para os clientes finais, estrutura representada por este esquema: ---



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

22



17 - A cabeça de rede - respectivas antenas e centro de recepção - tem por função principal seleccionar, processar e modular os sinais recebidos do exterior (através de cabo ou satélite) para um plano de frequências determinado, sendo aqueles depois reenviados ao longo dos cabos que compõem a rede e o sistema de distribuição. -

18 - A rede de transmissão engloba todas as ligações físicas que transportam o sinal ao longo de várias fases do percurso entre a cabeça de rede e os equipamentos terminais dos clientes e inclui: a rede de transporte (terminologia da Tvtel) ou de distribuição primária (terminologia da CATVP); a rede de distribuição (rede de distribuição secundária para a CATVP) e a rede de cliente. ---

19 - A rede de transporte ou de distribuição primária é constituída pela ligação em fibra óptica entre a cabeça de rede e os centros, ou nós, de distribuição, localizados em cada uma das células que compõem a rede de distribuição. ----

20 - A rede de distribuição ou de distribuição secundária é composta pelas ligações em cabo coaxial, dentro de cada célula, entre o respectivo centro de distribuição e os dispositivos de ligação nos diversos clientes finais, bem como pelos equipamentos, como por exemplo amplificadores necessários a essas ligações. ----

21 - A rede de cliente consiste na ligação entre os dispositivos de ligação no cliente final e as tomadas dos respectivos equipamentos finais. ---

22 - O transporte do sinal pela CATVP, correspondente ao encaminhamento dos sinais televisivos até às cabeças de rede e é efectuado com base no "aluguer de circuitos à PTC" ou "através do aluguer de capacidade de satélite a terceiras entidades". ---

23 - A rede cabo da CATVP é constituída pelas redes de distribuição primária, secundária e pela rede de cliente. ---

24 - A CATVP optou pelo "aluguer da capacidade de transmissão" na rede de distribuição primária, sendo os cabos de fibra óptica propriedade da PTC, e por cabos coaxiais na rede de distribuição secundária que são propriedade da empresa.

25 - A rede da Tvtel é bidireccional, assegurando o sinal de retorno dos clientes finais. -

26 - A Tvtel não tem rede física de transporte dado que a utilização das antenas e do centro de recepção e distribuição é coincidente. ---

27 - O modelo técnico da Tvtel é o de uma rede de distribuição híbrida, de cabos (próprios da Tvtel) de fibra óptica e coaxiais. ---

28 - A rede de distribuição primária baseia-se numa topologia em estrela, dividindo a área a cobrir em células de distribuição. ---

29 - A rede de distribuição secundária baseia-se numa topologia em árvore, minimizando o número de amplificadores utilizados em cada célula. ---



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

30 - A rede da Cabovisão é constituída por um anel nacional de fibra óptica, que possibilita o transporte bidireccional a nível nacional de circuitos de telefone, dados, TV/vídeo e interligação para as diversas cidades onde a Cabovisão presta os seus serviços, o qual é propriedade da empresa. ---

31 - Os operadores de televisão por cabo procuram condutas e outros meios para colocação dos cabos das respectivas redes, tendo em vista a oferta de serviços nos mercados a jusante, da televisão por subscrição, telefone fixo e Internet de banda larga (triple-play). ---

32 - O serviço de televisão por subscrição pode ser prestado por cabo ou por satélite. ---

33 - Para o consumidor final não é relevante se o serviço de televisão por subscrição é prestado por cabo ou por satélite. ---

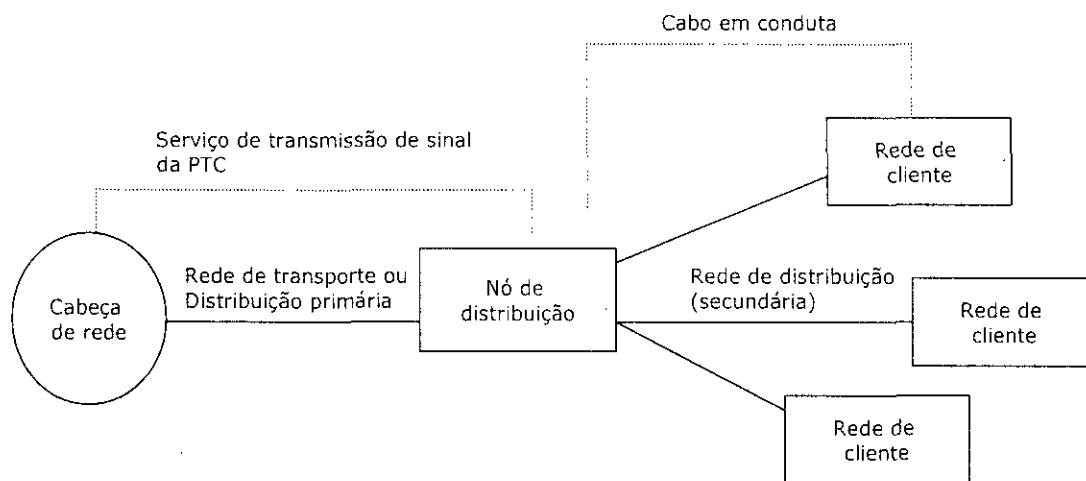
34 - A utilização de satélite não permite a prestação pelos operadores de televisão por cabo de serviços de telefonia fixa e Internet dado que por si só não tem bidireccionalidade. ---

35 - O plano de negócios da TvteI e da Cabovisão é o de oferecer televisão por subscrição, Internet de banda larga e telefonia fixa. ---

36 - A PTC disponibiliza um serviço de transmissão de sinal na rede de distribuição primária. ---

37 - A CATVP transporta o sinal televisivo (óptico) na rede primária através de fibra óptica, sendo o sinal convertido num sinal eléctrico, através de receptores ópticos CATV na interface daquela rede com a rede secundária, sendo o sinal distribuído na rede de distribuição secundária em cabos coaxiais, estrutura representada por este esquema: ---

Rede de transmissão de televisão por cabo e serviço de transmissão de sinal



38 - O serviço de transmissão de sinal disponibilizado pela PTC é uma alternativa à rede de distribuição primária mas não é uma alternativa à rede de distribuição secundária. ---

39 - Os pedidos constantes das tabelas I e II anexas à decisão recorrida reportam-se a redes de distribuição secundária. ----

40 - A instalação de um troço de rede em condutas de um operador, troço esse ligado a um troço subsequente instalado em condutas da PTC ou em postes de electricidade, ainda quando geograficamente possível, traduz-se num aumento de custos dos operadores de televisão por subscrição, atentos os custos de interconexão, interligação e coordenação. ---

41 - A manutenção da rede do operador cujos cabos estejam instalados em condutas diferentes (ex.: parte na rede de gás, parte subsequente na rede eléctrica e parte na rede da PTC) tem custos superiores. ---

42 - Os cabos de electricidade libertam energia e para haver dissipação (e não concentração) dessa energia cerca de 90% estão instalados directamente no subsolo, e não em conduta no subsolo. ---

43 - As condutas de envolvimento de cabos eléctricos, quando existem, são dimensionadas em função do cabo de electricidade e, mais do que condutas propriamente ditas, são invólucros à medida dos cabos.

44 - Nestas condutas de envolvimento de cabos eléctricos é incompatível qualquer instalação de cabo de comunicações por motivos técnicos e de segurança. ---

45 - Em certos locais, paralelamente aos cabos de electricidade, são instalados cabos de comunicações para transmissão de dados e accionamento de comandos à distância e alarmes, cabos esses que não são instalados em condutas da EDP mas sim em critubos instalados em paralelo.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

46 - Os critubos são tubos de diâmetro reduzido, à medida do cabo que a EDP lá instala e que funcionam como mera protecção mecânica deste cabo. ---

47 - Não é possível a instalação de cabos de outras empresas que não da própria EDP na sua rede subterrânea. ---

48 - As redes aéreas de alta e média tensão da EDP não passam em zonas urbanas mas apenas em zonas semi-urbanas e não são aptas à passagem de cabos de comunicações. ---

49 - Nos municípios do Porto, a EDP não dispõe de condutas para cedência, mas apenas postes. ---

50 - A rede aérea de baixa tensão apresenta duas configurações:

a) em algumas zonas é uma rede constituída por condutores a descoberto, em regra de cobre, junto dos quais não podem ser instalados cabos de comunicações por razões de segurança e

b) em outras zonas os condutores são isolados, o que possibilita a instalação conjunta de cabos de comunicações. ---

51 - Na construção da sua rede a Tvtel recorreu a postes da EDP nas células correspondentes aos seguintes pedidos da Tabela I anexa à decisão recorrida (doravante designada por Tabela I): pedido Maia I (ref. T1-24), pedido Gaia 5 (T1-20) e pedido Gaia 4 - Afurada (T1-19). ---

52 - Nos traçados correspondentes aos pedidos da Tabela III anexa à decisão recorrida (doravante designada por Tabela III) identificados como T2-3 a T2-47 foi utilizada a rede EDP. ---

53 - A utilização de redes de gás para colocação de cabos de comunicações electrónicas coloca problemas de segurança, tendo em conta que os cabos de comunicações e, em especial, os cabos coaxiais, são condutores de electricidade. ---

54 - A instalação de cabo de comunicações (de qualquer tipo) dentro de gasoduto não é possível por razões de segurança e gestão de rede, uma vez que tal impediria, nomeadamente, o correcto funcionamento e fecho das válvulas. ---

55 - A rede de gás pode tecnicamente ser utilizada para instalação de cabos de comunicações quando tenha sido construído um caboduto em paralelo ao gasoduto. ---

56 - A sociedade Portgás - Sociedade de Produção e Distribuição de Gás, S.A., distribuidora e fornecedora de gás na região litoral Norte, admite a possibilidade técnica de instalação de cabos de comunicações nas respectivas condutas. ---

57 - Não há, até à data, qualquer caso de instalação de cabos de comunicações nas redes de distribuição de gás que não sejam das próprias empresas distribuidoras de gás (Lusitaniagás, a Lisboagás, a Beiragás, Tagusgás, Duriensegás, Setgás, Dianagás, Paxgás e Medigás). ---

58 - A possibilidade de colocação de cabos por entidades que não a própria empresa de gás nos cabodutos destas últimas é, por razões de segurança, objecto de reservas tendo em conta a proximidade do caboduto e do gasoduto. ---

59 - A coincidência geográfica do traçado das auto-estradas com os pedidos apresentados pela Tvtel e Cabovisão verifica-se em alguns troços de cinco pedidos referidos na Tabela IV anexa à decisão recorrida (doravante designada tabela IV): T1-14, T1-25, T1-22, T1-27 e T1-28. ---

60 - A rede de condutas das concessionárias de auto-estradas não constitui uma alternativa à rede de condutas da PTC para efeitos de instalação de cabos nos termos dos pedidos das Tabelas I, II e III. ---

61 - Parte dos municípios nacionais não tem uma rede de condutas, nem para instalação de cabos de sinalização luminosa automática de tráfego (doravante designada SLAT). ---

62 - Nos traçados correspondentes aos seguintes 3 pedidos da Tabela III foi utilizada a rede das Câmaras Municipais: ---

a) T2-6 AVR01X09, referente ao município de Aveiro e com localização na Av. da Oita, n.ºs 4, 6 e 8, e na Rua de São Martinho, n.ºs 82, 84, apresentado a 18.7.2002 e correspondente à passagem de 10 casas, ao qual a PTC respondeu a 10.9.2002, recusando a totalidade do acesso;

b) T2-7 AVR02X02, referente ao município de Aveiro e com localização na Rua Aires Barbosa, n.ºs 29, 31, 58, 60 e 62, apresentado a 20.6.2002 e correspondente à passagem de 31 casas, ao qual a PTC respondeu a 5.8.2002, recusando a totalidade do acesso;

c) T2-12 CDR05B02, referente ao município de Caldas da Rainha e com localização no Centro de Juventude - Rua Vitorino Fróis, apresentado a 15.9.2004, ao qual a PTC não respondeu até à data em que a Cabovisão desistiu do pedido, a 17.8.2005.

63 - A rede de SLAT do Porto não permite a cedência de espaço para passagem de cabos necessários à instalação de infra-estruturas de telecomunicações. ---



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA



64 - Em 6 troços dos referidos na tabela IV (T1-14, T1-17, T1-19, T1-20, T1-27 e T1-28) verifica-se coincidência geográfica do traçado das estradas incluídas no Plano Rodoviário Nacional com os pedidos apresentados. ---

65 - A rede de estradas incluídas no Plano Rodoviário Nacional não constitui uma alternativa à rede de condutas da PTC para efeitos de instalação de cabos nos termos dos pedidos das Tabelas I, II e III. ---

66 - Não se verifica qualquer coincidência geográfica entre os pedidos referidos nas tabelas I a III e a rede da Refer. ---

67 - Não se verifica qualquer coincidência geográfica entre os pedidos referidos nas Tabelas I a III e a rede do Metro do Porto. ---

68 - As operadoras de telecomunicações ONI, Novis, Colt, Jazztel (actual AR Telecom) e Vodafone têm redes de condutas próprias. ---

69 - Tais condutas coincidem geograficamente com os seguintes pedidos:

a) as condutas da ONI coincidem geograficamente com parte da área correspondente aos pedidos T1-14, T1-25, T1-17; T1-22 da tabela I. ---

b) as condutas da Novis coincidem geograficamente com parte da área correspondente aos pedidos T1-22 da tabela I. ---

c) as condutas da Jazztel/Artecom coincidem geograficamente com parte da área correspondente aos pedidos T1-17 da tabela I. ---

d) as condutas da Vodafone coincidem geograficamente com parte da área correspondente aos pedidos T1-17 da tabela I. ---

70 - A Colt apenas tem rede de condutas próprias na zona da Grande Lisboa. ---

71 - A construção de infra-estruturas próprias para a instalação de cabos, tendo em vista a prestação de serviços de televisão por subscrição, Internet de banda larga e telefonia fixa não é uma solução alternativa global para a construção de uma rede tendo em conta as limitações relativas à ocupação dos solos e os custos de construção de infra-estrutura própria. ---

72 - A Cabovisão e a TVTEL alegam ser inviável para o seu plano de negócio um projecto totalmente baseado em infra-estruturas próprias. ---

73 - A Cabovisão refere que o custo médio de construção da rede, utilizando cabo coaxial e fibra óptica, em 2004, recorrendo à utilização de infra-estruturas da PTC, é de € 180,01 por casa passada activada, valor que, tendo como base um prazo médio de amortização de 7 anos, corresponde a um custo anual de € 25,7, a que acresce cerca de € 3,47 de manutenção de cabos e € 4,26 de aluguer de condutas e postes, num total de cerca de € 33,43 por casa passada. -

74 - A Cabovisão refere que, se tivesse que construir infra-estruturas de suporte próprias (condutas e postes), ao custo médio de construção acima referido teria que adicionar € 226,66, perfazendo um total de € 406,67 por casa passada activada, valor que corresponderia a uma amortização anual de € 58,1, a que teria de ser adicionado um custo de manutenção de € 3,47, para além dos acrescidos encargos financeiros, num total por casa passada superior a € 62. ---

75 - A Tvtel estima, para uma célula do município de Vila Nova de Gaia/Afurada um valor de construção da sua rede cabo (com cabo coaxial), recorrendo à utilização de infra-estruturas da PTC, de € 61,7, por casa passada, valor que, tendo por base um prazo médio de amortização de 7 anos, se traduz num custo anual por casa passada de € 8,8, a que crescem € 6 de custos de manutenção dos cabos e de aluguer das condutas, num total de cerca de € 14,8 por casa passada. ---

76 - A Tvtel refere que, para a mesma célula, se tivesse de construir as condutas, o investimento necessário para construir a sua rede (com cabo coaxial), seria de € 464,2, por casa passada, valor que corresponderia a um custo anual de amortização por casa passada de € 66,3, a que se deveriam adicionar, entre outros, € 4,7 de custos de manutenção dos cabos para além dos acrescidos encargos financeiros, conduzindo a um custo médio anual superior a € 71 por casa passada. ---

77 - O custo de cablagem por casa activada, independentemente da utilização de infra-estrutura própria ou não, depende da densidade populacional da zona a cablar (oscilando, para a Cabovisão, o número de metros de conduta por casa cablada entre 2 e 12) e da tipologia da rede do operador (rede coaxial ou fibra óptica). -

78 - A AdC solicitou a uma empresa a elaboração de um estudo de custos para implementação de células de televisão por cabo (doravante designada CATV). --

79 - Tal estudo estimou os custos anuais, por casa cablada, relativos à amortização do investimento, manutenção e alugueres ou taxas de utilização de condutas, postes ou ocupação do subsolo e solo, referentes à implementação de células de uma operadora CATV, comparou os custos das alternativas de



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

utilização de condutas e postes da PTC e de construção de condutas ou postes próprios da operadora CATV e apresentou uma estimativa destes custos para células "tipo", representativas das células habitualmente implementadas pelas operadoras CATV. ---

80- Esse estudo concluiu que: ---

a) "Em termos comparativos, verifica-se que o menor dos custos por casa passada se obtém em células localizadas em zona urbana densamente povoada (14,84 Euros no caso de utilização de infra-estruturas da PTC e 47,90 Euros no caso de construção de infra-estrutura própria); ---

b) O custo por casa passada em zona semi-urbana medianamente povoada é, no caso de caso de utilização de infra-estruturas da PTC, de 25,36 Euros (cerca de 71% acima do custo da anterior) e, no caso de construção de infra-estrutura própria, de 68,99 Euros, (cerca de 44% acima do custo da construção em zona densamente povoada). ---

c) Relativamente ao custo por casa passada situada numa célula com 50 casas cabladas, que tipifica uma célula num pequeno aglomerado habitacional, com rede exclusivamente subterrânea, distante de outros aglomerados habitacionais, o custo é de 52,07 Euros (cerca de 250% mais elevado que o da primeira das células analisadas, a célula localizada em zona densamente povoada) e, no caso de construção de infra-estrutura própria, o custo é de 101,76 Euros (cerca de 112% mais elevado que o da célula localizada em zona densamente povoada). Trata-se de células que representam sempre uma parte muito marginal dos clientes das operadoras a actuar no mercado". ---

81 - E ainda que existe uma muito significativa variabilidade no que respeita ao custo por casa passada, dependendo da zona de implantação, estando qualquer operador, em termos de estrutura de custos, muito dependente do facto de a zona em que detém células cabladas ser mais urbana ou mais rural, concluindo que, o custo por casa passada activada é função da densidade populacional da zona e da tipologia de rede (cabo coaxial ou fibra óptica). ---

82 - Esse mesmo estudo, a propósito da comparação entre os custos de passagem de cabos em infra-estruturas da PTC e em infra-estruturas construídas pelas próprias empresas, conclui ainda que: ---

a) Numa célula urbana com 2.000 casas cabladas existe um diferencial de custo anual por casa passada, consoante o cenário seja o de infra-estruturas em condutas e postes da PTC ou em infra-estruturas próprias, havendo na segunda hipótese um acréscimo de cerca de 223%. ---

b) Numa célula semi-urbana com 800 casas cabladas existe um diferencial de custo anual por casa passada consoante o cenário seja o de infra-estruturas em condutas e postes da PTC ou o de infra-estruturas próprias, havendo na segunda hipótese um acréscimo de cerca de 172%. ---

c) Numa célula em zona de dispersão geográfica com 50 casas cabladas existe um diferencial de custo anual por casa passada consoante o cenário seja o de infra-estruturas em condutas e postes da PTC ou o de infra-estruturas próprias, havendo na segunda hipótese um acréscimo de custo de cerca de 95%. ---

83 - Em Agosto de 2006 a AdC elaborou um estudo sobre a "Análise da Viabilidade de Investimento em Infra-Estruturas próprias para células de CATV" que testou a viabilidade da prestação de serviços que a CATVP teria (tendo por base os seus próprios custos e rendimento), caso tivesse uma quota de mercado correspondente à soma dos operadores com os quais concorre, por um lado utilizando as infra-estruturas da PTC, e por outro lado construindo infra-estruturas próprias. ---

84 - O referido estudo concluiu que, quer atendendo a valores de 2003 quer atendendo a valores de 2004, a CATVP teria lucro quando utilizasse as infra-estruturas da PTC e teria prejuízo quando construísse infra-estruturas próprias. ---

85 - Cada troço de acesso a conduta solicitado corresponde a um traçado que une dois pontos. ---

86 - As condutas constantes dos pedidos da Tabela I, da Tabela II e da Tabela III abrangem pedidos nos seguintes municípios: Alcobaça, Arraiolos, Aveiro, Caldas da Rainha, Coimbra, Espinho, Estarreja, Fundão, Grândola, Guarda, Ílhavo, Lagos, Maia, Matosinhos, Montijo, Nazaré, Oliveira de Azeméis, Oliveira do Bairro, Palmela, Peniche, Portimão, Porto, São João da Madeira, Sesimbra, Setúbal, Silves, Sines e Vila Nova de Gaia.

- O mercado do serviço de televisão por subscrição

87 - O mercado do serviço de televisão por subscrição é um mercado retalhista que consiste na prestação de um serviço de transmissão do sinal de televisão e o respectivo conteúdo até ao cliente final, correspondente a um pacote de canais, mediante o pagamento de uma contraprestação, que se chama assinatura ou subscrição. ---

88 - Tal serviço é prestado pelos operadores de televisão por subscrição. -

89 - E oferecido aos utilizadores finais do serviço. ---



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

90 - A CATVP tinha em 2003 e 2004 alojamentos cablados nos seguintes municípios no continente: Braga, Vila Nova de Famalicão, Guimarães, Viana do Castelo, Póvoa de Varzim, Santo Tirso, Barcelos, Vila Real, Felgueiras, Penafiel, Lousada, Matosinhos, Vila Nova de Gaia, Porto, Maia, Valongo, Gondomar, Espinho, Vila do Conde, Paredes, Coimbra, Aveiro, Leiria, Viseu, Figueira da Foz, São João da Madeira, Santa Maria da Feira, Oliveira de Azeméis, Ílhavo, Marinha Grande, Ovar, Entroncamento, Torres Novas, Tomar, Caldas da Rainha, Mealhada, Lisboa, Oeiras, Amadora, Cascais, Loures, Sintra, Odívelas, Almada, Setúbal, Seixal, Barreiro, Vila Franca de Xira, Moita, Montijo, Palmela, Santarém, Alcochete, Almeirim, Torres Vedras, Alenquer, Rio Maior, Azambuja, Benavente, Évora, Faro, Loulé, Olhão, Portimão, Lagoa, Tavira, Albufeira, São Brás de Alportel e Vila Real de Santo António.

91 - A Cabo TV Madeirense tinha em 2003 e 2004 alojamentos cablados nos seguintes municípios na Madeira: Funchal, Santa Cruz, Câmara de Lobos, Machico, Porto Santo, Ribeira Brava, Ponta do Sol, Santana, Calheta e São Vicente. ---

92 - A Cabo TV Açoreana tinha em 2003 e 2004 alojamentos cablados nos seguintes municípios nos Açores: Ponta Delgada, Angra do Heroísmo, Horta, Lagoa, Vila Franca do Campo, Ribeira Grande e Praia da Vitória. ---

93 - A Tvtel actua como operador de rede de televisão por subscrição e como prestador de serviços de televisão por subscrição com base na autorização ICP-03/ORDC emitida a 3.7.2000 pelo ICP- Autoridade Nacional de Comunicações ("ICP-ANACOM"), que a autoriza a desenvolver a actividade de operador de rede de distribuição por cabo, para uso público, nos municípios do Porto, Vila Nova de Gaia, Matosinhos, Maia e Valongo. ---

94 - A Tvtel adquiriu a Pluricanal Gondomar - Televisão por Cabo, S.A., que tinha autorização de operação em Gondomar, nos termos da autorização n.º ICP-026/TVC. ---

95 - A Cabovisão actua como operador de rede e distribuição por cabo com base nas autorizações ICP-04/ORDC, ICP-05/ORDC, ICP-07/ORDC, ICP-015/TVC, ICP-016/TVC, ICP-017/TVC, ICP-018/TVC, ICP-019/TVC e ICP-024/TVC. ---

96 - A autorização ICP-04/ORDC abrange os municípios de Alvaiázere, Ansião, Castanheira de Pêra, Figueiró dos Vinhos, Pedrógão Grande, Pombal, Cantanhede, Coimbra, Condeixa-a-Nova, Figueira da Foz, Lousã, Mira, Miranda do Corvo, Montemor-o-Velho, Oliveira do Bairro, Penacova, Penela, Soure, Vila Nova de Poiares e Mealhada. ---

97 - A autorização ICP-05/ORDC abrange os municípios de Amarante, Baião, Felgueiras, Gondomar, Lousada, Maia, Marco de Canavezes, Matosinhos, Paços de Ferreira, Paredes, Penafiel, Porto, Póvoa de Varzim, Santo Tirso, Trofa, Valongo, Vila do Conde, Vila Nova de Gaia, Arouca, Castelo de Paiva, Sever do Vouga, Castro Daire, Cinfães, Oliveira de Frades, Resende, São Pedro do Sul, Vouzela, Amares, Barcelos, Braga, Cabeceiras de Basto, Celorico de Basto, Esposende, Fafe, Guimarães, Póvoa de Lanhoso, Terras de Bouro, Vieira do Minho, Vila Nova de Famalicão, Vila Verde, Vizela, Arcos de Valdevez, Caminha, Melgaço, Monção, Paredes de Coura, Ponte da Barca, Ponte de Lima, Valença, Viana do Castelo e Vila Nova de Cerveira. ---

98 - A autorização ICP-07/ORDC abrange os municípios de Lisboa, Loures, Sintra, Oeiras, Cascais e Odívelas. ---

99 - A autorização ICP-015/TVC abrange os municípios de Arganil, Belmonte, Carregal do Sal, Castelo Branco, Celorico da Beira, Covilhã, Fornos de Algodres, Fundão, Góis, Gouveia, Guarda, Idanha-a-Nova, Mangualde, Manteigas, Nelas, Oleiros, Oliveira do Hospital, Pampilhosa da Serra, Penalva do Castelo, Penamacor, Proença-a-Nova, Sabugal, Santa Comba Dão, Sátão, Seia, Sertão, Tábua, Tondela, Vila de Rei, Vila Velha de Ródão e Viseu. ---

100 - A autorização ICP-016/TVC abrange os municípios de Albufeira, Alcoutim, Aljezur, Castro Marim, Faro, Lagoa, Lagos, Loulé, Monchique, Olhão, Portimão, São Brás de Alportel, Silves, Tavira, Vila do Bispo e Vila Real de Santo António. ---

101 - A autorização ICP-017/TVC abrange os municípios de Alcochete, Almada, Barreiro, Moita, Montijo, Palmela, Seixal, Sesimbra e Setúbal. ---

102 - A autorização ICP-018/TVC abrange os municípios de Abrantes, Alcanena, Alcobaça, Alenquer, Almeirim, Alpiarça, Arruda-dos-Vinhos, Azambuja, Batalha, Benavente, Bombarral, Cadaval, Caldas da Rainha, Cartaxo, Castelo de Vide, Chamusca, Constância, Coruche, Entroncamento, Ferreira do Zêzere, Gavião, Golegã, Leiria, Lourinhã, Monção, Mafra, Marinha Grande, Marvão, Nazaré, Nisa, Óbidos, Peniche, Porto de Mós, Rio Maior, Salvaterra de Magos, Santarém, Sardoal, Sobral de Monte Agraço, Tomar, Torres Novas, Torres Vedras, Vila Franca de Xira, Vila Nova da Barquinha e Vila Nova de Ourém. ---



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

2

103 - A autorização ICP-019/TVC abrange os municípios de Alandroal, Alcácer do Sal, Aljustrel, Almodôvar, Alter do Chão, Alvito, Arraiolos, Arronches, Avis, Barrancos, Beja, Borba, Campo Maior, Castro Verde, Crato, Cuba, Elvas, Estremoz, Évora, Ferreira do Alentejo, Fronteira, Grândola, Mértola, Monforte, Montemor-o-Novo, Mora, Moura, Mourão, Odemira, Ourique, Ponte-de-Sôr, Portalegre, Portel, Redondo, Reguengos de Monsaraz, Santiago do Cacém, Serpa, Sines, Sousel, Vendas Novas, Viana do Alentejo, Vidigueira e Vila Viçosa. ---

104 - A autorização ICP-024/TVC abrange os municípios de Águeda, Albergaria-a-Velha, Anadia, Aveiro, Espinho, Estarreja, Santa Maria da Feira, Ílhavo, Murtosa, Oliveira de Azeméis, Ovar, São João da Madeira e Vagos. ---

105 - A Pluricanal Leiria opera desde 2003, com base na autorização ICP-025/TVC, que abrange os municípios de Alcobaça, Nazaré, Leiria, Marinha Grande, Batalha, Porto de Mós, Ourém, Pombal, Mafra, Torres Vedras, Arruda dos Vinhos, Sobral Monte Agraço, Alenquer, Bombarral, Cadaval, Lourinhã, Peniche, Caldas da Rainha, Óbidos, Coimbra, Condeixa-a-Nova, Montemor-o-Velho, Soure, Figueira da Foz, Mealhada e Cantanhede. ---

106 - A Pluricanal Santarém tem autorização para operar, nos termos da autorização ICP-027/TVC, nos municípios de Vila Franca de Xira, Azambuja, Salvaterra de Magos, Benavente, Santarém, Cartaxo, Almeirim, Alpiarça, Rio Maior, Torres Novas, Entroncamento, Barquinha, Golegã, Alcanena, Chamusca, Abrantes, Constância, Sardoal e Tomar. ---

107 - A Bragatel opera nos municípios de Braga, Barcelos e Esposende, nos termos da autorização n.º ICP-003/TVC. ---

108 - Os moradores do litoral de Almancil têm autorização para operar, nos termos da autorização ICP-02/99-RDC, na zona litoral da freguesia de Almancil do município de Loulé (Quinta do Lago, Dunas e Vale do Lobo). ---

109 - Os municípios em que se situam os pedidos objecto de recusa, que são os municípios referidos na Tabela I e na Tabela II, são os seguintes: Alcobaça, Arraiolos, Aveiro, Espinho, Estarreja, Grândola, Guarda, Ílhavo, Lagos, Maia, Matosinhos, Montijo, Oliveira de Azeméis, Palmela, Peniche, Portimão, Porto, São João da Madeira, Silves, Sines e Vila Nova de Gaia. ---

110 - A CATVP, em 2003 e 2004, operava nos seguintes municípios: Alcochete, Almada, Almeirim, Aveiro, Barreiro, Braga, Caldas da Rainha, Coimbra, Espinho, Évora, Gondomar, Ílhavo, Lagoa, Leiria, Lisboa, Loures, Maia, Matosinhos, Moita, Montijo, Oliveira de Azeméis, Ovar, Palmela, Portimão, Porto, S. João da Madeira, Santarém, Seixal, Setúbal, Santa Maria da Feira, Torres Vedras, Vila Nova de Gaia e Viseu, conforme Tabela V. ---

111 - Entre 2001 e 2005 a oferta do serviço de televisão por subscrição era efectuada de forma conjunta com a oferta de Internet, no caso de todos os operadores, e de serviços de telefone fixo, no caso de todos os operadores à excepção da CATVP. ---

112 - A oferta conjunta é uma forma de diferenciação de produtos que se traduz na maior possibilidade de escolha do consumidor. ---

113 - Os restantes operadores de Internet de banda larga, incluindo ADSL e de telefonia fixa, de acesso directo e indirecto, exercem a sua actividade em todo o território nacional. ---

114 - ADSL é a Linha de Assinante Digital Assimétrica - "Assimetric Digital Subscriber Line" - com referência à tecnologia utilizada na extracção de capacidade dos cabos com fios de cobre da rede para transmissão de dados com débito elevado. ---

- O mercado retalhista da Internet de banda larga

115 - Os operadores de redes de televisão por subscrição, incluindo a Cabovisão, a Tvtel e a CATVP, prestam, tendo como suporte a respectiva rede cabo, além de serviços de televisão por subscrição, serviços de Internet por cabo, serviços que são oferecidos em conjunto por diversos operadores. ---

116 - A prestação de serviços de Internet por cabo é uma forma de prestação de serviços de Internet de banda larga, a qual corresponde à oferta e procura de acesso à Internet com ligações de velocidade e capacidade correspondentes a larguras de banda superiores a 128 Kbit/s. ---

117 - O acesso à internet por ser efectuada por cabo - tendo como suporte as redes de televisão por subscrição - e por ADSL. ---

118 - Para os utilizadores finais destes serviços releva sobretudo a rapidez do acesso e da utilização da rede de Internet. ---

119 - O serviço de Internet prestado por cabo ou por ADSL apresenta funcionalidades semelhantes, nomeadamente acesso permanente, débitos, níveis de preços e qualidade perceptível equivalentes, cobrindo



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

áreas geográficas significativamente sobrepostas, não sendo os custos de mudança de operador para o consumidor significativos. --

120 - O serviço de Internet por cabo é oferecido por operadores de televisão por cabo e o serviço de Internet ADSL é oferecido por operadores de redes públicas de comunicações electrónicas. --

121 - A PTC tem infra-estruturas (condutas e postes) em todo o território nacional, nas quais passam os cabos da rede básica de telecomunicações. ---

- O mercado de retalho da telefonia fixa

122 - Os operadores de redes de televisão por subscrição, tendo como suporte a respectiva rede cabo, prestam ao consumidor final, além de serviços de televisão por subscrição, serviços de telefonia fixa, os quais são enquadrados no conceito de "serviço telefónico acessível ao público". ---

123 - Para o consumidor é irrelevante que os serviços de telefonia fixa sejam prestados através da rede cabo ou através da rede básica de comunicações electrónicas ou outro tipo de suporte, por via de acesso directo ou indirecto. ---

124 - O ICP-ANACOM concedeu à Tvtel e à Cabovisão autorização para actuarem no mercado como operadores de rede e distribuição por cabo. ---

125 - Os planos de negócios das empresas Tvtel e Cabovisão prevêm o fornecimento, sobre cabo coaxial e em conjunto com outros serviços, de serviços de telefonia fixa por voz, enquadráveis nas mesmas categorias — analógico, RDIS básico e RDIS primário fornecidas pelos outros prestadores de serviço telefónico em local fixo. -

126 - Os consumidores que adquirem o serviço triple-play à Tvtel e Cabovisão substituem o serviço telefónico em local fixo que previamente lhes era prestado, entre outros, pela PTC. --

127 - Na deliberação do ICP-Anacom de Julho, relativa à aprovação da definição dos mercados do produto e mercados geográficos, avaliações de poder de mercado significativo (PMS) e imposição, manutenção, alteração ou supressão de obrigações regulamentares nos mercados de acesso em banda estreita à rede telefónica pública num local fixo (mercados 1 e 2 da Recomendação da Comissão 2003/311/CE, de 11 de Fevereiro de 2003), (ponto 1.2), é incluída a Cabovisão entre os prestadores, em Portugal, de serviço telefónico em local fixo, que disponibilizam acesso fixo através de cabo coaxial e é referido que "a Tvtel anunciou, recentemente que pretende oferecer, no futuro, serviços telefónicos suportados na sua rede", não efectuando qualquer distinção com base na qualidade ou no preço. ---

128 - No seu relatório decorrente da consulta pública sobre o sentido provável da decisão nestes mercados, efectuada em Maio de 2004 o ICP-ANACOM informou "que considerou os acessos à rede telefónica pública num local fixo suportados nas redes de distribuição de televisão por cabo, quer na fase de definição de mercados relevantes, quer na fase de avaliação de PME" (ponto 10 na secção 2.1.1). ---

129 - A PTC, na sua resposta à consulta pública não colocou objecções à sua inclusão neste mercado. ---

130 - E reconheceu "a concorrência dos operadores de cabo com ofertas triple play — bundles de TV e/ou voz e/ou Internet semelhantes às da Cabovisão no mercado português". ---

131 - O actual estado da tecnologia apenas possibilita, com carácter restrito, a um sub-mercado de grandes clientes empresariais, a utilização de plataformas baseadas em VPNs IP, permitindo o estabelecimento de acessos, comunicação (Voz sobre IP) e tráfego de dados através de uma única solução. ---

132 - O ICP-ANACOM, na sua Deliberação de 8 de Julho de 2004 sobre a definição dos mercados relevantes e avaliação de PMS a propósito dos "Mercados de acesso em banda estreita à rede telefónica pública num local fixo", (mercados 1 e 2 da Recomendação da Comissão 2003/311/CE, de 11 de Fevereiro de 2003), considerou que "as alternativas baseadas em novas soluções tecnológicas não parecem constituir uma ameaça de entrada que reduza o poder de mercado no período que mediará até à próxima análise do PMS nestes mercados". ---

133 - No estado tecnológico existente entre 2001 e 2005 o serviço móvel não era uma alternativa ao serviço fixo quando utilizado para chamadas de voz ou de acesso à Internet, nem para os operadores nem para os utilizadores finais. -

134 - Os operadores de telefonia fixa, de acesso directo e indirecto, exercem a sua actividade em todo o território nacional. ---

- A regulação sectorial do mercado

135 - Até à primeira versão da ORAC, publicada a 23.11.2004, não existiam critérios de acesso às condutas da PTC, nem critérios de qualidade que permitissem aferir a qualidade do serviço de acesso. ---

136 - O ICP- ICP-ANACOM na deliberação de 17.7.2004, que impõe à PTC a apresentação de uma ORAC, refere que "em muitos casos, as entidades que oferecem redes e serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público deparam-se com dificuldades em replicar o investimento em condutas,



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

2

em determinadas zonas geográficas, de modo economicamente eficiente, podendo, inclusivamente, existir limitações físicas quanto à própria viabilidade em replicar as condutas, encontrando-se esta condicionada, em determinadas situações, por restrições de ocupação do subsolo que decorrem do estado de saturação do mesmo, ou ainda por restrições municipais”, ---

137 - A 15.11.2004, a PTC propôs uma acção judicial de anulação da Deliberação do ICP-ANACOM de 17.7.2004, tendo apresentado simultaneamente uma providência cautelar de suspensão de eficácia parcial. -

138 - A PTC publicou a 23.11.2004 uma primeira versão da ORAC. ---

139 - A providência cautelar de suspensão de eficácia da deliberação de 17.7.2004 foi julgada improcedente a 5.8.2005. ---

140 - O ICP-ANACOM deliberou a 2.9.2005 e a 26.5.2006 no sentido de serem introduzidas alterações na ORAC. ---

141 - A 7.7.2006 a PTC publicou nova versão da ORAC. ---

142 - Tal nova versão entrou em vigor a 14.7.2006.---

143 - Em 15.11.2006 a PTC, na sequência de nova deliberação do ICP-ANACOM de 23.10.2006, emitiu a versão V2.2 da ORAC. ---

144 - O prazo previsto para resposta a pedido de informação de infra-estruturas de subsolo, na versão da ORAC de 23.11.2004, era de 10 dias úteis. ---

145 - Na versão da ORAC de 23.11.04 estava previsto um prazo de 30 dias de calendário para resposta a um pedido de viabilidade sem traçado alternativo e de 45 dias de calendário para pedido com traçado alternativo. ---

146 - Esta obrigação de cumprimento de prazos tinha como parâmetro de qualidade a resposta atempada a 80% de pedidos, sendo cada pedido constituído, no máximo, por 15 troços de conduta. ---

147 - Na deliberação de 2 de Setembro de 2005, relativa às alterações a introduzir na ORAC da PTC, o ICP-ANACOM impôs à PTC que alterasse o prazo de resposta aos pedidos de informação de infra-estruturas no subsolo e que previsse, como prazos máximos a cumprir para 100% dos casos: ---

a) o prazo máximo de resposta a pedido de informações de 5 dias úteis e

b) o prazo máximo de resposta a pedido de acesso de 15 dias sem traçado alternativo e de 30 dias com traçado alternativo, sendo os pedidos constituídos, no máximo, por 20 troços de conduta. -

148 - Na deliberação de 26 de Maio de 2006, relativa a alterações na ORAC da PTC, e aos processos de construção, manutenção e actualização de uma base de dados descritiva das condutas e infra-estrutura associada, o ICP-ANACOM introduziu algumas alterações relativamente à sua deliberação de 2 de Setembro de 2005, estabelecendo o prazo de 15 dias para resposta a pedido de acesso (viabilidade) independentemente da inclusão do traçado alternativo. ---

- A posição da PTC nos mercados relevantes

- A posição da PTC no mercado do acesso a infra-estruturas para efeitos de passagem de cabos de redes de comunicações electrónicas

149 - A rede básica de comunicações da PTC e as respectivas condutas foram construídas, atingindo o âmbito nacional, durante um período em que a PTC detinha o monopólio legal do tipo de serviços prestados com base na mesma rede. ---

150 - A PTC tinha ainda a posse das infra-estruturas que integravam a rede básica de comunicações e dos bens afectos à concessão, sendo responsável pela respectiva gestão e desenvolvimento. ---

151 - A maioria dos troços correspondentes aos pedidos constantes da Tabela III está coberta também pela rede da EDP. ---

152 - A posição de mercado da PTC enquanto operadora da rede de condutas não foi prejudicada pelo facto de ter recusado acesso às referidas condutas.

153 - O Grupo PT actua em diversos mercados de comunicações electrónicas e de conteúdos. ---

154 - O Grupo PT, cotado nos mercados nacionais e internacionais, tem uma grande capacidade de financiamento. ---

- A posição da PTC no mercado do serviço de televisão por subscrição

155 - No mercado do serviço de televisão por subscrição, actuam, desde 2002, os seguintes operadores: a Bragatel – Companhia de Televisão por Cabo de Braga, S.A., a Cabo TV Açoreana, S.A., a Cabo TV Madeirense, S.A., a Cabovisão, a CATVP, a Pluricanal Leiria – Televisão por Cabo, S.A., a Pluricanal Santarém – Televisão por Cabo, S.A. e a Tvtel sendo que, em 2001 e 2002 actuava no mercado ainda a Univertel – Comunicações Universais, S.A. e duas associações de moradores, de Almancil e da Quinta da Boavista, que apenas disponibilizam o serviço aos seus associados. ---



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

156 - O capital social da Tvtel era, em 2003, detido pela Tvtel SGPS, S.A (30%); Cofina.Com III – SGPS, S.A (25%); BPI – Participações, SGPS, S.A (25%) e PME Capital – Sociedade Portuguesa de Capital de Risco, S.A (20%). --

157 - O capital social da Tvtel é, desde 31.12.2004, detido pela Cofhold, SGPS, S.A. (31,18%); Tvtel SGPS, S.A. (25%); PME Capital – Sociedade Portuguesa de Capital de Risco, S.A (25%) e BPI – Participações, SGPS, S.A. (18,82%). ---

158 - A Cabovisão é, pelo menos desde 2003, 100% detida pela Telemax B.V. (Holanda), sendo esta detida a 100% pela Cable Satisfaction International, Inc. (Canadá), tendo a 4.8.2006 sido adquirida por outra sociedade. ---

159 - A totalidade do capital social da Bragatel e mais de 90% do capital da Pluricanal Santarém, bem como da Pluricanal Leiria são detidos pela Parfitel SGPS, S.A. ---

160 - A Tvtel, a Cabovisão, a Parfitel e a Associação dos moradores do litoral de Almancil são independentes face ao Grupo PT. ---

161 - Com base nos dados relativos ao número de alojamentos cablados por operador, fornecidos pelo ICP-ANACOM, pela Tvtel, pela CATVP, e pela Cabovisão, a AdC concluiu que, nos anos de 2001, 2002, 2003, 2004 e 2005, as quotas de mercado aproximadas face ao total nacional foram, respectivamente, de:

- CATVP: 69% em 2001 e 67% nos restantes anos, ---

- Grupo PT (somadas as quotas das empresas maioritariamente detidas pela CATVP - Cabo TV Madeirense e Cabo TV Açoreana): 74% em 2001 e entre 70% e 71% nos restantes anos; ---

- Cabovisão: entre 20% e 22%, ---

- Tvtel: entre 1% e 4%. ---

162 - E com base nos mesmos dados concluiu que, em termos de número de assinantes de televisão por subscrição por operador, nos anos de 2001, 2002, 2003, 2004 e 2005, as quotas de mercado aproximadas foram, respectivamente, de:

- CATVP: 79%, 77%, 78%, 77% e 75%,

- Grupo PT (somadas as quotas das empresas maioritariamente detidas pela CATVP - Cabo TV Madeirense e Cabo TV Açoreana): 86%, 84%, 85%, 84% e 83%, -

- Cabovisão: entre 12% e 14%; --

- Tvtel de cerca de 1%. ---

163 - E elaborou a tabela IV onde indica as quotas de mercado, em casas cabladas, relativamente ao ano de 2004, nos municípios em que a CATVP actua juntamente com outros operadores.

164 - A construção de uma rede de infra-estruturas implica elevados custos de investimento, cujos montantes têm que ser considerados atendendo à rentabilidade permitida pelos preços dos serviços a jusante. ---

- A posição da PTC no mercado retalhista da Internet de banda larga

165 - Com base nos dados fornecidos em relação ao número de assinantes de Internet de banda larga (ADSL e modem por cabo), pelo ICP-ANACOM, pela Tvtel, pela CATVP e pela Cabovisão, a AdC conclui que, nos anos de 2001, 2002, 2003, 2004 e 2005, as quotas de mercado aproximadas foram, respectivamente, de:

- Grupo PT (incluindo as quotas da CATVP, da Cabo TV Madeirense, da Cabo TV Açoreana, da Telepac II – Comunicações Interactivas, S.A. e da PT Prime - Soluções Empresariais de Telecomunicações e Sistemas, S.A.): 67%, 71%, 78%, 81% e 77%: ---

- Cabovisão: entre 32% e 12%; ---

- Tvtel: inferior a 1%. ---

- A posição da PTC no mercado de retalho da telefonia fixa

166 - Com base nos dados fornecidos pelo ICP-ANACOM sobre o número de clientes do serviço telefónico em local fixo em acesso directo e indirecto, por prestador, nos anos de 2003 e 2004, a AdC conclui que as quotas de mercado aproximadas do Grupo PT foram, respectivamente, de 84% e 81%. --

167 - E que as quotas de mercado do Grupo PT no mercado de serviço telefónico em local fixo, em acesso directo e indirecto, têm-se situado, nos últimos anos, em cerca de 78%. ---

- Recusas de acesso e tempo de resposta

- Autorização de passagem de cabos de forma descontínua e de curta extensão

168 - A Tvtel apresentou à PTC os seguintes pedidos de passagem de cabos próprios em condutas desta empresa que foram objecto das seguintes respostas (descritos na Tabela I): ---



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

2

- a) T1-14 - pedido Matosinhos 2, com a referência ENG/EM/209/01, a 24.4.2001 e novamente a 22.4.2003, tendo a PTC respondido a 17.8.2001, recusando acesso a 26% da extensão de conduta pedida; ---
- b) T1-17 - pedido Porto 9, com a referência ENG/EM/318/01, a 16.7.2001 e novamente a 22.4.2003, correspondente a 6 células, tendo a PTC respondido a 11.4.2002, recusando acesso a 54% da extensão de conduta pedida, ---
- c) T1-19 - pedido Gaia 4, Afurada, com a referência ENG/MS/489/01, a 29.10.2001, e novamente a 22.4.2003, correspondente a 6 células, tendo a PTC respondido a 3.6.2003, recusando acesso a 80% da extensão de conduta pedida, -
- d) T1-20 - pedido Gaia 5, OD, GA17 e GA18, com a referência ENG/MS/534/01, a 22.11.2001 e novamente a 22.4.2003, correspondente a 2 células, tendo a PTC respondido a 14.3.2002, recusando acesso entre 70% a 60% da extensão de conduta pedida, ---
- e) T1-22 - pedido Gaia 6, Santo Ovídio, GA19 e GA20, a 18.1.2002 e novamente a 22.4.2003, tendo a PTC respondido em data desconhecida, recusando acesso entre 76% a 70% da extensão de conduta pedida, --
- f) T1-24 - pedido Maia 1 a 20.5.2002, a 18.10.2002 e novamente a 22.4.2003, correspondente a 5 células, tendo a PTC respondido em data desconhecida, recusando acesso a 52% da extensão de conduta pedida, ---
- g) T1-25 - pedido Matosinhos 3, com a referência ENG/EM/300/02, a 22.8.2002 e novamente a 22.4.2003, tendo a PTC respondido a 26.11.2002, recusando acesso entre 60% a 50% da extensão de conduta pedida,--
-
- h) T1-26 - pedido Maia 1 (aditamento), com a referência ENG/MS/349/02, a 14.10.2002 e novamente a 22.4.2003, tendo a PTC respondido em data desconhecida, recusando acesso a 28% da extensão de conduta pedida, ---
- i) T1-27 - pedido Maia 2, com a referência ENG/MS/350/02, a 14.10.2002, e novamente a 22.4.2003, tendo a PTC respondido em data desconhecida, recusando acesso a 64% da extensão de conduta pedida,--
- j) T1-28 - pedido Maia 2, com a referência ENG/MS/354/02, a 16.10.2002 e novamente a 22.4.2003, correspondente a 5 células, tendo a PTC respondido em data desconhecida, recusando acesso a 74% da extensão de conduta pedida. --
- 169 - A 26 de Março de 2003 a Tvtel intentou contra a PTC uma providência cautelar que correu termos na 17ª Vara Cível de Lisboa, 2ª secção sob o nº 5776/03.0TVLSB, na qual pediu que a PTC fosse intimada a dar acesso aos seguintes pedidos da Tabela 1: T1-14, T1-17, T1-19, T1-20, T1-22, T1-24, T1-25, T1-26, T1-27 e T1-28. ---
- 170 - E solicitou acesso aos troços correspondentes aos seguintes pedidos:
- a) Porto 10, com a referência ENG/MS/414/01, a 24.9.2001, e novamente a 22.4.2003, correspondente a 6 células, tendo a PTC respondido a 11.4.2002 e reiterado a sua resposta a 29.5.2003, recusando acesso entre 40% a 52% da extensão de conduta pedida; ---
- b) Gaia, GA15 e GA16, com a referência ENG/MS/146/02, a 3.4.2002 e novamente a 22.4.2003, tendo a PTC respondido em data desconhecida e reiterado a sua resposta a 29.5.2003, recusando acesso a 70% da extensão de conduta pedida. ---
- 171 - Na referida providência cautelar a PTC foi citada e apresentou oposição a 31 de Julho de 2003, não tendo sido celebrada qualquer transacção no processo. ---
- 172 - A 9 de Fevereiro de 2004 foi proferida decisão final que ordenou à PTC que respondesse favoravelmente no prazo máximo de 10 dias úteis a contar de decretada a providência, a todos os pedidos da Tvtel que foram objecto de resposta negativa pela PTC, desde que nas condutas abrangidas por cada um desses pedidos esteja disponível uma área interior correspondente a pelo menos 6,3cm², identificando os pedidos em questão, os quais correspondem aos seguintes pedidos referidos supra: T1-14, T1-17, T1-19, T1-20, T1-22, T1-24, T1-25, T1-26, T1-27 e T1-28. ---
- 173 - Até ser proferida decisão final a PTC não deu à Tvtel o acesso às condutas ali pedido. ---
- 174 - A PTC interpôs recurso da decisão ali proferida. ---
- 175 - Até 4.3.2005 a Tvtel concluiu a construção das células GA18 (referência T1-20) e GA15 (referência do pedido da Tvtel ENG/MS/146/02), ambos os cadastros tendo sido entregues a 7.10.2004, das células MA01 e MA04 (ambos os cadastros tendo sido entregues a 13.10.2004) e das células GA19 e GA20 (referência T1-22) e MA05. --
- 176 - Na sequência da decisão judicial da providência cautelar a Tvtel instalou cabos em células cujo acesso lhe havia sido recusado. ---
- 177 - Nessa instalação verificou-se não existir qualquer impossibilidade técnica relativamente à instalação de cabos nas células GA15 (referência do pedido da Tvtel ENG/MS/146/02) e GA18 (referência T1-22 da



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA



Tabela I), bem como nas células GA19 e GA20, incluídas no pedido correspondente à referência T1-22 da Tabela I, e MA05. --

178 - A Cabovisão apresentou à PTC os seguintes pedidos de passagem de cabos próprios em condutas desta empresa que foram objecto das seguintes respostas (Tabela II): ---

- a) T2-1 BND01X02, referente ao município de Alcobaça e com localização na Benedita, Rua da Gaiata, apresentado a 28.10.2004 e correspondente à passagem de 58 casas, ao qual a PTC respondeu a 9.9.2005, concedendo a totalidade do acesso; ---
- b) T2-8 AVR02X03, referente ao município de Aveiro e com localização na Rua Mário Sacramento, n.ºs 57 e 59, apresentado a 20.6.2002 e correspondente à passagem de 28 casas, ao qual a PTC respondeu a 5.8.2002 recusando a totalidade do acesso; ---
- c) T2-11 EST01B03, referente ao município de Estarreja e com localização na Rua Lugar da Arrozinha – Intermarché, apresentado a 7.6.2002 e correspondente à passagem de 7 casas, ao qual a PTC respondeu a 5.8.2002, recusando a totalidade do acesso; ---
- d) T2-14 ESP01, referente ao município de Espinho, apresentado a 4.10.2000 e correspondente à passagem de 2376 casas, ao qual a PTC respondeu a 22.1.2002, recusando 83% dos acessos; ---
- e) T2-15 ESP02, referente ao município de Espinho, apresentado a 4.10.2000 e correspondente à passagem de 2041 casas, ao qual a PTC respondeu a 22.1.2002, recusando 93% dos acessos; ---
- f) T2-17 AGU01, referente ao município de Vila Nova de Gaia, Aguda, apresentado a 12.12.2001 e correspondente à passagem de 1491 casas, ao qual a PTC respondeu a 1.8.2002, recusando 97% do acesso; ---
- g) T2-18 CDL01, referente ao município de Vila Nova de Gaia, Canidelo, apresentado a 26.9.2001 e correspondente à passagem de 1100 casas, ao qual a PTC respondeu a 8.2.2002, recusando 78% do acesso; ---
- h) T2-19 CNL01, referente ao município de Vila Nova de Gaia, Canelas, apresentado a 25.10.2001 e correspondente à passagem de 1360 casas, ao qual a PTC respondeu a 16.5.2002, recusando 88% do acesso; ---
- i) T2-20 MDL01, referente ao município de Vila Nova de Gaia, Madalena, apresentado a 12.9.2001 e correspondente à passagem de 1210 casas, ao qual a PTC respondeu a 8.2.2002, recusando 82% do acesso; ---
- j) T2-21 MDL02, referente ao município de Vila Nova de Gaia - Madalena, apresentado a 12.9.2001 e correspondente à passagem de 1031 casas, ao qual a PTC respondeu a 8.2.2002, recusando 84% do acesso; ---
- k) T2-22 SER01, referente ao município de Vila Nova de Gaia, localização Sermonde, apresentado a 20.6.2002 e correspondente à passagem de 843 casas, ao qual a PTC respondeu a 5.8.2002, recusando 93% do acesso; ---
- l) T2-23 GDL01X02, referente ao município de Grândola, R. A. Albuquerque, R.D.N.A. Pereira, apresentado a 9.8.2002 e correspondente à passagem de 68 casas, ao qual a PTC respondeu a 9.10.2002, recusando a totalidade do acesso. Nova resposta da PTC a 8.6.2004 permitiu a construção parcial; ---
- m) T2-24 GRD06X04, referente ao município da Guarda, Urb. Quinta das Covas (Jardim das Covas), apresentado a 26.11.2003 e correspondente à passagem de 497 metros (19 casas), ao qual a PTC respondeu recusando a totalidade do acesso; ---
- n) T2-25 GRD06X07, referente ao município da Guarda, Av. da Igreja, n.ºs 22, 49 e 51, apresentado a 18.3.2004 e correspondente à passagem de 20 casas, ao qual a PTC respondeu a 14.6.2004, recusando a totalidade do acesso; ---
- o) T2-26 GFN01X02, referente ao município de Ílhavo, Gafanha da Nazaré, na Rua Afonso de Albuquerque, n.º 40, apresentado a 2.5.2002 e correspondente à passagem de 10 casas, ao qual a PTC respondeu a 5.8.2002, recusando a totalidade do acesso; ---
- p) T2-27 GFN02X03, referente ao município de Ílhavo, Gafanha da Nazaré, na Av. José Estêvão, n.ºs 398 a 400, apresentado a 2.5.2002, correspondente à passagem de 15 casas, ao qual a PTC respondeu a 5.8.2002, recusando a totalidade do acesso; ---
- q) T2-28 LGS04X06, referente ao município de Lagos e com localização na R. Dr. José Francisco M. N. da Silva, apresentado a 5.1.2005, correspondente à passagem de 56 casas, ao qual a PTC respondeu a 16.9.2005, sendo passadas as casas a 21.10.2005; ---
- r) T2-31 MTJ05X04, referente ao município de Montijo, R. Joaquim de Almeida, n.º 132, apresentado a 10.7.2002 e correspondente à passagem de 69 casas, ao qual a PTC respondeu a 20.1.2003, recusando a totalidade do acesso; ---



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- s) T2-32 MTJ06X04, referente ao município de Montijo, Praceta Cidade de Braga, apresentado a 5.1.2005 e correspondente à passagem de 20 casas, ao qual a PTC respondeu a 15.3.2005, sendo passadas as casas a 28.4.2005; ---
- t) T2-34 CCJ02X03, referente ao município de Oliveira de Azeméis, Cucujães, na Rua Ordem dos Beneditinos, apresentado a 15.10.2003 e correspondente à passagem de 18 casas, ao qual a PTC respondeu a 23.5.2005, sendo passadas as casas em Novembro de 2005; ---
- u) T2-38 PLM02X02, referente ao município de Palmela, e com localização em Ferreira e Monteiro, Lugar de Poços, apresentado a 29.6.2004 e correspondente à passagem de 1 casa, ao qual a PTC respondeu a 29.9.2004, recusando a totalidade do acesso. A Cabovisão desistiu do pedido a 22.10.2004; -
- v) T2-39 PNI05X01, referente ao município de Peniche, localização na Av. Manuel João Garcia, apresentado a 18.10.2004 e correspondente à passagem de 32 casas, ao qual a PTC respondeu a 9.9.2005, sendo passadas as casas a 29.9.2005; ---
- w) T2-40 PTM05, referente ao município de Portimão, apresentado a 11.1.2002 e correspondente à passagem de 1800 casas, ao qual a PTC respondeu a 9.10.2002, recusando 83% do acesso; ---
- x) T2-41 PTM06, referente ao município de Portimão, apresentado a 11.1.2002 e correspondente à passagem de 1800 casas, ao qual a PTC respondeu a 9.10.2002, recusando 85% do acesso; ---
- y) T2-42 PTM08, referente ao município de Portimão, apresentado a 11.1.2002 e correspondente à passagem de 1941 casas, ao qual a PTC respondeu a 9.10.2002, recusando 92% do acesso; ---
- z) T2-43 VLC02X09, referente ao município de São João da Madeira, Vale de Cambra, na Rua do Hospital, Quinta das Regadas, apresentado a 14.12.2004 e correspondente à passagem de 68 casas, ao qual a PTC respondeu a 17.6.2005, sendo passadas as casas a 15.7.2005; ---
- aa) T2-46 AMPS, referente ao município de Silves, Armação de Pêra, apresentado a 14.1.2002 e correspondente à passagem de 8728 casas, ao qual a PTC respondeu a 4.4.2002, recusando 87% do acesso; ---
- ab) T2-49 STA02X01, referente ao município de Sines, Santo André, Bairro do Pinhal, apresentado a 21.8.2002 e correspondente à passagem de 36 casas, ao qual a PTC respondeu a 14.11.2002, recusando a totalidade do acesso; -
- ac) T2-50 VMI01, referente ao município de Arraiolos, Vimieiro, apresentado a 19.7.2001 e correspondente à passagem de 922 casas, ao qual a PTC respondeu a 18.3.2002, recusando a totalidade do acesso. ---
- 179 - A Cabovisão apresentou à PTC os seguintes pedidos de passagem de cabos próprios em condutas desta empresa (Tabela III) que foram objecto das seguintes respostas: ---
- a) T2-3 ARA01X02, referente ao município de Aveiro e com localização em Aradas – Rua Direita, n.ºs 68 e 70, apresentado a 20.6.2002 e correspondente à passagem de 20 casas, ao qual a PTC respondeu a 5.8.2002, recusando a totalidade do acesso; ---
- b) T2-13 EIR05Z02, referente ao município de Coimbra e com localização em Eiras-Coselhas, apresentado a 8.3.2004, ao qual a PTC respondeu a 17.5.2004, recusando a totalidade do acesso, tendo novamente respondido a 7.10.2005, autorizando a construção; ---
- c) T2-16 FUN02B02, referente ao município do Fundão, Rua Aurélia Pinto, apresentado a 19.2.2004, ao qual a PTC respondeu a 19.7.2004, recusando o acesso: ---
- d) T2-33 NZR01X06, referente ao município da Nazaré, Av. de Badajoz, apresentado a 18.10.2004 e correspondente à passagem de 11 casas, ao qual a PTC respondeu a 9.9.2005, autorizando o acesso; ---
- e) T2-35 SRU01X01, referente ao município de Oliveira de Azeméis, Santiago Riba UL, apresentado a 16.4.2002 e correspondente à extensão de rede e passagem de 20 casas, ao qual a PTC respondeu a 22.5.2002, recusando a totalidade do acesso; ---
- f) T2-36 OIA01X01, referente ao município de Oliveira do Bairro, Oiã, na Travessa do Cascão, apresentado a 15.3.2002 e correspondente à passagem de 32 casas, ao qual a PTC respondeu a 5.8.2002, recusando a totalidade do acesso; ---
- g) T2-37 OIA01X05, referente ao município de Oliveira do Bairro, Oiã, na Rua do Vieiro, Edif. Santo António, apresentado a 28.6.2002 e correspondente à passagem de 9 casas, ao qual a PTC respondeu a 5.8.2002, recusando a totalidade do acesso; ---
- h) T2-44 QTC04X10, referente ao município de Sesimbra, Quinta Conde, Rua das Palmeiras, apresentado a 28.9.2004 e correspondente à passagem de 14 casas, ao qual a PTC respondeu a 15.11.2004, recusando parcialmente o acesso; -



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

2

- i) T2-45 BJA01X09, referente ao município de Setúbal, Brejos de Azeitão, R. Catarina Eufémia, apresentado a 28.9.2004 e correspondente à passagem de 29 casas, ao qual a PTC respondeu a 15.11.2004, recusando parcialmente o acesso; ---
- j) T2-47 SIN01Z01, referente ao município de Sines, na Rua António Aleixo, apresentado a 27.3.2002 e correspondente à passagem de 109 casas, ao qual a PTC respondeu a 29.4.2002, recusando a totalidade do acesso; ---
- k) T2-6 AVR01X09, referente ao município de Aveiro e com localização na Av. da Oita, nºs 4, 6 e 8, e na Rua de São Martinho, nºs 82, 84, apresentado a 18.7.2002 e correspondente à passagem de 10 casas, ao qual a PTC respondeu a 10.9.2002, recusando a totalidade do acesso; ---
- l) T2-7 AVR02X02, referente ao município de Aveiro e com localização na Rua Aires Barbosa, nºs 29, 31, 58, 60 e 62, apresentado a 20.6.2002 e correspondente à passagem de 31 casas, ao qual a PTC respondeu a 5.8.2002, recusando a totalidade do acesso; ---
- m) T2-12 CDR05B02, referente ao município de Caldas da Rainha e com localização no Centro de Juventude – Rua Vitorino Fróis, apresentado a 15.9.2004, ao qual a PTC não respondeu até à data em que a Cabovisão desistiu do pedido, a 17.8.2005; ---
- 180 – Relativamente aos pedidos referidos em 179 existia uma alternativa às condutas da PTC para a construção da rede por cabo. ---
- tempo de resposta
- 181 - A projecção da cablagem da rede da CATVP na área do grande Porto foi efectuada em 2 anos. ---
- instalação de cabos em condutas em que havia tido lugar a recusa
- 182 - A CATVP não efectuou a passagem da rede em algumas casas por falta de condutas da PTC disponíveis para alugar. ---
- 183 - Em carta de 18.10.2002 dirigida aos operadores, a PTC refere que as condições de oferta se mantêm inalteradas desde antes de Abril de 2002, e refere haver necessidade de dois tubos vagos para manutenção e expansão conforme doc. fls. 119 que aqui se dá por reproduzido. ---
- 184 - Não há qualquer documento junto ao processo, emanado da PTC e com data anterior a Outubro de 2002, que faça referência à necessidade de tubos vagos. ---
- 185 – No dia 16 de Abril de 2003 realizou-se uma reunião entre a PTC e a Tvtel, constando da respectiva acta que: "Foi referido por parte da PT que, a partir do 2º semestre de 2002, esta teria adoptado um critério técnico uniforme quanto à apreciação de pedidos de disponibilização de espaço em condutas, sendo que o acesso a essas apenas poderia ser disponibilizado em troços nos quais houvesse, ao lado das condutas relativamente às quais aquele acesso fosse pedido, um tubo de conduta vazio para permitir intervenções de manutenção. O Eng. Virgílio Cruz afirmou ter a adopção dos referidos critérios técnicos constituído uma decisão operacional exclusivamente interna da PT e que teria sido objecto de comunicação à ICP-ANACOM", conforme doc. fls. 116 que aqui se dá por inteiramente reproduzido. ---
- 186 – A expansão da rede de condutas e infra-estruturas da PTC a partir de 2001 resultou do cumprimento das obrigações do contrato de concessão (em que se inclui a prestação do serviço universal), bem como da ampliação da rede de cabos para crescimento e melhoria da qualidade.
- 187 – A PTC considera a necessidade de furos vagos uma justificação das recusas efectuadas. ---
- 188 - É vantajoso ser deixado um furo vago para operações de manutenção, atenta a necessidade de haver espaço ao lado dos cabos colocados, para se fazer a "transferência de tráfego" para os cabos laterais quando o cabo inicialmente instalado tiver que ser reparado. ---
- 189 - As recusas de acesso a condutas com invocação do argumento da necessidade de um furo vago para expansão da rede não foram acompanhadas da indicação de planos concretos de expansão da rede.
- 190 - Os tubos em regra têm 9 cm de diâmetro – 63,6 cm². ---
- 191 - Os cabos Tvtel em regra são dois: C500 de 1,27cm e 1 RG11 – espessura de 1 cm – ambos no total de 2,27 cm ou 4,01 cm². ---
- 192 - A Tvtel tem instalado cabos nas condutas da PTC, na sequência da decisão referida no facto nº 172), em troços em que não existem furos vagos, sem qualquer indicação de existência de problemas técnicos consequentes.
- 193 - No caso da instalação de cabos nas condutas referidas na Tabela I, efectuada na sequência da decisão referida no facto nº 172), verificou-se não ter sido efectuada a expansão da rede entre o momento da recusa e o da construção da rede. ---
- 194 - Nas condutas em que foi negada autorização à Tvtel para instalação de cabos existia espaço para instalação dos referidos cabos. ---
- cedência de acesso à rede entre cabeceiras de rede, entre a cabeceira e as células e entre as células



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

195 - A PTC não cede espaço em condutas para efeitos de instalação de cabos entre cabeceiras de rede (head-end), entre a cabeceira e as células e entre as células, ligações nas quais a PTC apenas cede capacidade de transmissão de sinais. ---

196 - A PTC não cede espaço entre células a nenhum operador e apenas cede espaço em condutas para instalação de redes de distribuição secundária. ---

197 - A não cedência de espaço entre células pela PTC foi comunicada por cartas de 30.11.2000 à Tvtel e à Cabovisão. ---

198 - A estrutura da rede da Tvtel desenvolve-se com base na ligação de uma célula à cabeça de rede, continuada por uma ligação entre células. ---

199 - Foi concedido acesso à Tvtel às condutas da rede básica para construção de todas as células da área do município do Porto, bem como para as ligações entre células, os respectivos nós de distribuição e a cabeça de rede. ---

200 - Em carta dirigida à Cabovisão de 30.11.2000, a PTC nega instalação nova de fibra óptica e aceita negociar a já instalada. ---

201 - Na Av. da Boavista, no Porto, a Tvtel procedeu à instalação de um cabo de fibra óptica que havia sido recusada pela PTC, não tendo essa instalação gerado quaisquer problemas técnicos.

202 - O critério da não cedência de espaço entre células pela PTC, embora estipulado por escrito, não foi sempre aplicado pela PTC até Abril de 2002. ---

203 - A PTC apenas autoriza fibra óptica na rede de transporte - i.e., não dentro das próprias células - na qual, em alternativa à instalação de cabos, cede apenas capacidade de transmissão de sinal ou circuitos alugados. ---

204 - A limitação de instalação de fibra óptica não é uma limitação técnica, mas uma opção da PTC. ---

205 - Os cabos de fibra óptica são cabos com maior capacidade (nomeadamente para efeitos de bidireccionalidade) e que permitem um maior volume de tráfego e uma maior velocidade no transporte de comunicações electrónicas. ---

206 - Na colocação de cabos de fibra óptica nas condutas da PTC não existe qualquer risco de interferência electromagnética com o sinal emitido por outros cabos visto que os cabos de fibra não suportam qualquer emissão radioelétrica. -

207 - A instalação de fibra óptica em alternativa ao cabo coaxial não representa qualquer custo acrescido para a PTC. ---

208 - A recusa de acesso às condutas da PTC não se justifica por motivos técnicos ou de custos para a própria. ---

- critérios de acesso

209 - A 17 de Julho de 2004 o ICP-ANACOM aprovou a decisão sobre oferta de acesso às condutas da PTC, regulamentando o art. 26.º da Lei das Comunicações Electrónicas. ---

210 - A deliberação do ICP-ANACOM de 17 de Julho de 2004 relativa à oferta de acesso às condutas da PTC foi objecto de decisão judicial de suspensão de eficácia. --

- processo e formalismo contratual

211 - A CATVP solicitou à PTC que lhe elaborasse o projecto de localização da futura rede cabo em função da disponibilidade de espaços em condutas da PTC. ---

212 - No que respeita ao processamento de pedidos de acesso a condutas, a Tvtel segue um procedimento casuístico, que consiste nos seguintes passos: ---

a) dirige, por escrito à PTC, um pedido de disponibilização de espaço em condutas, pedido que é acompanhado de um conjunto de mapas (baseados nos cadastros da rede básica de telecomunicações e com a localização das condutas da PTC), nos quais são indicadas as zonas e ruas abrangidas pelo pedido em causa, com indicação dos traçados pretendidos. ---

b) após apreciação pelos seus serviços técnicos, a PTC comunica à Tvtel a sua resposta a cada pedido, através da devolução dos mapas inicialmente enviados com indicação por cores dos troços autorizados e dos troços em que é rejeitada autorização de instalação de cabos. ---

213 - A autorização da PTC para utilização das respectivas infra-estruturas pela Cabovisão segue o processo constante do Contrato de Locação do Direito de Acesso e Utilização de Infra-estruturas de Telecomunicações assinado entre ambas a 28.7.1998. -

214 - O projecto de construção de rede da Cabovisão segue várias fases, envolvendo o pedido de cartas com informação cadastral das infra-estruturas junto do Grupo PT, Câmaras Municipais e outras entidades. -

--



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- 215 - Os dossiers dos pedidos de acesso e utilização de infra-estruturas são remetidos às entidades para autorização, incluindo o Grupo PT e as Câmaras Municipais, apenas se passando à execução dos projectos quando reunidas todas as autorizações necessárias. ---
- 216 - As respostas da PTC aos pedidos de instalação da Cabovisão são efectuadas sob a forma de devolução dos mapas, com sinalização a cores dos troços (i) licenciados, (ii) em que se verifica impossibilidade de utilização do troço, (iii) troço alternativo e (iv) troço a ver em obra. ---
- 217 - Em 2001 o tratamento dos pedidos de acesso a condutas da Cabovisão e da Tvtel passou a ser efectuado num departamento da PTC que centralizou todos os pedidos nacionais. ---
- as condutas da PTC enquanto infra-estrutura essencial
- 218 - As condutas são infra-estruturas que permitem a passagem de cabos e, tendo em conta a necessidade de interligação dos cabos, constituem uma rede de condutas interconectada. ---
- 219 - O estudo da AdC sobre a viabilidade do investimento em infra-estruturas próprias referido no facto nº 83) foi elaborado a partir dos dados apresentados no estudo referido no facto dado como provado sob o nº 78). ---
- A remuneração do acesso recusado
- 220 - As condições de cedência de espaço às operadoras são propostas pela PTC.
- 221 - A recusa de acesso às redes de condutas da PTC referidas nas tabelas I a III não foi por esta justificada com base na insuficiente remuneração do mesmo.
- Carácter anti-concorrencial da prática
- 222 - A 16 de Julho de 2003 o ICP-ANACOM elaborou um relatório na sequência de uma inspecção às condutas da PTC que se encontra junto a fls. 1512 e cujo teor aqui se dá por inteiramente reproduzido. ---
- 223 - A existência da oferta de televisão por subscrição por parte de empresas não ligadas ao Grupo PT constitui uma possibilidade de escolha para os consumidores que, por si só, é geradora de bem-estar. ---
- 224 - O facto de haver concorrentes no mercado incentiva os operadores a oferecerem condições mais vantajosas para os consumidores. ---
- Susceptibilidade de afectação do comércio entre os estados-membros
- 225 - O acesso às condutas para colocação de cabos permite a prestação de serviços em rede. ---
- Culpa
- 226 - A PTC sabe que os operadores de televisão por cabo procuram condutas e outros meios para colocação dos cabos das respectivas redes, tendo em vista a oferta de serviços nos mercados a jusante, da televisão por subscrição, telefone fixo e Internet de banda larga. ---
- 227 - A PTC ao recusar o acesso às suas condutas correspondente aos pedidos da Tvtel, indicados na Tabela I, quis agir da forma por que o fez. ---
- 228 - A PTC ao recusar o acesso às suas condutas correspondente aos pedidos da Cabovisão, indicados na Tabela II, quis agir da forma por que o fez. --
- 229 - A PTC sabe quem são os concorrentes do Grupo PT nos diversos mercados. ---
- 230 - A PTC recusou o acesso a condutas em que sabia que havia espaço físico para instalação de cabos. ---
- 231 - A não utilização dos furos reservados para expansão da rede referida no facto nº 193) é do conhecimento da PTC. ---
- 232 - A PTC sabe que os cabos de fibra óptica são cabos com maior capacidade (nomeadamente para efeitos de bidireccionalidade) e que permitem um maior volume de tráfego e uma maior velocidade no transporte de comunicações electrónicas. ---
- da medida da coima
- 233 - A AdC efectuou um estudo sob a designação de "Estimativa do impacto económico em resultado das práticas restritivas da concorrência verificadas" que se encontra junto aos autos a fls. 6173 a 6264 e que aqui se dá por reproduzido. ---
- 234 - Carlos Duarte Magalhães enviou à Autoridade da Concorrência a 6.11.2006 a carta junta a fls. 6265 a 6268 que aqui se dá por reproduzida. ---
- 235 - A PTC cumpriu a decisão referida no facto nº 172) e deu acesso à Tvtel às condutas constantes do pedido. ---
- 236 - Encontra-se pendente acção judicial de responsabilidade civil com vista ao ressarcimento dos danos reclamados pela Tvtel na sequência das recusas de acesso a condutas da PTC. ---
- 237 - Consta do Preâmbulo do texto do ICP-Anacom "Sentido Provável da Decisão do ICP-ANACOM sobre o acesso às condutas", §8, que: ---
"Em muitos casos, as entidades que oferecem redes e serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público deparam-se com dificuldades em replicar o investimento em condutas, em determinadas zonas



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

geográficas, de modo economicamente eficiente, podendo, inclusivamente, existir limitações físicas quanto à própria viabilidade em replicar as condutas, encontrando-se esta condicionada, em determinadas situações, por restrições de ocupação do subsolo que decorrem do estado de saturação do mesmo, ou ainda por restrições municipais.

Neste contexto, o investimento em condutas deverá ser compatível com critérios de eficiência económica, evitando quer a duplicação ineficiente de infra-estruturas, quer os inconvenientes para os cidadãos e actividades económicas devidos à realização frequente e extensa de obras no solo e subsolo, com consequentes perturbações ao nível do tráfego e do planeamento do território, além das repercussões de ordem ambiental daí decorrentes.

Nos termos da alínea c) do nº 2 do artigo 5º da Lei nº 5/2004, incumbe ao ICP-ANACOM encorajar investimentos eficientes em infra-estruturas de telecomunicações.

Neste sentido, quer o acesso a condutas já instaladas, quer a partilha de investimentos necessários à instalação de novas condutas, contribuirão para evitar a duplicação indesejável de infra-estruturas e para reduzir o montante global de investimento suportado por cada empresa, reduzindo consequentemente os custos, pelo que importa compatibilizar o acesso às condutas da concessionária com o apropriado planeamento do investimento por parte da mesma, salvaguardando que o interesse das entidades beneficiárias nas condutas futuras da concessionária se manifeste com adequada antecedência.

Releva-se ainda que o ICP-ANACOM tem recebido reclamações de operadores de redes telefónicas fixas e de operadores de rede de distribuição por cabo, relacionadas com a utilização de infra-estruturas da concessionária. As queixas recebidas referem, designadamente: (a) a impossibilidade de os operadores prosseguirem os respectivos planos de expansão por via da imposição de restrições, por parte da concessionária, nas condições de cedência de infra-estruturas, nomeadamente condições de cedência de sub-condutas, espaço em condutas e espaço em câmaras de visita e (b) a exigência de preços excessivos e de condições que poderão ser consideradas discriminatórias.

Adicionalmente, a promoção da transparência nas condições de acesso a condutas e infra-estrutura associada contribuirá para um melhor funcionamento do mercado, sem prejuízo de competir ao ICP-ANACOM a fiscalização do estabelecido na presente deliberação.”.

238 - Na Decisão base da Consulta Pública é estabelecida uma obrigação geral de acesso, da qual são exceptuadas as situações devidamente fundamentadas, que possam resultar em ameaças à saúde e segurança do pessoal que trabalhe nas infra-estruturas. ---

239 - Na deliberação de 17.7.2004 o ICP-Anacom refere que: ---

“2. A concessionária deve disponibilizar, a pedido das entidades beneficiárias, o acesso e utilização das condutas e caixas de visita de que seja proprietária ou cuja gestão lhe incumba, respeitando os princípios da transparência, não discriminação e orientação para os custos.

3. Quanto às condições de acesso:

Sempre que seja técnica e fisicamente possível, a concessionária está obrigada a negociar, quando solicitada pelas entidades beneficiárias, o acesso e utilização de condutas e infra-estrutura associada de que seja proprietária, ou cuja gestão lhe incumba, para instalação, manutenção e remoção dos sistemas, equipamentos e demais recursos necessários à oferta de redes e serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público. Exceptuam-se as situações devidamente fundamentadas, que possam resultar em ameaças à saúde e segurança do pessoal que trabalhe nas infra-estruturas.

Os acordos que resultem da negociação aludida no número 1 devem ser comunicados pela concessionária ao ICP-Anacom, através do envio de cópia do contrato, num prazo de 10 dias a contar da data de assinatura do contrato.

A concessionária pode solicitar ao ICP-Anacom a reserva, pelo prazo máximo de um ano, de espaço para utilização própria futura nas condutas e infra-estrutura associada por si exploradas, desde que tal pedido seja devidamente fundamentado com base na garantia de um apropriado desenvolvimento futuro dos serviços concessionados. Quando se revelar necessário, a concessionária pode solicitar também a reserva de espaço destinado a manobras de manutenção ou reparação das condutas e infra-estrutura associada e ou manobras de manutenção, reparação e instalação de cabos.

Em qualquer caso, não é permitida à concessionária a instalação, nas condutas e infra-estrutura associada, de cabos ou quaisquer equipamentos que não correspondam às necessidades actuais ou previsíveis em termos de prestação de serviços e que, em consequência da indevida ocupação excessiva de espaço, impeçam ou limitem o acesso às infra-estruturas pelas entidades beneficiárias.

2. Têm acesso às infra-estruturas referidas no ponto anterior as entidades que oferecem redes ou serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

3. A concessionária deve submeter ao ICP-Anacom, para verificação da conformidade com os elementos mínimos determinados, uma oferta de referência para acesso e utilização às condutas e infra-estrutura associada de que seja proprietária ou cuja gestão lhe incumba, a qual deverá respeitar os princípios da transparência, não discriminação e orientação dos preços para os custos.”
- 240 - A arguida PTC, S.A. apresentou em 2006 um volume de negócios de 1.891.889.967 euros. ---
- 241 - Cada célula abrange em média entre 1500 e 2000 casas. ---
- 242 - Para os operadores de televisão por cabo que pretendem oferecer também serviços de telefonia fixa e internet de banda larga o recurso a tecnologia de transmissão por satélite, para a prestação dos três serviços, não é uma alternativa economicamente viável, à construção de uma rede cabo. ---
- 243 - Para os operadores de televisão por cabo que pretendem oferecer também serviços de telefone fixo e internet de banda larga, são relevantes os seguintes factos:
- a) o facto de o satélite implicar a colocação de equipamento bi-direccional em cada cliente e, por conseguinte, não servir, por si só, para prestar serviços de telefone e Internet; ---
 - b) os investimentos efectuados; ---
 - c) o plano técnico e económico a que o operador está vinculado com base na autorização; ---
 - d) o facto de os condomínios poderem recusar a colocação de antenas nos prédios nas zonas urbanas; e ---
 - e) a escala necessária à rentabilização do investimento. ---
- 244 - A PTC sabe que a utilização de satélite para a prestação de serviços de telefonia fixa e Internet de banda larga não é uma alternativa economicamente viável porque exige a colocação de equipamento bidireccional em cada cliente. ---
- 245 - A PTC justificou a ausência de resposta positiva aos pedidos de autorização da Tvtel designadamente com a ausência de espaço para colocação dos cabos. ---
- 246 - A PTC quando recusou o acesso às suas condutas umas vezes invocou a necessidade de ter um furo vago para manutenção da rede, outras a necessidade de ter um furo vago para expansão da rede e outras a necessidade de ter dois furos vagos para manutenção e expansão da rede, razões que entende justificarem a recusa. ---
- 247 - Existem condutas da PTC nas quais foram colocados cabos, em que não existiam tubos ou furos vagos. ---
- 248 - O tratamento dos pedidos da CATVP é efectuado com base num contrato de cedência de infra-estruturas à CATVP (rede de distribuição) que prevê que os pedidos passem pela apresentação de um plano. ---
- 249 - A PTC usa infra-estruturas da rede da EPAL, da rede da BRISA, da rede da ANA-Aeroportos e da rede da Junta Autónoma de Estradas. ---
- 250 - Ao pedido T2-24 GRD06X04 referido na Tabela II a PTC respondeu a 27 de Fevereiro de 2004, recusando a totalidade do acesso, tendo posteriormente, a 8 de Junho de 2004, disponibilizado o acesso na sua totalidade.
- 251 - Na rede telefónica da PTC é frequente a passagem de cabos pelas fachadas dos edifícios. ---
- 252 - O Grupo PT disponibiliza, por imposição do regulador sectorial ICP-ANACOM, duas ofertas grossistas diferentes nos mercados grossistas conexos ao mercado retalhista do acesso à Internet em banda larga: a Oferta de Referência de Acesso ao Lacete Local (ORALL) e a Rede ADSL PT.
- 253 - As operadoras de telecomunicações utilizam a oferta grossista “Rede ADSL PT” para prestar serviços retalhistas de internet de banda larga. ---
- 254 - No Reino Unido a operadora de televisão por subscrição BSkyB recorre exclusivamente a DTH (Direct to Home) para prestar o respectivo serviço e é líder de mercado. ---
- 255 - Em Espanha, a Sogecable (DigitalPlus) recorre unicamente ao satélite para prestar o serviço de televisão por subscrição aos seus clientes sendo líder de mercado. ---
- 256 - Com base na ORALL, qualquer operador pode oferecer serviços de telefonia fixa, de acesso de banda larga à Internet e de televisão por subscrição através da tecnologia IPTV. ---
- 257 - Os primeiros pedidos de acesso a condutas da PTC por parte de operadores de redes de cabo, surgiram, de uma forma mais regular, por volta de 1994, altura em que foram concedidas as primeiras licenças para o efeito pelo ICP – ICP-ANACOM. ---
- 258 - No ano 2000 o serviço telefónico fixo foi liberalizado em Portugal, tendo surgido vários operadores desse serviço. ---
- 259 - A partir de finais da década de 90 começaram a surgir novas tecnologias empregues na prestação de serviços de telecomunicações, que requeriam a utilização de espaço em condutas para instalação de novos cabos, como sejam o UMTS, que carece da utilização de fibra óptica nas condutas; o serviço de ADSL



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

2

(Internet em banda larga); a rede ETHERNET (ligações de muito alta velocidade, de ponto a ponto, em fibra óptica) e as necessidades de redundância/securização (cada vez mais solicitadas, designadamente, por empresas e instituições de crédito que necessitam de ter duas linhas em alternativa, por forma a que, se uma deixar de funcionar, exista outra que mantenha a ligação à rede, o que pressupõe a duplicação dos pares de cobre e fibra óptica instalados). ---

260 - Desde que começou a haver procura das condutas da PTC para passagem de cabos a arguida estabeleceu como princípio orientador da gestão das infra-estruturas a reserva de espaço para manutenção. ---

261 - O aumento da procura de acesso e o desenvolvimento tecnológico, que tornou possível a prestação pela PTC de outros serviços através de cabos instalados nas condutas, fez com que a PTC a partir de 2002 estabelecesse como princípio orientador da gestão das infra-estruturas a reserva de espaço nas suas condutas para prestar tais serviços e para expandir a sua rede de telefone fixo.

262 - A Tvtel e a Cabovisão apresentaram várias queixas à ICP-ANACOM relacionadas com a dificuldade de acesso às condutas da PTC. ---

263 - No dia 25 de Fevereiro de 2003 deu entrada na ICP-Anacom um requerimento da PTC, cuja cópia se mostra junta a fls. 1771 e cujo teor aqui se dá por inteiramente reproduzido. ---

264 - A PTC não dispunha entre 2001 e 2005 de um cadastro sobre o estado de ocupação de cada conduta. -

--

265 - A resposta a um pedido de acesso implicava uma verificação no terreno. -

266 - Uma célula é composta por mais de uma centena de câmaras de visitas. -"

Factos não provados

"Não se provaram os seguintes factos da acusação:

1 - O modelo técnico de distribuição da Tvtel implica a passagem dos cabos ao longo das condutas da PTC. --

-

2 - Para um operador de televisão por cabo como a Cabovisão ou a Tvtel não era e ainda não é uma alternativa substituir a rede cabo por satélite. ---

3 - À data, a utilização de redes de água e saneamento, nomeadamente no que respeita à colocação de cabo coaxial, com o desenvolvimento técnico utilizado, não é possível por motivos técnicos, de segurança e de operacionalidade das redes, mesmo quando em paralelo existe conduta em seco. -

4 - Os serviços municipalizados e empresas de água e saneamento que operam na área geográfica dos pedidos das Tabelas I e II declararam não ser concedida, até à data, a colocação de cabos nas suas infra-estruturas, mesmo quando têm condutas paralelas, a seco, nomeadamente por motivos de segurança e para evitar problemas na realização de obras de derivação de ramais. ---

5 - Mesmo onde existem postes (rede aérea de baixa tensão) da EDP, estes não viabilizam a construção dos traçados pedidos nas Tabelas I e II; nos casos em que a rede da EDP constituía uma alternativa, quer a Tvtel quer a Cabovisão instalaram os respectivos cabos nos postes, não constando esses troços cobertos pelos postes - e correspondentes pedidos - da Tabela I e da Tabela II, conforme descrito na Tabela IV, constante do Anexo IV. ---

6 - A rede aérea de baixa tensão não tem capilaridade suficiente de forma a consistir uma alternativa para efeitos de construção da rede cabo com base nos pedidos constantes das Tabelas I e II. ---

7 - A Portgás, quando confrontada com pedidos, nomeadamente da Tvtel, para instalação de cabo nas respectivas condutas, não acedeu à referida instalação, pelo que não constituiu e não constitui, até ao momento, na prática, uma alternativa às condutas da PTC. ---

8 - A coincidência geográfica entre as redes de caboduto e os pedidos constantes das Tabelas I, II e III permite concluir no sentido de existirem apenas alternativas pontuais, não generalizadas, em determinados municípios, nos termos resumidos na Tabela IV. ---

9 - As outras redes de condutas não constituem alternativa à instalação de cabos na rede de condutas da PTC, ou porque não existem ou porque são muito limitadas em termos de capilaridade. ---

10 - Uma coincidência geográfica parcial não constitui alternativa a uma conduta em rede, atento o facto de não permitir a ligação dos cabos à rede. ---

11 - Apenas nos municípios de Aveiro e de Caldas da Rainha a rede das Câmaras constituiu uma alternativa para a construção da rede cabo. ---



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

12 - Nas condutas da Refer passam cabos de sinalização ferroviária, pelo que, por razões de segurança, a colocação de cabos nas mesmas está limitada à Refertelecom, não podendo ser utilizada por outras empresas. ---

13 - A coincidência mínima entre a rede de condutas da ONI e as condutas da PTC às quais o acesso para colocação de cabos de operadores foi recusado, resumida na Tabela IV, demonstra que, ainda que esta rede possa constituir uma alternativa pontual, não tem capilaridade suficiente de forma a constituir uma alternativa às condutas da PTC para efeitos de cablagem. ---

14 - A coincidência mínima entre a rede de condutas da Novis e as condutas às quais o acesso para colocação de cabos de operadores foi recusado pela PTC, resumida na Tabela IV, demonstra que, ainda que esta rede possa constituir uma alternativa pontual, não tem capilaridade suficiente de forma a constituir uma alternativa às condutas da PTC para efeitos de cablagem. -

15 - A coincidência mínima entre a rede de condutas da Jazztel (actual AR Telecom) e as condutas às quais o acesso para colocação de cabos de operadores foi recusado pela PTC, resumida na Tabela IV, demonstra que, ainda que esta rede possa constituir uma alternativa pontual, não tem capilaridade suficiente de forma a constituir uma alternativa às condutas da PTC para efeitos de cablagem.

16 - A coincidência mínima entre a rede de condutas da Vodafone e as condutas às quais o acesso para colocação de cabos de operadores foi recusado pela PTC, resumida na Tabela IV, demonstra que, ainda que esta rede possa constituir uma alternativa pontual, não tem capilaridade suficiente de forma a constituir uma alternativa às condutas da PTC para efeitos de cablagem. ---

17 - Os municípios em que os operadores concorrentes do Grupo PT têm autorização para operar e em que, simultaneamente, tem autorização para operar o Grupo PT com base na rede de televisão por subscrição, são afectados porque a recusa de acesso a condutas da PTC para efeitos de passagem de cabos limita o desenvolvimento das redes dos operadores concorrentes do Grupo PT, redes essas que são construídas faseadamente e numa sequência económica de proximidade. ---

18 - As recusas de acesso a condutas consubstanciam barreiras à construção de redes e consequentemente, à prestação de serviços, traduzindo-se consequentemente numa limitação à expansão das redes dos operadores a quem o acesso foi recusado, por motivos técnicos e económicos. ---

19 - A recusa de acesso a condutas da PTC para efeitos de passagem de cabos de operadores de televisão por subscrição concorrentes limita também o desenvolvimento das redes de televisão por cabo em todos os municípios em que os operadores concorrentes operavam em 2003 e 2004, situação que se manteve, e onde a CATVP operava ou podia potencialmente vir a operar, os quais constam da Tabela V introduzida no Anexo V. ---

20 - A recusa de acesso a condutas da PTC para efeitos de passagem de cabos de operadores de televisão por subscrição concorrentes limita ainda o desenvolvimento das redes de televisão por cabo nos restantes municípios do território nacional, em que os operadores concorrentes são oferta potencial de serviços de televisão por subscrição. ---

21 - Do ponto de vista da oferta não é substituível a oferta de serviços de Internet por cabo por serviços de Internet ADSL, porque estas ofertas têm por base redes diferentes. ---

22 - Na realidade, verifica-se que o único operador para quem a oferta de Internet em ADSL e por cabo é substituível é o próprio Grupo PT, e tal decorre das circunstâncias excepcionais decorrentes do facto de deter duas redes. ---

23 - No que respeita a plataformas tecnológicas para acesso em banda larga, a Tvtel e a Cabovisão apenas dispõem de uma rede de televisão por cabo, utilizando os modems por cabo, ao contrário do que sucede com o Grupo PT que fornece o acesso em banda larga através da rede por cabo e através da rede telefónica de cobre, com base em tecnologia ADSL, não sendo viável para aquelas empresas (e os restantes concorrentes do Grupo PT) a construção de uma nova infra-estrutura de telecomunicações, face aos seus elevados custos e prazos de construção. ---

24 - Os efeitos directos na prestação de serviços de Internet de banda larga e, em especial, de serviços de Internet por cabo, de uma prática de recusa de acesso às condutas da PTC por operadores de televisão por subscrição verificam-se nos troços concretos dos municípios em que a PTC tem condutas e recusa acesso às mesmas. ---

25 - Atento o facto de estar em causa um serviço prestado com base em rede, a recusa de acesso para instalação de cabos de redes de televisão por subscrição teve efeitos na prestação de serviços de Internet por cabo nos municípios referidos na Tabela I, II e III: Alcobaça, Arraiolos, Aveiro, Caldas da Rainha, Coimbra, Espinho, Estarreja, Fundão, Grândola, Guarda, Ílhavo, Lagos, Maia, Matosinhos, Montijo, Nazaré, Oliveira



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

2

de Azeméis, Oliveira do Bairro, Palmela, Peniche, Portimão, Porto, São João da Madeira, Sesimbra, Setúbal, Silves, Sines e Vila Nova de Gaia. ---

26 - A recusa de acesso a condutas da PTC para efeitos de passagem de cabos de operadores de televisão por subscrição concorrentes limita o desenvolvimento das redes de televisão por cabo nestes municípios. ---

27 - As barreiras à construção de redes e consequentemente, à prestação de serviços, concretizadas na recusa de condutas, traduzem-se numa limitação à expansão das redes dos operadores a quem o acesso foi recusado, por motivos técnicos e económicos. ---

28 - A recusa de acesso a condutas da PTC para efeitos de passagem de cabos de operadores de televisão por subscrição concorrentes limita também o desenvolvimento das redes de televisão por cabo em todos os municípios em que os operadores concorrentes têm autorização para operar, e onde a CATVP opera ou pode potencialmente vir a operar. ---

29 - A recusa de acesso a condutas da PTC para efeitos de passagem de cabos de operadores de televisão por subscrição concorrentes limita ainda o desenvolvimento das redes de televisão por cabo nos restantes municípios do território nacional, em que os operadores concorrentes são oferta potencial de serviços de Internet por cabo e concorrem com uma oferta de Internet via ADSL da PTC de âmbito nacional. ---

30 - Do ponto de vista da oferta, os serviços de telefonia fixa prestados através da rede cabo e os serviços de telefonia fixa prestados através da rede básica de comunicações electrónicas ou outro tipo de suporte são serviços diferentes e não substituíveis para a generalidade dos operadores, uma vez que têm como suporte redes de tipo diferente. ---

31 - Os efeitos directos da prática de recusa de acesso às condutas da PTC por operadores de televisão por subscrição verificam-se nos troços concretos dos municípios em que a PTC tem condutas e recusa acesso às mesmas. ---

32 - Atento o facto de estar em causa um serviço prestado com base em rede, a recusa de acesso para instalação de cabos de redes de televisão por subscrição teve efeitos na prestação de serviços de telefone fixo por cabo nos municípios referidos na Tabela I, na Tabela II e na Tabela III: Alcobaça, Arraiolos, Aveiro, Caldas da Rainha, Coimbra, Espinho, Estarreja, Fundão, Grândola, Guarda, Ílhavo, Lagos, Maia, Matosinhos, Montijo, Nazaré, Oliveira de Azeméis, Oliveira do Bairro, Palmela, Peniche, Portimão, Porto, São João da Madeira, Sesimbra, Setúbal, Silves, Sines e Vila Nova de Gaia. ---

33 - A recusa de acesso a condutas da PTC para efeitos de passagem de cabos de operadores de televisão por subscrição concorrentes limita o desenvolvimento das redes de televisão por cabo nestes municípios. ---

34 - As barreiras à construção de redes e consequentemente, à prestação de serviços, concretizadas na recusa de acesso a condutas, traduzem-se numa limitação à expansão das redes dos operadores a quem o acesso foi recusado, por motivos técnicos e económicos. ---

35 - A recusa de acesso a condutas da PTC para efeitos de passagem de cabos de operadores de televisão por subscrição concorrentes limita também o desenvolvimento das redes de televisão por cabo em todos os municípios em que os operadores concorrentes têm autorização para operar, e onde a CATVP opera ou pode potencialmente vir a operar. ---

36 - A recusa de acesso a condutas da PTC para efeitos de passagem de cabos de operadores de televisão por subscrição concorrentes limita ainda o desenvolvimento das redes de televisão por cabo nos restantes municípios do território nacional, em que os operadores concorrentes são oferta potencial de serviços de telefone fixo por cabo e concorrem com uma oferta de serviços de telefonia fixa da PTC de âmbito nacional. ---

37 - Já no que respeita às condutas analisadas, objecto dos pedidos da Tvtel e da Cabovisão, constantes, respectivamente, da Tabela I e da Tabela II, e pelos motivos expostos no ponto II.A.1.1.3, não existe uma alternativa às condutas da PTC que permita a construção de uma rede de televisão por cabo. ---

38 - Tendo em conta o efeito de rede e o facto de a opção de instalação necessariamente ponderar a interligação, a PTC actua no mercado de acesso a condutas para efeitos de instalação de redes de televisão por subscrição de forma autónoma dos restantes operadores, não tendo concorrência relevante. ---

39 - O acesso à rede de condutas da PTC é essencial para que os operadores de televisão por subscrição possam construir a respectiva rede de televisão por subscrição nos troços analisados e prestar os correspondentes serviços de televisão, Internet e telefonia fixa. ---

40 - A mera detenção de uma infra-estrutura essencial como a rede de condutas onde está instalada a rede básica de telecomunicações, relativamente à qual não existe alternativa de âmbito nacional, confere à PTC posição dominante, porque, sendo a única com dimensão nacional, as actividades dos operadores a jusante e que concorrem com as sociedades do Grupo PT ao nível da oferta retalhista dependem do acesso a tal rede de condutas. ---



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- 41 - As infra-estruturas da PTC são essenciais para o desenvolvimento das actividades de prestação dos serviços de televisão por subscrição, telefonia fixa e internet de banda larga por cabo. ---
- 42 - A integração vertical existente no Grupo PT, traduzida na detenção e oferta de condutas onde está instalada a rede básica de comunicações electrónicas, necessárias para a passagem de cabos utilizados na prestação de serviços de televisão por subscrição, reforça o carácter independente da sua actuação neste mercado. --
- 43 - O Grupo PT actua de forma livre e independente, não se verificando existir um contrapoder dos concorrentes, clientes ou consumidores. ---
- 44 - A integração vertical existente no Grupo PT, traduzida na detenção e oferta de condutas, necessárias para a passagem de cabos utilizados na prestação de serviços de Internet de banda larga, por cabo ou ADSL, reforça o carácter independente da sua actuação neste mercado. ---
- 45 - A integração vertical existente no Grupo PT, traduzida na detenção e oferta de condutas, necessárias para a passagem de cabos utilizados na prestação de serviços de telefonia fixa, por acesso directo ou indirecto, e a simultânea prestação destes tipos de serviços pelo Grupo PT, reforça o carácter independente da sua actuação neste mercado. ---
- 46 - Relativamente aos pedidos da Tabela I a recusa de acesso da PTC inviabilizou a construção da rede à data. ---
- 47 - O pedido T1-14, T1-22, T1-25, T1-26 e T1-27 da tabela I correspondem a 5 células, 6 células, 3 células, 5 células e 5 células, respectivamente. ---
- 48 - Nos casos de recusa parcial existiu também uma recusa total na medida em que a recusa parcial inviabilizou a totalidade do projecto. ---
- 49 - Relativamente aos pedidos identificados no art. 394º da decisão a recusa de acesso da PTC inviabilizou a construção da rede à data. --
- 50 - Ao pedido T2-24 GRD06X04 referido na Tabela II, a PTC respondeu em 1 de Março de 2004. ---
- 51 - O carácter descontinuo das condutas às quais foi autorizado acesso inviabiliza técnica e economicamente a instalação solicitada. ---
- 52 - A PTC não manteve desde 2000 uma política geral uniforme e inequívoca de gestão do acesso a condutas. --
- 53 - As condutas onde foram colocados cabos sem que existissem tubos ou furos vagos eram zonas de conduta única em que a CATVP passou cabos ou zonas de conduta única em que Tvtel passou cabos. ---
- 54 - Os pedidos de acesso da CATVP são informais, não havendo registos dos mesmos. -
- 55 - O contrato de cedência de infra-estruturas à CATVP (rede de distribuição) prevê que os pedidos se concretizem em solicitações informais, das quais alegadamente não há registo. ---
- 56 - A CATVP efectua os seus pedidos directamente às áreas locais de negócio da PTC e não a um serviço central. ---
- 57 - O carácter informal das relações contratuais relativas ao acesso traduz-se numa situação de tratamento pela PTC diferenciado entre a CATVP, empresa do Grupo PT, e as restantes empresas. ---
- 58 - Os operadores de televisão por subscrição necessitam de ter uma rede cabo para prestarem os respectivos serviços. ---
- 59 - A utilização do serviço de transmissão de sinal não é uma alternativa à rede de condutas da PTC para efeitos dos pedidos, de rede secundária, constantes das Tabelas I, II e III. Nos termos explanados no ponto II.A.1.1.2.3. da presente Decisão e nos termos da Tabela IV, não há redes de condutas ou outras alternativas gerais à rede de condutas da PTC e, em especial, não há alternativas para construção dos pedidos constantes das Tabelas I e II. ---
- 60 - A duplicação de condutas através da construção de rede de condutas própria não é uma alternativa à rede de condutas da PTC. ---
- 61 - Em resultado da recusa de acesso às condutas objecto dos pedidos constantes das Tabelas I e II, as concorrentes do Grupo PT, Cabovisão e Tvtel, não puderam prestar serviços de televisão por subscrição, Internet de banda larga e telefonia fixa às casas não cabladas em virtude da não instalação de cabos destes operadores nas referidas condutas. ---.
- 62 - As recusas da PTC de acesso às condutas tiveram como objecto e efeito a criação de barreiras ao desenvolvimento da rede da Tvtel e da Cabovisão, operadores de televisão por subscrição concorrentes do Grupo PT. ---.
- 63 - Como consequência das recusas de acesso à rede, os concorrentes do Grupo PT não tiveram a possibilidade de cablar zonas residenciais novas. ---



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

64 - Em especial, a prática teve como efeito o facto de a CATVP ter o exclusivo no segmento de mercado de instalação de rede de televisão por cabo em novas urbanizações. ---

65 - Como consequência das recusas de acesso à rede os concorrentes do Grupo PT não tiveram a possibilidade de efectuar a expansão da respectiva rede nos termos previstos e possíveis sem os entraves colocados à instalação de cabos nas condutas da PTC. ---

66 - Como consequência das recusas de acesso à rede, os concorrentes do Grupo PT perderam receita pelos assinantes que deixaram de ter. ---

67 - Como consequência das recusas de acesso à rede os concorrentes do Grupo PT incumpriram, pelo menos potencialmente, os objectivos de cobertura que lhes foram impostos pelo ICP-ANACOM. ---

68 - Como consequência das recusas de acesso à rede os concorrentes do Grupo PT e, em concreto, a Tvtel, sofreram consequências negativas em termos de risco de crédito ao nível de financiamento bancário em virtude do incumprimento dos respectivos objectivos e projectos, do qual depende o desenvolvimento das respectivas redes. ---

69 - Como consequência das actuações acima referidas da PTC, os operadores concorrentes da CATVP viram travada a expansão das suas redes. ---

70 - A restrição da concorrência resultante da prática da PTC teve como efeito uma perda de receitas e lucros dos operadores concorrentes, bem como uma diminuição de bem-estar dos consumidores resultante da impossibilidade de operadores alternativos à CATVP prestarem serviços de televisão por subscrição, Internet de banda larga e telefonia em local fixo, na medida em que uma maior oferta permitiria descidas de preços e melhorias de qualidade de serviço. ---

71 - A recusa de acesso a condutas e as consequentes limitações no desenvolvimento das redes dos operadores de televisão por subscrição aumenta os custos dos operadores. ---

72 - O comportamento que corresponde à recusa de acesso funciona como barreira à entrada nos mercados relevantes. ---

73 - A colocação de barreiras à entrada do mercado pela PTC é conhecida, nomeadamente por operadores que potencialmente entrariam nos mercados relevantes. -

74 - A recusa de acesso, atendendo à posição de domínio do Grupo PT nos mercados relevantes identificados, dissuade potenciais novos operadores de entrarem no mercado, que, em face das referidas recusas, consideram existirem elevadas barreiras à entrada nos mercados das comunicações electrónicas, em resultado de ser dificultada ou impossibilitada a construção da rede. Importa ainda lembrar que a limitação da construção de rede em determinados troços tem como efeito a não construção da rede em outros locais, em resultado da ausência de externalidades de rede e da diminuição do retorno financeiro necessário ao investimento. ---

75 - A recusa de acesso a condutas pela PTC, tendo como consequência a limitação da oferta nacional de televisão por subscrição, Internet por cabo e telefonia fixa por cabo, é susceptível de ter como efeito uma diminuição dos investimentos de empresas de outros Estados-membros nos mercados nacionais de televisão por subscrição, Internet de banda larga e telefonia fixa. ---

76 - Uma vez que os cabos cuja instalação nas condutas da PTC servem para prestar, entre outros, o serviço de televisão por subscrição, serviço este que se traduz na visualização de canais de televisão por subscrição pelos utilizadores finais, a limitação da oferta do serviço de televisão por subscrição resultante da impossibilidade de construção da rede, tem efeitos na aquisição de canais para transmissão pelos operadores. Assim, a lesão da concorrência nos mercados relevantes tem também como consequência uma perturbação do comércio intra-comunitário de conteúdos, em virtude da susceptibilidade de alteração da estrutura da procura de canais de televisão por subscrição pelos operadores. ---

77 - A PTC, ao fundamentar recusas de acesso a condutas com a justificação de que o acesso a condutas pode ser substituído pelo serviço de transmissão de sinal, tem obrigação de verificar, antes de recusar, se os mesmos pedidos se reportam à instalação de cabos da rede secundária. ---

78 - Os troços de condutas objecto dos pedidos constantes da Tabela I e II não têm outras alternativas. ---

79 - A PTC, ao fundamentar recusas de acesso a condutas com a justificação que o acesso às suas condutas pode ser substituído por outras condutas ou postes, tem obrigação de verificar, antes de recusar, se existe uma alternativa real. ---

80 - A PTC recusou os pedidos constantes da Tabela I e II, cujos troços não têm alternativa à rede de condutas daquela empresa, o que traduz o facto de a PTC ter querido recusar os pedidos, independentemente de os mesmos terem alternativas. ---

81 - A PTC sabe, ou tinha obrigação de saber, que o acesso às suas condutas confere uma vantagem competitiva nos mercados a jusante à CATVP, enquanto o acesso às mesmas condutas não for dado aos seus



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

2

concorrentes, nomeadamente à Cabovisão e à Tvtel. ---

82 - A PTC sabe, ou tinha obrigação de saber, que, sem acesso às condutas onde está instalada a rede básica de telecomunicações, i.e., ao mercado do acesso a infra-estruturas para efeitos de passagem de cabos e infra-estruturas de redes de comunicações electrónicas, os operadores de televisão por subscrição não podem prestar serviços de televisão por subscrição, Internet por cabo e telefonia fixa, ou não o podem fazer de forma a conseguir concorrer com as empresas do Grupo PT. ---

83 - A PTC sabe, ou tinha obrigação de saber, e conforma-se com o resultado de, em consequência da recusa de acesso às suas condutas, os concorrentes do Grupo PT. --

- (i) não terem a possibilidade de cablar zonas residenciais em que não estavam presentes;
- (ii) não efectuarem a expansão da respectiva rede nos termos previstos e possíveis sem os entraves colocados à instalação de cabos nas condutas da PTC;
- (iii) perderem receita pelos assinantes que deixam de ter;
- (iv) incumprirem, pelo menos potencialmente, os objectivos de cobertura que lhes foram impostos pelo ICP-ANACOM;
- (v) terem consequências negativas em termos de financiamento bancário em virtude do incumprimento dos respectivos objectivos e projectos, do qual depende o desenvolvimento das respectivas redes.

84 - O comportamento que corresponde à recusa de acesso funciona como barreira à entrada nos mercados relevantes. ---

85 - A PTC limitou ainda a prestação de serviços por concorrentes através de outro tipo de actuações, como o corte de cabos de operadores concorrentes na sequência de mudança de clientes da CATVP para aqueles. ---

86 - A PTC sabe, ou tinha obrigação de saber, que os efeitos da recusa do acesso se verificariam nos mercados de televisão por subscrição, Internet de banda larga e telefonia fixa em que o Grupo PT está presente, e na totalidade do território nacional. ---

87 - A PTC sabe, ou tinha obrigação de saber, que a concessão de espaço em condutas de forma descontínua inviabiliza técnica e economicamente a instalação solicitada, como observou ao longo do tempo na sequência das recusas que efectuou. ---

88 - A PTC sabe, ou tinha obrigação de saber, que ao recusar aos operadores de televisão por subscrição acesso às suas condutas para instalação de cabos, estava a limitar a concorrência no mercado e, potencialmente, a eliminar concorrentes nos serviços de televisão por subscrição, Internet de banda larga e telefonia fixa. Na realidade a recusa de alguns troços tem efeitos em cadeia ("em rede") na actividade geral destes concorrentes, seja, em virtude de impossibilitar a obtenção de economias de escala e de rede, seja por aumentar custos e gerar problemas de retorno financeiro e de financiamento. ---

89 - A arguida obteve, com directo prejuízo da concorrência, um ganho ilícito a favor do grupo económico em que se insere, correspondente à limitação do desenvolvimento das redes de operadores concorrentes ao Grupo PT. ----

90 - As infracções praticadas pela arguida foram aptas a proporcionar-lhe as vantagens económicas decorrentes da possibilidade de actuar no mercado sem concorrência, traduzidas, nomeadamente, nos rendimentos mantidos. ---

91 - Assim, verifica-se que as recusas de colocação de cabos em condutas da PTC traduziram-se na impossibilidade de cablar, pelo menos, 73.527 casas, tendo como consequência perdas de bem-estar que corresponderam a vantagens daí resultantes para o Grupo PT, nos termos atrás descritos. ---

92 - Em suma, a arguida não procurou voluntariamente pôr termo ao abuso em causa e reparar os prejuízos que a sua conduta causa a concorrentes e clientes. ---

Não se provaram os seguintes factos da impugnação:

93 - arts. 412º, 420º, 454º, 474º, 476º, 554º, 557º, 562º, 698º, 771º a 774º, 784º, 820º, 823º, 948º, 950º, 955º, , 981º, 996º

94 - - arts. 447º, 471º a 473º, 475º, 477º a 481º, 515º (no que concerne à razão pela qual a primeira recusa se deveu a lapso dos serviços), 520º, 555º, 563º, 571º, 683º, 826º. ---

95 - arts. 547º, 542º, 941º, A televisão por subscrição pode ser prestada por satélite e uma rede de satélite é aliás mais económica do que uma rede por cabo.

96 - arts. 1068º e 1069º, 1090º

97 - art. 1091º

98 - art. 1093º

99 - arts. 1218º e 1220º "



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

A MOTIVAÇÃO DA DECISÃO SOBRE A MATÉRIA DE FACTO PROFERIDA PELO TRIBUNAL “A QUO”.

O Tribunal *a quo* fundamentou do seguinte modo a sua convicção quanto aos factos que considerou provados:

“Antes de passar à análise dos meios de prova, há que tecer umas breves considerações sobre a prova e sobre a sua valoração. ---

Desde logo convém ter em mente a natureza destes autos. Como recurso de impugnação judicial que é, o processo distingue-se do processo-crime. Neste, o julgamento é feito a partir de uma acusação (ou decisão instrutória), onde nada está à partida provado e tudo tem de ser objecto de prova em julgamento. As provas que podem ser valoradas na sentença são todas as que se produzirem no julgamento e aquelas que tenham sido produzidas anteriormente nos casos devidamente especificados na lei. Considera-se para todos os efeitos como prova produzida em audiência os documentos que se encontrarem juntos ao processo, mesmo que não tenham sido lidos em audiência (neste sentido Ac. da RC de 29-03-06). ---

Já em processo contra-ordenacional a situação não é exactamente esta dado que está em causa um recurso. Significa isto que o objecto do processo é fixado em função do conteúdo do articulado de impugnação. Daqui resulta que não há que produzir prova sobre os factos aceites pelo arguido. Não se trata aqui de prova por confissão no sentido que esta pode ter no direito civil, isto é, não se consideram os factos provados por o arguido não os ter especificadamente impugnado. Aqui vale o princípio da presunção de inocência e o consequente ónus de prova pela acusação. O que se passa é que só tem que ser produzida prova e apreciada a factualidade posta em causa pelo arguido. Os factos constantes da decisão recorrida que o arguido não questiona ficam fora do objecto do recurso. ---

*

3.3.1 – Matéria de facto provada

No que concerne à matéria de facto considerada provada e que foi questionada pelas arguidas nos seus recursos de impugnação, o Tribunal formou a sua convicção a partir da análise crítica da prova produzida em audiência, designadamente dos documentos juntos aos autos, do depoimento do legal representante da arguida e do depoimento das testemunhas inquiridas. ---

O legal representante da arguida, Alfredo Baptista, foi claro no seu depoimento, sendo que do mesmo pouco se pôde extrair dado que não depôs sobre os factos concretos imputados à arguida mas tão só dos procedimentos gerais seguidos pela PTC.-

Por parte da acusação foram inquiridas sete testemunhas, quatro ligadas à Tvtel à data dos factos (Luís Fernandes, Júlio Sousa, Manuel José Silva, Emanuel Pereira), duas à Cabovisão (Paulo Valente e José Lagarto, este testemunha também da PTC) e uma que trabalhava numa empresa que fez obras para a Tvtel (José Silva). ---

As testemunhas ligadas à Tvtel demonstraram conhecer o plano de negócios da referida empresa, queixosa nos autos, sendo aliás uma delas, Júlio Sousa, administrador da empresa à data). Apresentaram uma visão parcial, defendendo a queixa apresentada pela Tvtel à AdC e que deu origem ao presente processo. Defenderam com mais ou menos conhecimento de causa que em todos os pedidos apresentados pela Tvtel havia espaço para passar os cabos, sendo para a generalidade dos depoentes irrelevante o argumento da PTC de que necessitava de espaço para manutenção e/ou expansão. Face à prova produzida por outras testemunhas relativa à necessidade de espaço designadamente para manutenção, facto que aliás a própria acusação entendeu estar provado, esta posição das testemunhas retirou aos respectivos depoimentos o necessário distanciamento e objectividade. Os depoimentos ficaram ainda abalados por terem defendido a imprescindibilidade das condutas da PTC com o argumento de que só elas lhes permitem aceder às entradas dos prédios, quando ficou provado que os ramais de acesso nem sequer são propriedade da PTC, que quando eram feitos pedidos de acesso nem sequer se incluíam estas ramais nem as caixas de visita de onde derivam e que os cabos não têm obrigatoriamente que entrar por via subterrânea podendo também entrar pelas fachadas dos edifícios. Acresce que todos eles defenderam não haver alternativas às condutas da PTC mas nenhum concretizou ter sido sequer solicitado à EDP informação sobre a existência de postes, ou a razão pela qual as condutas da Tejcel não serviam ou porque não era possível passar cabo em fachada.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

20

Todos estes factores impedindo que o depoimento das referidas testemunhas fosse valorado na totalidade tendo todas demonstrando a sua pré-convicção de que a cometeu a infracção que lhe é imputada. ---

As testemunhas que à data estavam ligadas à Cabovisão foram mais imparciais e, por conseguinte, o seu depoimento por mais isento mais valorado. Não obstante nenhuma das duas identificou os concretos pedidos em causa nos autos nem tão pouco referiu que quanto aos mesmos a PTC tinha conduta livre mesmo reservando espaço para manutenção e expansão. De igual modo nenhum referiu em concreto quais as diligências que a Cabovisão encetou com vista a procurar alternativas às condutas da PTC. Daí que os seus testemunhos na parte que incidiu sobre as recusas não fosse suficientemente objectivo e revelador de conhecimento directo dos factos que permitisse a sua valoração. ---

José Silva que trabalhava para uma empresa que construiu para a Tvtel, pouco adiantou com o seu testemunho dado não ter identificado qualquer concreta obra (sendo que referiu que construiu rede em cerca de 23 células em Gaia) pelo que não pôde ser valorado o depoimento no que concerne aos concretos pedidos de acesso dos autos. Afirmou que invocar falta de espaço era mentira porque os cabos são pequenos e passam sempre. Mais uma vez é um testemunho parcial uma vez que não está em causa saber se não havia espaço para passar o cabo da Tvtel mas sim se por força dessa passagem deixava de haver espaço disponível designadamente para manutenção, e sobre isso a testemunha nada disse. ---

Relativamente aos pedidos concretos em causa nos autos nenhuma das testemunhas os localizou com rigor e precisão, limitando-se a referir que estava em causa a cablagem do grande Porto, o que não foi suficiente para fazer corresponder as suas afirmações aos concretos pedidos dos autos. ---

A PTC arrolou dezasseis testemunhas, parte ligadas à própria empresa e cinco sem ligação à mesma. As testemunhas Carlos Salema, Amado da Silva, Ismael Augusto, Ângelo Sarmiento e Duarte Braga, presidente do instituto de telecomunicações, presidente da ICP-Anacom, administrador da RTP até 2004 e depois da Sportv, administrador da EDP e consultor da Mackenzi, respectivamente, prestaram um depoimento isento, objectivo e imparcial, não tendo nenhuma conhecimento directo das concretas recusas em causa nos autos mas demonstrando conhecimento sobre a realidade das infra-estruturas necessárias para a passagem de cabo e dos meios alternativos para a prestação dos serviços que as queixosas pretendiam prestar. ---

José Pires, Teodósio Pereira, António Vilasboas, Teresa Guimarães, Helena Féria, Rui Cardoso, Luís Machado e Luís Alveirinho, todas funcionários da PTC, depuseram com alguma parcialidade tendo porém revelado conhecimento da realidade subjacente à concessão de espaço em condutas, embora não tivessem conhecimento directo dos concretos pedidos em causa nos autos. ---

Vítor Franco, ligado a uma empresa de consultoria e fiscalização de infra-estruturas de telecomunicações não depôs sobre as concretas recusas imputadas à arguida mas sim sobre princípios e regras a que deve obedecer a gestão de espaço em conduta e sobre os pedidos efectuados pela Colt à PTC. O seu depoimento foi claro, objectivo e imparcial. ---

Concretizando: ---

Factos 1 a 240 - Factos não impugnados pela arguida no recurso de impugnação, sendo certo que relativamente aos estudos referidos nos factos nº 78 a 82 a PTC põe em causa a fiabilidade dos estudos mas não a sua existência pelo que se considerou provado o teor dos documentos, não já as suas conclusões, relativamente aos factos nºs 182 a 184 e 186 a 191 a PTC não contesta os factos mas as conclusões deles retiradas pela AdC pelo que se deram os factos como provados. ---

Facto 241 - depoimento das testemunhas Luís Fernandes, José Lagarto, Rui Cardoso

Factos 242 a 244 - A resposta a estes factos fundou-se no depoimento das testemunhas Luís Fernandes, Manuel José, Carlos Salema, José Pires, Ismael Augusto, Duarte Braga.

Da conjugação destes depoimentos resultou provado que o satélite é, em princípio, uma opção alternativa para o serviço de televisão por subscrição, havendo inclusive vários operadores a nível internacional (BSkyB e Sogecable) que optaram por prestar esse serviço por satélite, isto porque o serviço de televisão por subscrição não necessita de bidireccionalidade. Foi inclusive referido que a nível da Europa em vários países a opção maioritária foi por prestar o serviço de televisão por subscrição através de cabo enquanto noutros a opção foi por fazê-lo através de satélite. ---

Resultou demonstrado através dos depoimentos referidos que a questão do preço (cabo/satélite) varia consoante a área geográfica em que se pretende prestar o serviço, havendo casos em que fica mais económico o satélite e outros a rede de cabo; que a qualidade do sinal é ultrapassável se a reserva de espaço no satélite for maior de modo a evitar eventuais cortes na prestação de serviço; que as antenas têm um tamanho que em princípio não levanta problemas de colocação em terraços ou telhados; que os locais que podem não estar servidos por sinal por força da zona orográfica em que se encontram são poucas e que as alterações climáticas só interferem de modo a retirar qualidade ao sinal se forem substanciais. ---



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA



Daqui resulta que para os serviços de televisão por subscrição há substituíbilidade entre o cabo e o satélite, como aliás ficou provado no facto nº 32 e 33.

Já no que toca aos serviços de voz e banda larga tal substituíbilidade não existe por o satélite por si só não permitir o retorno do sinal e, por conseguinte, exigir para a prestação dos referidos serviços a colocação de equipamento bidireccional em cada cliente (equipamento emissor destinado a permitir o sinal de retorno) o que implicaria elevados custos em investimento (relativo ao próprio equipamento emissor) e em aluguer de tempo no satélite para tornar possível a prestação de tais serviços e, mesmo então, sem a mesma qualidade e rapidez do que a existente se os serviços fossem prestados por cabo. ---

Resulta, assim, que o recurso apenas ao satélite não é uma alternativa economicamente viável para os operadores que pretendem prestar serviços de televisão por subscrição acoplados à voz e à internet de banda larga. ---

Factos 245 e 246 - depoimento das testemunhas Luís Fernandes, José Silva, Manuel José, Paulo Valente, José Lagarto

Facto 247 - depoimento da testemunha José Lagarto e Vítor Franco

Facto 248 - doc. fls. 741, 1105

Facto 249 - doc. fls. 7248 a 7294

Facto 250 - doc. fls. 7294, 7295 e depoimento da testemunha Rui Cardoso

Facto 251 - depoimento das testemunhas Carlos Salema, Jason Inácio, Ângelo Sarmento

Facto 252 - depoimento das testemunhas Helena Féria, Rui Cardoso

Facto 253 - depoimento das testemunhas Helena Féria, Rui Cardoso

Facto 254 - depoimento das testemunhas Carlos Salema, Ismael Augusto e Duarte Braga

Facto 255 - depoimento das testemunhas Carlos Salema, Ismael Augusto e Duarte Braga

Facto 256 - depoimento das testemunhas Carlos Salema, Helena Féria, Rui Cardoso

Facto 257 - doc. fls. 2213 e depoimento da testemunha José Pires

Facto 258 - depoimento de Alfredo Baptista e das testemunhas Teodósio Pereira, António Vilas Boas, Helena Féria, Luís Alveirinho

Facto 259 - depoimento de Alfredo Baptista e das testemunhas António Vilas Boas, Helena Féria, Luís Alveirinho

Factos 260 e 261 - depoimento de Alfredo Baptista e das testemunhas Teodósio Pereira, António Vilas Boas, Helena Féria, Luís Alveirinho

Facto 262 - doc. fls. 1512 e segs. e depoimento das testemunhas Luís Fernandes e Júlio Sousa

Facto 263 - doc. fls. 1771

Factos 264 a 266 - depoimento das testemunhas Teresa Guimarães, Helena Féria, Rui Cardoso, Luís Machado e Luís Alveirinho

*

3.3.2 – Matéria de facto não provada

Quanto à matéria de facto dada como não provado, a convicção do Tribunal assentou quer na ausência de prova quer na inconsistência da prova quer na produção de prova em contrário. ---

Concretizando: ---

Facto 1 – O que resultou do depoimento das testemunhas Luís Fernandes, Júlio Sousa e Emanuel Pereira foi que o modelo técnico da Tvtel é o da prestação dos serviços de televisão por subscrição, internet de banda larga e telefonia fixa através de uma rede de cabo (coaxial e fibra). A conduta por onde o cabo passa não faz parte do modelo técnico mas sim do modelo de negócio/opção comercial feita pela Tvtel. Com efeito, do ponto de vista técnico é indiferente que o cabo passe por conduta, por poste ou até por fachada. Para efeitos de modelo técnico de distribuição o proprietário da conduta (que pode ser a PTC, a própria operadora, município, etc.) não releva. ---

Facto 2 - O facto é alegado a propósito da prestação do serviço de televisão por subscrição. Ora o que ficou provado foi que o satélite não é alternativa para prestação conjunta de serviços de televisão por subscrição, internet de banda larga e de telefonia fixa uma vez que, por si só, não tem a necessária bi-direccionalidade. Já para os serviços de televisão por subscrição a rede satélite é uma alternativa à rede por cabo pelas razões constantes da fundamentação da matéria de facto provada sob os nº 242 e 243º que aqui se dá por reproduzida, tendo aliás ficado provado que o serviço de televisão por subscrição tanto pode ser prestado por cabo como por satélite (facto nº 32). ---

Factos 3 e 4 - Os doc. fls. 2229, 2507, 2716, 2843, 2844, 2845, 2846, 2847, 2849, 2850, 2851, 3032, 3033, 3034, 3036, 3047, 3064, 3065, 3066, 3067, 3068, 3069, 3070 em que a autoridade funda a prova dos factos não têm a força probatória que a AdC lhes atribui dado serem meros relatos elaborados pela própria AdC de



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

2

conversas telefónicas tidas com pessoas aparentemente relacionadas com os serviços municipalizados e empresas de águas e saneamento, não se encontrando os referidos "relatos" comprovados pelos próprios "inquiridos" cuja identidade não está, sequer, minimamente comprovada. ---

Por outro lado, das respostas apresentadas pelos municípios e pelas empresas de água e saneamento, se é certo que algumas referem que só têm condutas de água e saneamento e que não se lhes afigura possível o seu uso designadamente por questões de segurança (cfr. ex. Caldas da Rainha, Câmara do Porto, Espinho, Aveiro – fls. 3498, 3819, 4393 e 3506), outras há que referem que nunca estudaram a hipóteses mas que a mesma é interessante e poderá ser viável (cfr. ex. Alcobaça, Oliveira de Azeméis – 3753, 3824) e outras dizem que têm condutas próprias em algumas zonas da cidade, a seco, não referindo que nelas não possam passar cabos de telecomunicações, pelo contrário (ex. S. João da Madeira, Montijo, Arraiolos e Maia – fls. 5361, 3889, 3564 e 3796). ---

Aliás, os próprios serviços municipalizados do Porto referem que a Tvtel efectuou o pedido e, depois de uma reunião, ficou de apresentar um projecto para os serviços estudarem, não tendo, porém, chegado a apresentar tal projecto (fls. 3894). ---

O que a generalidade dos municípios e serviços municipalizados disseram foi que nunca lhes foi pedido espaço nas condutas de que são proprietárias, o que é diferente de dizer que nunca concederam espaço nomeadamente por motivos de segurança e para evitar problemas na realização de obras de derivação de ramais.

Por outro lado também não é possível afirmar que não era possível colocar cabo coaxial nas condutas a seco paralelas às redes de água e saneamento, pois, há câmaras que declararam ter essas condutas a seco e que as utilizam para passagem de cabos de telecomunicações próprios (ex. Aveiro, Arraiolos e Montijo – fls. 5329 3564 e 3889). A existência destes casos concretos de passagem de condutas a seco em paralelo às condutas de água e saneamento impede que se considere provado que tal passagem não era possível por motivos técnicos, de segurança e de operacionalidade das redes. --

Factos 5 e 6 - No que concerne à inexistência de postes nos troços em causa nos autos e por se tratar de matéria contestada pela PTC, cabia à AdC e ao Ministério Público provar que os mesmos não existiam naquelas áreas e que, por conseguinte, não eram uma alternativa às condutas da PTC. Tal prova não foi feita. ---

Os documentos indicados pela AdC para prova destes factos (2448, 2475 e 3183) não têm por si só o necessário valor probatório na medida em que são informações prestadas pela Tvtel e pela Cabovisão, as duas queixosas no processo. Não são, pois, documentos emanados da EDP sendo que só esta pode demonstrar quais os postes de que é proprietária e qual a sua localização, mas sim declarações das próprias queixosas. ---

Relativamente aos restantes documentos a que a AdC se refere no anexo IV como suporte para a referência à inexistência de alternativas dos postes da EDP é de considerar que: ----

- doc. fls. 2903/2904 – Na medida em que se trata de um resumo redigido pela AdC de uma "inquirição" telefónica realizada com o Eng. Jorge Ventura, supostamente relacionado com a EDP, o mesmo não tem valor probatório pretendido pela AdC pelas razões referidas supra. ---

- doc. fls. 3141, 3142, 3155, 3156, 3174, 3176, 3265, 3268 – Estão em causa as respostas da EDP ao pedido que a AdC lhe terá feito e que vem mencionado no resumo das declarações de Jorge Ventura em que se refere que se pretende informação sobre a existência, nas zonas que vão ser indicadas, de rede aérea de baixa tensão que permita a colocação de cabos por operadores de telecomunicações. ---

Analisando tais mapas (fls. 3141, 3153, 3158, 3168, 3191 e 3732) constata-se que a EDP informa a AdC da existência de postes em dez dos municípios relativamente aos quais foi solicitada informação (Aveiro, Coimbra, Nazaré, Oliveira de Azeméis (parte), Oliveira do Bairro, Silves (parte), Vimieiro, Fundão, Sesimbra, Setúbal) e da inexistência de postes em treze dos municípios relativamente aos quais foi solicitada informação (Aveiro (parte), Alcobaça, Guarda (parte), Ílhavo, Lagos, Montijo, Palmela, Peniche, Silves (parte), Portimão, C. Rainha, Oliveira de Azeméis (parte) e S. João da Madeira). Relativamente aos municípios de Espinho, Gaia, Guarda (parte), Grândola e Sines não é prestada qualquer informação, e quanto aos municípios da Maia, Matosinhos e Porto nem sequer constam da informação solicitada. ---

Logo, no que concerne aos pedidos da Tvtel (Gaia, Maia, Matosinhos e Porto) não há qualquer documento no processo relativo à existência ou inexistência de postes da EDP. Quanto aos pedidos da Cabovisão em relação aos quais a AdC entende não haver alternativa (tabela II) resulta da informação da EDP que não há postes nas zonas correspondentes aos pedidos relativos a Alcobaça, Aveiro, Ílhavo, Lagos, Montijo, Ol. Azeméis, Palmela, Peniche, Portimão e S. João da Madeira. Da mesma informação resulta que há postes nas zonas correspondentes aos pedidos relativos a Silves (algumas zonas) e Vimieiro. ---



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

2

Face a estas informações, é abusiva a conclusão de que as alternativas são pontuais já que relativamente a alguns troços a EDP informou ter postes e relativamente a outros nada se sabe, quer porque a informação não foi prestada pela EDP quer porque nem sequer lhe foi solicitada. ---

Por outro lado, na audiência de julgamento não foi feita qualquer prova relativa aos concretos troços em que a PTC recusou acesso. Nenhuma das testemunhas ouvidas em julgamento foi confrontada com as plantas referentes aos troços recusados, nem com plantas das localidades respectivas (mesmo as testemunhas que à data estavam ligadas à Tvtel e à Cabovisão não procederam à identificação concreta dos troços em que houve recusas). Assim, não ficou sequer demonstrado se os troços se inserem em zonas urbanas, semi-urbanas ou periféricas, sendo certo que essas mesmas testemunhas (Luís Fernandes, Júlio Sousa, Manuel Silva, Paulo Valente, José Lagarto, Jason Inácio) referiram que na zona do Grande Porto (relativamente à qual não há informação da EDP) usaram com alguma frequência postes da EDP (tendo a testemunha José Lagarto referido que a Cabovisão terá cerca de 10% a 20% da sua rede construída em postes da EDP). --

Acresce que essas testemunhas referiram que não havia alternativa às condutas da EDP argumentando que só as condutas da PTC permitiam a entrada dos cabos nos prédios (Júlio Sousa, Manuel José). Ora, sucede que para além de nos pedidos feitos à PTC as operadores não pedirem aluguer de espaço nos ramais de acesso, sendo que são estes ramais que dão acesso às casas (declarações das testemunhas Manuel José e Emanuel Pereira), não ficou provado que tais ramais de acesso sejam propriedade da PTC, tendo pelo contrário várias testemunhas referido que a PTC não é a sua proprietária, que são na quase totalidade propriedade dos prédios, e que os referidos ramais são utilizados por quaisquer operadores sem que para o efeito tenham que pedir autorização à PTC (José Pires, Teodósio Parreira, Helena Féria). ---

Referiram ainda estas testemunhas que, mesmo que não houvesse espaço nos ramais existentes ou nas caixas que lhes dão acesso, a respectiva construção, por ser feita nos passeios e não nas estradas, não só não é onerosa como não é objecto de recusa por parte dos municípios, e que, nestes casos, os operadores se limitam a pedir à PTC para interceptar a sua tubagem, sendo relativamente frequente a respectiva construção. Por outro lado, se o tubo passar em postes ou fachada, a entrada nos prédios não é subterrânea e, nesse caso, não são precisas quaisquer infra-estruturas subterrâneas ----

A afirmação de que só as condutas da PTC permitem o acesso aos prédios é contraditória com o depoimento das próprias testemunhas que referem que as empresas (Cabovisão e Tvtel) usavam com frequência e sempre que possível como alternativa os postes da EDP bem como infra-estrutura por si construída, e que o fizeram em alguns dos casos de recusas aqui em causa. Se usavam os postes e se construíam infra-estrutura é porque o acesso aos prédios não tinha que ser feito através de condutas da PTC. ---

Por seu turno a testemunha José Silva, empresário que efectuou obras para a Tvtel e que referiu que teve que parar uma construção de um troço de rede tendo-lhe sido dito que a PTC não deixava continuar, disse ter feito construção da rede em Gaia/Devesas e que numa determinada obra, que não identificou, a finalização foi feita por vias alternativas: só faltava um pouco e acabaram por recorrer a uns postes para finalizar a rede. ---

Já a testemunha Manuel Silva esclareceu que relativamente ao pedido T1-4 da Maia, que havia sido recusado a 52%, a Tvtel construiu a rede na sua totalidade sendo certo que, depois de instaurada a providência cautelar contra a PTC apenas veio a usar 10% do espaço em conduta inicialmente recusado porque já tinha construído os remanescentes 90%. Significa isto que dos 52% inviabilizados pela PTC só não haveria alternativa num troço correspondente a 10%. Consequentemente, a recusa da PTC no caso não inviabilizava a construção da rede em 52% mas, quando muito, em 10%. ---

Também a testemunha Emanuel Pereira referiu que depois da providência cautelar houve duas ou três células que acabaram por não ser construídas nas condutas da PTC porque já haviam construído a rede com alternativas antes de a sentença ser proferida. Pela testemunha Paulo Valente foi referido que os troços correspondentes às recusas aqui em causa acabaram por ser construídos pela Cabovisão com recurso a infra-estrutura própria. ---

As testemunhas José Pires e Ângelo Sarmiento referiram que na zona do Grande Porto há freguesias que têm postes e outras que não. Esta última testemunha esclareceu que a EDP tem postes de baixa tensão sobretudo em zonas rurais e semi-urbanas, definindo as zonas semi-urbanas como as zonas periféricas das cidades. Esclareceu que há zonas que já não podem ser consideradas periféricas, porque com o crescimento das cidades acabaram por ficar dentro das actuais zonas urbanas e que, no entanto, têm postes porque quando os bairros foram construídos eram periféricos (e a EDP tem postes nas zonas periféricas). Nestes casos o objectivo é ir substituindo os postes por cabos subterrâneos, o que vai sendo feito quando há obras



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

dos municípios. Relativamente ao município de Gaia limitou-se a referir que na zona central os cabos da EDP são subterrâneos mas que ainda há bairros antigos em que a rede eléctrica é aérea, ou seja, suportada em postes. Sobre a Maia disse que, sendo uma zona mais recente, os cabos de electricidade tendem a ser subterrâneos. ----

Face a todo o exposto, não ficou demonstrado que nos troços correspondentes aos pedidos referidos nas tabelas I e II não havia postes da EDP.

Quanto à falta de capilaridade dos postes para construir a rede (entendida como o número de tubos e ramificações que uma determinada rede tem para oferecer, os quais podem então ser alugados ou usados para expandir essa rede), a não prova resulta da abundante prova de que todos os operadores usam esses postes, o que significa que os mesmos são aptos à passagem do cabo de rede coaxial e que, por conseguinte, existindo, são alternativa, pelo menos para troços determinados, às condutas da PTC. ----

Facto 7 - Este facto foi impugnado pela PTC pelo que cabia à AdC/Ministério Público fazer a sua prova. Ora, os documentos indicados pela AdC como fundamento da prova do facto (fls. 2506, 2507, 2711 e 3183) não têm força probatória bastante, dado serem ou informações prestadas pelas queixosas e não confirmadas por escrito pela Portgás, sendo certo que o que a Tvtel refere a fls. 2506 é que apresentou pedidos que não foram objecto de resposta, o que é objectivamente diverso de "não aceder à instalação", que inculca a ideia de recusa, ou um resumo elaborado pela AdC de "declarações" prestadas telefonicamente pelo Eng. Jorge Almeida da Portgás (2711). ---

Ora não constando do processo qualquer documento da Portgás a apreciar um pedido de acesso aos cabodutos (nem aliás qualquer pedido concreto efectuado a tal empresa), nem qualquer documento da Portgás a recusar o acesso, sendo certo que não foi ouvida nenhuma testemunha ligada a esta empresa, não se pode dar o facto por provado. ---

Facto 8 - O facto tal como alegado é conclusivo. Cabia à AdC ter individualizado os municípios e esclarecido em relação a que áreas geográficas havia coincidência e em relação a quais a mesma não existia. De qualquer maneira não ficou provado que as alternativas fossem apenas pontuais, sendo que, conforme referido, era relevante para o processo delimitar com precisão quais as concretas alternativas existentes. ---

A fundamentação dada pela AdC a este facto consta do anexo IV, resumindo-se a fls. 2506/2507, 2711, 3013 a 3018, 3122 e 3183. ---

Ora, o valor probatório de fls. 2506/2507, 3183 e 2711 é, por si só, inexistente por se tratar de informações prestadas pela queixosa e por um resumo de declarações telefónicas prestadas pelo Eng. Jorge Almeida, supostamente ligado à Portgás. ---

A fls. 3122 não está qualquer documento uma vez que a AdC, por entender que o mesmo tinha informações confidenciais da Tvtel que não interessavam para o processo o devolveu à Tvtel, conforme despacho de fls. 3720. Logo, não existindo tal documento no processo não pode ser usado como meio de prova. ---

A fls. 3013 a 3018 consta um mapa de municípios e ruas no qual são feitas várias referências à existência ou não de cabodutos nos locais ali referidos. ---

Analisando tal mapa constata-se que a Galp informa a AdC da existência de cabodutos em onze dos municípios relativamente aos quais foi solicitada informação (Albergaria, Aveiro, Estarreja, C. Rainha, Coimbra, Espinho, Ílhavo (parte), Nazaré, Oliveira de Azeméis, Oliveira do Bairro e S. João da Madeira) e da inexistência de cabodutos em doze dos municípios relativamente aos quais foi solicitada informação (Alcobaça, Guarda, Ílhavo (parte), Lagos, Montijo, Palmela, Peniche, Sesimbra, Setúbal, Silve, Sines, Vimeiro). Relativamente ao município de Gaia não é prestada qualquer informação, remetendo-se para a Portgás, e os municípios da Maia, Matosinhos e Porto nem sequer constam da informação solicitada, sendo certo que relativamente ao grande Porto à empresa Portgás não foi solicitada informação pela AdC, constando do resumo das declarações de um engenheiro que terá ligações à empresa que há cabos de telecomunicações na rede de gás da Portgás. ---

Logo, no que concerne aos pedidos da Tvtel não há qualquer documento no processo relativo à existência ou inexistência de cabodutos. Quanto aos pedidos da Cabovisão em relação aos quais a AdC entende não haver alternativa (tabela II) resulta da informação da Galp que não há cabodutos nas zonas correspondentes aos pedidos relativos a Alcobaça, Guarda, Ílhavo (parte), Lagos, Montijo, Oliveira de Azeméis, Palmela, Peniche, Portimão, Silves, Sines, Vimieiro. Da mesma informação resulta que há cabodutos nas zonas correspondentes aos pedidos relativos a Aveiro, Estarreja, Espinho, Ílhavo (parte), e S. João da Madeira.

Face a estas informações, não está suportada a conclusão de que as alternativas são pontuais já que relativamente a alguns troços a Galp informou ter cabodutos e relativamente a outros nada se sabe, quer porque a informação não foi prestada pela EDP quer porque nem sequer lhe foi solicitada. --



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Assim, e por em audiência não ter sido feita qualquer prova de que nos municípios em que há cabodutos a sua localização não coincide geograficamente com os traçados projectados pelas queixosas Tvtel e Cabovisão, não fica provado que nas zonas geográficas correspondentes aos pedidos descritos nas tabelas I e II os cabodutos sejam alternativas pontuais e que, por esse facto, não seja viável a sua utilização para construção da rede por cabo. ---

Facto 9 - A não prova deste artigo resulta do facto de o mesmo não ser inteligível. O artigo em questão insere-se no capítulo "As redes de gás". Dos artigos 174º ao 182º a AdC desenvolve a problemática da substituíbilidade das condutas do gás, fala dos gasodutos e dos cabodutos, conclui que abstractamente só nos cabodutos é possível a passagem de cabos coaxiais, que não havia coincidência geográfica entre as zonas aqui em causa e os locais onde existem os cabodutos e que as condutas de rede de gás não foram, até à data, uma alternativa para efeitos de colocação de cabos de comunicações electrónicas. ---

Depois destas conclusões alega a AdC que as outras redes não constituem alternativa e remete para determinadas folhas dos autos (fls. 2228 a 2230, 2715, 2717, 2845, 2846, 2848, 2849, 2850, 3064 a 3071) que são actas de reuniões com responsáveis de vários municípios ou resumo de conversas telefónicas em que se trata de condutas próprias dos municípios que não são de gás. Assim, e porque noutros capítulos da decisão a AdC trata das condutas dos municípios (arts. 188º e segs.), não se compreende a que outras condutas de gás se está a AdC a referir. Logo, por se tratar de uma alegação ininteligível, não se descortinando a que outras redes de condutas a AdC se refere, a mesma não pode ser dada como provada. --

Facto 10 - Não foi feita prova do facto sendo certo que ficou demonstrado, desde logo pelo depoimento das próprias testemunhas aroladas pela acusação, que as várias redes existentes (Tvtel, Cabovisão, CATVP) são construídas com recurso a condutas da PTC, a postes da EDP, da PTC e dos municípios, construção de infra-estrutura própria, podendo ainda os cabos passar em fachada. Por conseguinte, é forçoso concluir que o facto de a coincidência ser parcial não obsta a que o troço em que a mesma se verifica seja aproveitado, havendo depois que efectuar a ligação desse troço à conduta que passará no troço seguinte, ligação essa que na prática é feita por todos os operadores para ligar os troços em que usam as condutas da PTC com os troços em que usam postes (da EDP, da PTC e dos municípios), com os troços onde constroem infra-estrutura própria e com os troços onde os cabos passam na fachada dos edifícios. Ficou, pois, provado que a combinação de vários meios para passar condutas é prática comum na construção da rede o que significa que é possível efectuar a ligação dos cabos entre os vários meios. ---

Facto 11 - Para além do já referido a propósito da fundamentação dos factos não provados sob os nº 3 e 4, o facto é contrariado pelas informações prestadas por alguns municípios, designadamente o de Arraiolos e o do Montijo, que referem ter condutas já construídas aptas à passagem de cabos de telecomunicações (fls. 3564 e 3889) e até pelo município da Maia que refere não ter qualquer obstáculo à passagem destes cabos nas condutas de saneamento (fls. 3481). ---

Facto 12 - O facto foi contestado pela PTC. Ora, o documento para o qual a AdC remete (fls. 2710) é desprovido de, por si só, servir como meio de prova dado ser um resumo feito pela AdC das declarações telefónicas do Eng. Fernando Leal da Refer, sendo certo que não foi feita qualquer outra prova sobre o facto. --

Sempre se dirá que no referido documento não se diz que a utilização das condutas da Refer só pode ser usada pela Refertelecom. O que se diz é que, por razões de segurança, até ao momento só foi usada pela Refertelecom e que dificilmente se cederá espaço na conduta, o que é uma realidade diversa da alegada pela AdC. ---

Factos 13 a 16 - Não foi feita qualquer prova de que as redes das operadoras de telecomunicações não tenham capilaridade suficiente para permitir a passagem dos cabos coaxiais aqui em causa e que, por conseguinte, não constituam uma alternativa pontual às condutas a PTC. ---

Tal como referido na fundamentação do facto dado como não provado sob o nº 10, a prática é a da construção da rede combinando o recurso a condutas da PTC com o recurso a condutas de outros operadores, tendo inclusivamente as testemunhas Luís Fernandes e Júlio Sousa referido que por vezes também recorreram para construção da rede às condutas das operadoras de telecomunicações (para além da PTC). Não ficou pois provado que o uso das condutas das operadoras de telecomunicações nos troços em que havia coincidência geográfica não fosse uma alternativa ao uso das condutas da PTC. --

Factos 17 a 20 - Não ficou provado que o facto de a PTC ter recusado o acesso às suas condutas nos casos identificados na decisão limite o desenvolvimento das redes dos operadores concorrentes do Grupo PT. À fundamentação da resposta dada aos factos assentes sob os nº 242º e 243º, que aqui se dá por reproduzida e que demonstram que o satélite é uma opção alternativa ao cabo para prestação de serviços de televisão por



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

subscrição, acresce que ficou demonstrado pelo depoimento das testemunhas que há outras alternativas ao uso das condutas da PTC e que há outras alternativas à passagem de cabo para prestar serviços de internet de banda larga e telefonia fixa. ---

Por um lado ficou demonstrado que os postes da EDP são, em abstracto, uma alternativa às condutas da PTC para a passagem dos cabos, alternativa essa que é, aliás, usada por todos os operadores que prestam o serviço de triple Play aqui em causa, designadamente a CATVP, a Cabovisão e a Tvtel. O uso dos postes da EDP (de baixa tensão) é frequente por todos os operadores em zonas semi-urbanas de menor densidade populacional (ver fundamentação dos factos não provados sob os nº 5 e 6). Aliás, a testemunha José Lagarto referiu ainda que as próprias câmaras municipais também são proprietárias de alguns postes. ---

Assim, a possibilidade em abstracto existe. Ora não foi feita prova de que, em concreto e nos casos em relação aos quais a PTC é acusada, a alternativa de uso dos postes, da EDP ou de câmaras municipais, não fosse possível ou viável. Com efeito, não ficou demonstrado que nas zonas a que respeitam os pedidos em causa nos autos não existissem postes. Como já referido, não foi trazida a depor nenhuma testemunha que localizasse em concreto as zonas, que as identificasse e que, com conhecimento directo e objectivo, atestasse que naquelas concretas ruas e zonas não havia postes da EDP (de baixa tensão). Mesmo as testemunhas da Tvtel e Cabovisão trazidas a depor não foram confrontadas com a localização concreta e limitaram-se a referir que naquelas zonas não há postes. Também não foi junto qualquer documento que demonstre a inexistência de postes na generalidade daquelas áreas geográfica. A prova tinha que ser feita em relação aos locais concretos e não de modo geral e abstracto face ao que se explanou supra na fundamentação da não prova dos factos nº 5 e 6. ---

Também se provou que em abstracto a utilização dos cabodutos é uma alternativa à passagem de cabos, não tendo a acusação demonstrado que todos os pedidos das tabelas I e II estavam incluídos em áreas onde não existiam cabodutos. ---

Das respostas apresentadas pela EDP e pela GALP aos pedidos da AdC constata-se que apenas nos municípios de Alcobaça, Ílhavo (parte), Lagos, Montijo, Palmela e Portimão não havia postes da EDP nem cabodutos. --

Sucede que ficou ainda demonstrado que para além dos postes os cabos são frequentemente passados, nos centros urbanos mais populacionais e ou mais antigos, pelas fachadas dos edifícios (sendo certo que neste caso foi inclusive referido que nem sequer é necessário pedir licenças). Tal foi afirmado designadamente pelas testemunhas Jason, Ângelo Sarmento e Duarte Braga. De novo a acusação não fez prova de que nos concretos troços para os quais foi pedida e recusada a passagem e onde não havia cabodutos nem postes não era possível a utilização, pontual ou total pontual ou total, das fachadas para passagem dos cabos, ou seja, que a passagem os cabos em fachada não era uma alternativa. ---

Por outro lado ficou assente que não só é possível como é efectivamente usado por todos os operadores em algumas zonas em que não é possível passar cabo em condutas ou postes por qualquer razão, um sistema misto em que parte da rede é suportada em cabos e parte em satélite, sendo que neste caso o serviço de internet de banda larga e de telefonia fixa é prestado sob ADSL, podendo ainda ser usada outra tecnologia de transporte de sinal via rádio. Este sistema misto é usado por todos os operadores por cabo, incluindo CATVP, Cabovisão e Tvtel (depoimento das testemunhas José Silva, Manuel Silva, Carlos Salema, José Lagarto, Ismael Augusto e Jason Inácio). ---

De novo não foi feita prova de que tal possibilidade não fosse, em concreto nos troços aqui em causa, uma alternativa viável à passagem dos cabos na conduta da PTC quer em termos de existência de alternativa quer em termos de viabilidade económica da mesma (sendo de considerar o facto de a testemunha José Pires ter referido que em 2006 cerca de metade dos clientes da Cabovisão a quem os serviços eram prestados por satélite se situavam em Lisboa e Porto, donde se extrai que também nos centros urbanos o satélite é uma alternativa). ---

A este propósito é de referir que os dois estudos juntos pela AdC para demonstrar a irreplicabilidade em termos económicos das condutas da PTC não têm a força probatória que a AdC lhes atribui. Com efeito o estudo de custos para implementação de células de televisão por cabo foi elaborado por uma entidade desconhecida e que, pela descrição feita pela AdC e atendendo ao objecto social da Tvtel, até pode ter sido por esta elaborado, o que lhe retira toda a credibilidade por não ser possível aferir da sua isenção e idoneidade. Por outro lado o estudo da própria AdC sobre a Análise de Viabilidade de Investimento em Infra-estrutura própria parte das conclusões daquele primeiro estudo e, por conseguinte, está também ele inquinado. ---

Acresce que os referidos estudos analisam a possibilidade de duplicação integral (por célula completa) das condutas da PTC quando não é essa duplicação que está aqui em causa. O uso de condutas da PTC pelas



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

BR

queixosas não é posto em causa tendo ficado provado que todas as operadoras recorrem com frequência e preferencialmente a tais condutas para passar os seus cabos. O que está aqui em causa é a duplicação pontual de condutas e o impacto dessa construção pontual não é avaliado em nenhum dos estudos. A construção de infra-estrutura pontual não tem, necessariamente, o mesmo impacto económico que tem a construção de infra-estrutura global, não estando em causa que qualquer das operadoras tivesse necessidade de construir infra-estrutura para instalar os seus cabos. As recusas da PTC são pontuais e, por conseguinte, também a necessidade de construção tem de ser aferida pontualmente.

É ainda de ter em consideração a prova produzida relativamente aos pedidos da Tvtel de acordo com a qual em zonas onde a PTC havia recusado o acesso à conduta e que depois da providência cautelar foi dado acesso, a Tvtel não usou as condutas por ter já construído a rede com recurso a meios alternativos. Tal foi confirmado pela testemunha Emanuel Pereira. Já a testemunha Paulo Valente declarou que em alguns casos de recusas à Cabovisão a mesma acabou por construir a sua rede sem recurso às condutas da PTC. Este facto demonstra que havia, de facto, pelo menos em alguns troços, alternativas viáveis à conduta da PTC. --

Ora, sendo em abstracto possível passar cabos em postes da EDP/Câmaras Municipais, em cabodutos e em fachadas, havendo formas alternativas de combinar o serviço de televisão por subscrição prestado via satélite com serviço de internet de banda e telefonia fixa, via ADSL (serviço grossista prestado pela PTC) ou rádio frequência, e não tendo ficado provado nem que na totalidade dos casos concretos as alternativas dos postes, cabodutos e fachadas não eram viáveis (quer por não haver postes/cabodutos quer por se tratar de zonas onde a passagem em fachada não permitia a construção completa da rede) nem que fosse economicamente inviável combinar a rede por cabo com a rede por satélite acoplada a modos alternativos de transmissão de voz e internet de banda larga, não se pode concluir que os operadores ficaram impedidos de construir a sua rede. ---

É certo que ficou demonstrado que o plano de negócios da Cabovisão e da Tvtel pressupunha a utilização das condutas da PTC. Porém, a elaboração do plano de negócio é da responsabilidade de cada uma das empresas e não podem as mesmas responsabilizar a PTC por em algum ou alguns troços tal utilização não ser possível. Se as duas empresas estabeleceram um plano de negócio que tem como pressuposto a utilização de um bem de terceiro ficam sujeitas às contingências inerentes ao uso de bem de terceiro: o mesmo pode não ser efectivamente possível. Caberia a um gestor prudente e diligente prever tal possibilidade e perspectivar alternativas para o caso de a referida utilização não ser, por algum motivo, possível. Não o fazendo, sujeitam-se às consequências. ---

Importa ainda considerar que o facto de os custos de instalação e manutenção aumentarem quando a rede é construída com recurso a infra-estruturas diferentes, dada a necessidade de construir as interligações, não permite concluir que a construção assim realizada é inviável do ponto de vista económico dado ter ficado plenamente demonstrado que esse procedimento é muito comum e que todos os operadores o fazem, de onde se pode concluir que os custos não são de ordem a desincentivar a construção da rede. ---

Por todas estas razões não se pode afirmar que as concretas recusas da PTC em causa nestes autos limitaram o desenvolvimento e a expansão das redes dos operadores Cabovisão e Tvtel. Podem ter limitado o desenvolvimento da rede na conduta da PTC mas, não tendo ficado provado que não havia alternativa de construção da rede, não se pode concluir que limitaram o desenvolvimento e a expansão da rede no geral. --

Factos 21 a 23 - Não ficou provado que não haja substituíbilidade do ponto de vista da oferta em virtude de os serviços assentarem em redes diferentes. A partir do momento em que o operador da rede pública (PTC) disponibiliza o serviço grossista de ADSL (a que aliás está obrigado por imperativos legais) o mesmo pode ser utilizado pelos operadores de cabo, bastando para o efeito contratar com a PTC esses serviços. -

Aliás a AdC na sua argumentação acaba por se contradizer já que diz que não há substituíbilidade por as redes serem diferentes mas depois alega que para o Grupo PTC há substituíbilidade porque é proprietária das duas redes. Se o facto de as redes serem diferentes impede a substituíbilidade para a Tvtel e Cabovisão, não se percebe porque também não a impede para a CATVP como pretende a AdC, nem tal ficou provado. --

É tal conclusão não é legítima designadamente por não ter ficado demonstrado que a CATVP, operadora por cabo à data integrada no Grupo PT, tivesse acesso privilegiado à rede ADSL ou que o fizesse em termos diversos daqueles que a PTC coloca à disponibilização de todos os operadores por cabo existentes no mercado (não foi junto qualquer documento neste sentido nem qualquer das testemunhas inquiridas referiu que a CATVP tivesse um tratamento diverso das outras operadoras no acesso ao serviço ADSL da PTC). Por conseguinte também não se pode afirmar que a CATVP tenha um acesso à rede cobre da PTC



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

diverso daquele que têm os restantes operadores ou que estes tivessem que construir na totalidade a infra-estrutura necessária para a passagem dos cabos e aquela não. A CATVP era uma empresa do grupo PT mas não ficou provado que por esse facto acesse livre ou gratuitamente à rede cobre da PTC ou que contratasse com a PTC o serviço ADSL de acordo com uma tabela de preços diversa daquela que a PTC aplicava aos restantes operadores. ---

Logo, se a AdC considera que há substituíbilidade para a CATVP não se entende porque não há essa mesma substituíbilidade para os restantes operadores, designadamente para a Cabovisão e para a Tvtel. ---

Tradicionalmente define-se o mercado de produto como aquele que identifica o bem ou serviço em causa e é constituído pelo conjunto de produtos intersubstituíveis tanto na óptica da procura como da oferta. Na óptica da oferta o mercado é identificado pela existência de várias empresas que estão no mercado em causa a fornecer o produto ou serviço mas que também pode ser oferecido por outras empresas que ainda não estão no mercado ou pelas que já estão no mercado sem que tenham que incorrer em qualquer custo suplementar significativo. ---

O facto de a CATVP estar integrada no grupo PT não permite que se considere, dado não ter ficado demonstrado beneficiar-se a mesma de um tratamento privilegiado, que para a mesma e conseqüentemente para o Grupo PT, haja substituíbilidade. O Grupo PT é formado por várias empresas sendo que a empresa que opera no mercado da televisão por subscrição (CATVP) não é a detentora de rede cobre e recorre à rede cobre da PTC tal como o fazem as restantes operadoras. Por conseguinte, terá de se concluir que para todas as operadoras de televisão por subscrição a situação é absolutamente idêntica. Nenhuma delas tem plataformas tecnológicas para acesso em banda larga, todas dispõem de uma rede de cabo e recorrem no mesmo plano de igualdade à rede cobre da PTC. ---

Não ficou pois provado nem que não haja substituíbilidade do ponto de vista da oferta nem que tal substituíbilidade exista apenas para a CATVP. ---

Factos 24 a 29- Dá-se por reproduzida a fundamentação dada a propósito dos factos considerados como não provados sob os n.ºs 15 a 20

Facto 30 - Dá-se por reproduzida a fundamentação dada a propósito dos factos considerados como não provado sob os n.ºs 21 a 23, ---

Factos 31 a 36 - Dá-se por reproduzida a fundamentação dada a propósito dos factos considerados como não provado sob os n.ºs 15 a 20. ---

Factos 37 a 45 - Dá-se por reproduzida a fundamentação dada a propósito dos factos considerados como não provados sob os n.ºs 15 a 20 bem como a fundamentação dos factos provados sob os n.ºs 242º e 243º. Conforme aí se explicou, a prestação do serviço de televisão por subscrição pode ser feita através de satélite ou de cabo. Por seu turno, para prestação do serviço triple Play pode ser construída uma rede cabo com recurso às condutas da PTC, aos postes da PTC, da EDP e das Câmaras Municipais, os cabos podem passar nas fachadas dos edifícios e pode ser construída infra-estrutura própria, bem como que pode ser construída uma rede com recurso a soluções acopladas, sendo o serviço de televisão por subscrição prestado por satélite e o serviço de voz e internet de banda larga com recurso aos serviços prestados a retalho pela PTC (ADSL). Ficou ainda provado que várias operadoras de telecomunicações construíram a sua própria rede, ou seja, que há redes de telecomunicações no mercado paralelas à rede da PTC. Acresce que, tal como referido pela testemunha Carlos Salema a propósito da ARTelecom, que adoptou essa solução, também poderiam ter sido utilizados links rádio ou mesmo ópticos existentes já em 2001. ---

Por último não ficou provado que a CATVP tenha um tratamento preferencial no acesso à rede cobre da PTC, rede que permite a prestação do serviço ADSL. ---

Aliás, no que à CATVP respeita a prova sobre o alegado tratamento preferencial foi inexistente. Não foram juntos quais quer documentos que demonstrassem que à CATVP era sempre dado acesso, que demonstrassem que a resposta aos seus pedidos era sempre rápida ou que demonstrassem que a PTC quando não tinha conduta lhe indicava quaisquer alternativas. A AdC nem sequer juntou quaisquer elementos (documentos fidedignos) que permitam comparar as redes de Infra-Estruturas das operadoras aqui em causa (Tvtel, Cabovisão e CATVP), de modo a perceber quantos pedidos (e respectiva dimensão) fez cada uma no período aqui em causa e quais as respostas dadas a cada pedido, bem como os prazos de resposta. Também não foi produzida prova testemunhal neste sentido. ---

Assim, ficam por demonstrar as conclusões da AdC de que não há alternativa às condutas da PTC para construir a rede de televisão por cabo; de que a PTC não tem concorrência relevante; de que o acesso às redes da PTC é essencial para que os operadores de televisão por subscrição possam construir a respectiva rede e prestar os serviços de televisão, voz e internet de banda larga (seja por cabo ou por outro meio) e de



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

que a detenção das condutas onde está instalada a rede básica de telecomunicações confere à PTC posição dominante. --

Factos 46, 48, 49 - Dá-se por reproduzida a fundamentação dada a propósito dos factos considerados como não provados sob os nºs 37 a 45 da qual resulta não ter ficado demonstrado que a recusa de acesso às condutas tenha inviabilizado a construção da rede. ---

Facto 47 - A testemunha da arguida Rui Cardoso, única que em concreto se muniu de elementos relacionados com os pedidos referidos, afirmou que o pedido T1-14 correspondia a 8 células e não às 5 mencionadas pela AdC e que o pedido T1-27 era muito pequeno (13,2Km) para poder corresponder a 5 células. Uma vez que este depoimento não foi contrariado nem contraditado, foi o mesmo valorado o que levou à não prova do facto. ---

Facto 50 - infirmado pelo facto provado sob o nº 249. ---

Facto 51 - Dá-se por reproduzida a fundamentação relativa à não prova dos factos nº 5, 6, 10, 17 a 23. ---

Facto 52 - O que resultou do depoimento das testemunhas foi que a PTC quando recusava o acesso invocava, não por escrito (já que por regra as respostas eram dadas através de mapas em que com um código de cores se assinalavam os troços em que era dado o acesso e os troços em que tal acesso não era dado, não se explicitando a razão da recusa) mas oralmente, ou que não havia espaço ou que precisava de manter um tubo para manutenção ou para expansão, ou ainda que precisava de fazer dois furos: para manutenção e expansão. ---

A testemunha Luís Fernandes a propósito desta matéria prestou um depoimento pouco imparcial. Ao contrário da quase totalidade das testemunhas, que reconheceu a necessidade de manter um tubo vago para manutenção, afirmou que para a Tvtel é irrelevante a necessidade de espaço que a PTC tenha, entendendo que desde que haja espaço disponível para passar o cabo do operador o acesso deve ser dado. Acrescentou que a PTC só em 2002 começou a invocar a necessidade de espaço para manutenção e expansão. Ora se antes não precisava deste espaço não há qualquer razão para começar a precisar do espaço após 2002.

A testemunha José Silva referiu que o argumento da falta de espaço não era verdadeiro porque havia situações em que o cabo, como é fino, acabava por passar e ainda sobrava espaço. ---

A testemunha Manuel José disse que a PTC invocava que tinha que reservar espaço, não datando no tempo esta situação, não se recordando se era para manutenção ou para expansão. Acrescenta que quando a PTC recusava o acesso havia várias situações, casos em que se verificava que nos troços em questão havia espaço para a passagem do cabo recusado bem como para manutenção e expansão porque havia vários tubos livres, casos em que só havia um tubo livre e casos em que não havia nenhum tubo livre. ---

A testemunha Paulo Valente afirmou que a PTC tinha a política de deixar vago um ou dois tubos, não se recorda, não esclarecendo desde quando é que tal política existia. Confirma que a PTC também argumentava com a necessidade de expansão e frisa que a reserva de espaço para manutenção é necessária e compreensível. ---

A testemunha José Lagarto referiu que por vezes a recusa se fundava na necessidade de deixar um tubo para manutenção, sem localizar temporalmente, argumento que referiu ser aceitável já que entende ser mesmo necessário deixar espaço para manutenção. Outras vezes a PTC invocava a necessidade de espaço para expansão. Acrescentou que a justificação variava caso a caso mas que as situações também diferiam umas das outras, havia casos em que a PTC só tinha um tubo e outros em que tinha vários tubos. Referiu ainda que houve casos excepcionais em que a PTC deu acesso em troços que ficaram sem espaço livre nos tubos porque a câmara municipal não deixava abrir valas por terem sido abertas à pouco tempo. Mais referiu que por vezes a PTC recusava e a Cabovisão in loco constatava que havia espaço. Nestes casos a PTC por vezes reconhecia haver engano e dava o acesso e outras vezes referia que o espaço livre já estava reservado para outros operadores. ---

Por outro lado, por parte das testemunhas da PTC foi referido que as situações só caso a caso podem ser apreciadas. Furo para manutenção é sempre indispensável, devendo manter-se livre para o efeito pelo menos o espaço correspondente ao tubo de maior dimensão que passa no tubo (por regra o cabo de maior dimensão é o de cobre cujo diâmetro varia em função do troço em causa, mais perto da central é de um determinado tamanho - 2.400 pares de cobre - que vai diminuindo até chegar às casas dos clientes finais). Quanto à expansão, tudo depende da localização da conduta, se é ou não previsível novas construções na zona, e da procura dos serviços da PTC por operadores designadamente de telecomunicações, serviços que a mesma é obrigada a disponibilizar por imposição do regulador (serviço universal). Haverá troços em que é necessário espaço para expansão e outros em que não o é. ---

Uma análise crítica da prova produzida, e tendo em mente que a factualidade tal como invocada pela AdC foi contestada pela PTC, leva a que se dê como provado apenas o que consta dos factos provados, ficando



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

por demonstrar que a PTC não tivesse uma política geral, uniforme e inequívoca de gestão do acesso a condutas. A gestão das condutas tem que obedecer a critérios mas os critérios variam consoante as situações, consoante o número de tubos existentes nas condutas, consoante a sua ocupação e consoante as necessidades previsíveis para a zona. Aliás, a necessidade de espaço para manutenção e expansão está hoje expressamente consagrada na ORAC que prevê que fique sempre livre um espaço para manutenção correspondente ao espaço ocupado pelo cabo de maior diâmetro, bem como um espaço destinado aos outros operadores que recorrem às condutas da PTC correspondente a 20% da área interna utilizável desde que a PTC não necessite desse espaço para cumprir as suas obrigações de serviço universal, o que significa que a PTC pode reservar para si própria sem necessidade de qualquer justificação 80% do total do espaço utilizável. Ou seja, o que acabou por ficar consagrado na ORAC foi que a PTC pode reservar para si um espaço correspondente a 80% e, mesmo dos restantes 20%, pode recusar o acesso se necessitar do mesmo para cumprir as obrigações impostas pelo regulador. ---

E esta consagração na ORAC é perfeitamente justificável se atentarmos no facto de a PTC estar obrigada a disponibilizar circuitos aos operadores de telecomunicações que lho solicitem para prestar serviços de telecomunicações, tendo por conseguinte de gerir o espaço nas suas condutas perspectivando a possibilidade de ter que nelas passar mais cabos de cobre para dispor dos referidos circuitos (cfr. art. 14, nº 1, al. b), do Dec. lei 40/95) Uma vez que ficou provado que foi na década de 90 que começaram a surgir as novas tecnologias empregues na prestação de serviços de telecomunicações que determinam a necessidade de prever mais espaço nas condutas (UMTS, ADSL, ETHERNET e as necessidades de redundância/securização) é natural que a PTC tenha começado a partir de dada altura a gerir as suas infra-estruturas de modo mais prudente e cauteloso, não se podendo daí sem mais retirar que a gestão das condutas não era criteriosa. ----

Provou-se que a PTC recusava o acesso invocando falta de espaço. Argumenta a AdC que tal é falso já que nos casos da Tvtel os respectivos cabos acabaram por ser passados na sequência da providência cautelar. Esta linha de raciocínio não é objectiva, pelo contrário, é tendenciosa. Com efeito, em momento algum é referido que para a PTC falta de espaço equivale a inexistência de espaço físico para passar um cabo. Aliás, pelas próprias testemunhas ligadas à PTC foi referido, unanimemente, que haverá sempre e em todos os casos espaço suficiente para passar um cabo coaxial, seja ele o maior ou o mais pequeno. O que resultou da prova produzida foi que para a PTC há falta de espaço quando o espaço existente é necessário para manutenção e/ou expansão. Nesta perspectiva é irrelevante o facto de a Tvtel ter acabado por passar os seus cabos. -

De igual modo o relatório do ICP-Anacom invocado pela AdC (fls. 1512) não prova que as recusas não se justificavam. Para além de não estar assente que os pedidos em relação aos quais houve recusas são os que ali foram analisados, o certo é que na generalidade dos casos ali analisados a conduta era composta por um único tubo, com ocupação variável entre um e sete cabos, não esclarecendo quais os cabos em causa, excepto quando no mesmo passam cabos coaxiais, e não referindo qual o espaço livre dentro do tubo. Só num único caso é referida a existência de mais do que um (sete) tubos livres. Por conseguinte, não demonstra o referido relatório que em todos os casos sobre que incidiu a inspecção houvesse espaço disponível tendo em conta eventuais necessidades de manutenção e expansão. ---

Acresce que as conclusões do referido relatório são desprovidas de consistência e objectividade já que refere que em algumas situações há condutas que podiam ser disponibilizadas mas depois indica que a PTC alega necessitar de espaço para manutenção e expansão, escusando-se de se pronunciar sobre essa necessidade, e afirma que necessitaria de "um conhecimento exaustivo da rede, dos cabos fora de serviço, dos planos de expansão da rede" e do "estado de operacionalidade das condutas" para conseguir uma avaliação completa da situação, mas que tais factores "levariam longo tempo a avaliar, o que não é compatível" com o estudo efectuado. --

No final conclui que o facto de existirem em grande parte das condutas inspeccionadas cabos coaxiais de distribuição de televisão por cabo é contraditório com a necessidade de espaço invocada pela PTC, sem justificar tal conclusão. Ora esta conclusão, não sustentada em qualquer factualidade, é absolutamente desprovida de sentido uma vez que não há qualquer relação de causa e efeito entre uma coisa e outra. A PTC pode ter dado acesso a um, dois ou mais operadores e não poder dar a um quarto ou quinto pelo simples facto de, entretanto, o tubo ter ficado com mais ocupação e o espaço que restou disponível ser necessário para manutenção e/ou expansão. ---

Dizer que a PTC não tinha uma política geral, uniforme e inequívoca pretende significar que geria o aluguer de espaço a seu belo prazer, concedendo ou recusando consoante conveniências suas, não justificáveis objectivamente e, até, discriminatórias, o que não ficou provado. Não significa isto que tenha



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

21

ficado provado que a PTC actuou sempre correctamente ou que não tenha havido situações de erro na apreciação dos pedidos. Sucede, porém, que a acusação não logrou demonstrar que os casos de recusa em causa nos autos não se justificavam objectivamente ou que a recusa era intencional com vista a impedir o operador de construir a sua rede ou de beneficiar um outro operador, no caso a CATVP, e essa prova cabia à acusação. ---

Por outro lado o facto de a PTC não ter qualquer documento escrito em que estabelece os critérios de gestão das condutas não é relevante até porque, conforme referido pelas testemunhas, a reserva de espaço para manutenção faz parte das regras da arte e estas, por norma, não são escritas. ---

Facto 53 – Os documentos com a que a AdC sustenta o facto (316 e 615), que foi impugnado pela PTC, não têm força probatória para, por si só, demonstrar o mesmo dado serem páginas das "queixas" da Tvtel. A prova testemunhal sobre esta matéria recaiu apenas sobre o depoimento da testemunha José Lagarto e este não concretizou quais os cabos que passavam nas condutas em que foi dado espaço e que ficaram sem tubos ou furos vagos nem se estavam em causa zonas de conduta única. ---

Facto 54 – AdC invoca os doc. fls. 628 e 1832 para demonstrar o facto. Sucede que o doc. fls. 1832 é uma informação da TVCabo que não refere nem que os pedidos eram informais nem que não havia registos dos mesmos. O que ali se refere é que "não existem registos quanto à razão pela qual não se efectuou uma concreta passagem de casas". ---

Por sua vez o doc. fls. 628 é uma resposta da PTC a um pedido de informações da AdC e no qual a PTC diz que "os referidos pedidos de acesso eram muitas vezes colocados de forma informal, não existindo registo dos mesmos". Não se diz, pois, que o processo era sempre informal e não registado.

Nessa mesma página também é referido que cerca de 90% da rede da TVCabo foi construída antes de 2000, sendo a partir do 2º semestre desse ano o desenvolvimento da sua rede pouco significativo, o que foi confirmado pelas testemunhas em audiência. -

Ficou provado que a situação da CATVP foi diferente porque a sua rede inicial e construída até 2000, foi projectada pela própria PTC. Faz, pois, sentido que nesta medida, os pedidos de acesso relativos a troços que constavam do projecto inicial elaborado pela PTC fossem informais até porque mais do que pedidos de viabilidade de acesso eram informações de que se ia iniciar a construção numa zona previamente autorizada pela PTC. As testemunhas José Pires, Teresa Guimarães e Helena Féria acrescentaram que nenhuma das outras operadoras pediu à PTC que fizesse o projecto de construção de rede mas que, se o tivessem solicitado, a PTC o teria feito, tal como fez para a CATVP, sendo certo que se tratou de um serviço remunerado. ---

Quanto aos pedidos efectuados após o segundo semestre de 2000, já fora do projecto inicial, as testemunhas referidas indicaram que os pedidos eram tratados tal como os dos outros operadores, apresentando as plantas com indicação da zona onde pretendiam espaço, plantas essas que eram devolvidas com o mapa de cores já referido. Acrescentaram que houve casos de pedidos da CATVP cuja cedência de espaço foi recusada e outros cujo prazo de resposta foi muito longo, o que é confirmado pelos docs. fls. 4066 a 4071. -

--

Os pedidos da CATVP podem, pois, balizar-se em dois momentos distintos. Até 2000, em que na prática a CATVP tinha apenas que informar que ia começar a obra em determinado troço já que a passagem estava previamente "autorizada" pela PTC, e depois de 2000 em que os pedidos eram apresentados como verdadeiros pedidos de disponibilização de espaço e em que a PTC tinha que verificar se disponibilizava ou não o mesmo. ---

Uma vez que a fls. 628 não se distingue o período a que se refere a informação de que os pedidos eram informais, não ficou provado, nem que os pedidos apresentados pela CATVP após 2000 fossem informais nem que não ficassem registados. ---

Facto 55 – Esta matéria não foi objecto de prova em audiência e os documentos onde a AdC se baseia (fls. 741, 1105) não confirmam o alegado, pelo contrário, referem a necessidade de o pedido ser feito por escrito (cfr. ponto 7 do anexo I do referido documento). ---

Facto 56 – A AdC fundamenta o alegado nas declarações prestadas pela testemunha Rui Cardoso perante a AdC. Sucede que a mesma testemunha em audiência, não confirmou tal facto, referindo que até 2001 todos os operadores entregavam a generalidade dos pedidos nas áreas locais e que a partir de 2002 a PTC passou a ter um serviço centralizado de tratamento dos pedidos de todos os operadores, não referindo que os pedidos da CATVP tivessem tratamento diverso. ---

Facto 57 - Prejudicado face à não prova do facto nº 54. ---

Facto 58 - Infirmado pelo facto dado como provado sob o nº 32. ---



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Factos 59 a 61 - Dá-se por reproduzida a fundamentação relativa aos factos não provados sob o nº 5, 6, 17 a 20. ---

Factos 62 a 76 - Dá-se por reproduzida a fundamentação relativa aos factos não provados sob o nº 17 a 20. A partir do momento em que, pelas razões ali expressas, não ficou provado que as recusas da PTC limitaram ou impediram a expansão da rede das operadores de televisão por cabo, fica prejudicada a factualidade relativa a eventuais efeitos da não expansão da rede pelos operadores. ---

Facto 77 - Não foi feita qualquer prova sobre tal obrigação nem a mesma resulta de qualquer imperativo legal. ---

Facto 78 - Dá-se por reproduzida a fundamentação relativa aos factos não provados sob o nº 5, 6, 8, 10, 17 a 20 da qual resulta a razão pela qual não ficou provado que não existiam alternativas de construção da rede nos troços constantes das tabelas I e II. ---

Facto 79 - Não foi feita qualquer prova sobre tal obrigação nem a mesma resulta de qualquer imperativo legal. ---

Facto 80 - Não se provando que não existiam alternativas (fundamentação relativa aos factos não provados sob o nº 5, 6, 8, 10, 17 a 20) fica prejudicado o restante alegado. ---

Facto 81 - Conforme consta da fundamentação dos factos dados como não provados sob os nºs 37 a 45, 54 e 56, não foi produzida prova que demonstre que a PTC tratasse a CATVP, que na altura era uma empresa do Grupo PT, de modo mais favorável do que tratava as outras operadoras ou que a mesma beneficiava de vantagens e regalias que as outras não tinham. ---

Conforme já referido, não ficou provado que as condições económicas de acesso da CATVP às condutas da PTC fossem diversas das que a arguida aplicava às outras operadoras. Também não ficou provado que a CATVP pudesse passar cabos de fibra óptica na rede de distribuição primária e as outras operadoras não (provou-se, aliás, o contrário). Por outro lado ficou provado que a CATVP também construiu infraestrutura própria por a PTC não lhe dar acesso (cfr. depoimento das testemunhas José Pires e Jason Inácio) e que houve pedidos da CATVP que a PTC recusou (depoimento das mesmas testemunhas e doc. fls. 7294). ---

De igual modo não provou a AdC nem o Ministério Público que as recusas de acesso em causa nos autos fossem todas elas injustificadas. O facto de haver espaço numa conduta para passar um cabo de 4 cm2 não significa que deva ser dado o acesso. Na altura a questão da ocupação das condutas não estava regulamentada mas as testemunhas de um modo praticamente unânime afirmaram que se devia deixar espaço para manutenção, algumas concordaram que se devia deixar espaço também para expansão, e ambos vieram a ser consagrados na ORAC, o que demonstra que a argumentação da PTC de necessidade de espaço livre tinha razão de ser. Aliás, a própria ADC reconheceu, e foi dado como provado, que é vantajoso ser deixado livre um furo para manutenção. ---

Teria que ter sido feita prova caso a caso para averiguar quais os troços em que a recusa não tinha qualquer justificação e quais aqueles em que a justificação era válida, não relevando aqui o facto de os cabos da Tvtel terem acabado por passar na sequência da providência cautelar dado que o facto de existir numa conduta cerca de 6 cm2 livres não significa que deva ser dada passagem pelas razões já explicitadas. ---

Não tendo sido feita esta prova e dado que a construção da rede da CATVP foi anterior a 2000, ou seja, anterior à data em que começaram a ser recusados pedidos de acesso com mais frequência, não há qualquer termo de comparação possível que permita aquilatar da diferença de tratamento dada à CATVP em relação às outras operadoras, até porque a AdC não cuidou de apurar e verter na sua decisão quantos pedidos de acesso a CATVP fez no período em causa no recurso e qual a decisão que sobre eles recaiu. De igual modo não foi feita prova de que nas mesmas circunstâncias à CATVP era dado acesso e às outras operadoras não. ---

Não se podendo, assim, dar por provado que houve tratamento discriminatório nem que as recusas aos pedidos da Tvtel e da Cabovisão fossem de um modo geral injustificadas, não faz sentido afirmar que à CATVP tem uma vantagem competitiva em relação às outras operadoras. ---

Facto 82 - Não se provando que não existiam alternativas (fundamentação relativa aos factos não provados sob o nº 5, 6, 8, 10, 17 a 20) fica prejudicado o restante alegado. ---

Facto 83 - Não se provando que não existiam alternativas (fundamentação relativa aos factos não provados sob o nº 5, 6, 8, 10, 17 a 20) e que, por conseguinte, as recusas limitaram ou impediram a expansão da rede das operadores de televisão por cabo, fica prejudicada a factualidade relativa a eventuais efeitos da não expansão da rede pelos operadores. ---

Facto 84 - Dá-se por reproduzida a fundamentação relativa aos factos não provados sob o nº 17 a 20. ---



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Facto 85 - A AdC funda o invocado nos doc. fls. 5308 a 5310. Sucede que tais documentos não têm a virtualidade de provar o facto já que se trata de uma queixa de um cliente de duas fotografias de um cabo cortado. A queixa insinua que o cabo foi cortado por alguém da TVCabo, mas tal não passa disso mesmo, uma insinuação. Por seu turno as fotos juntas limitam-se a retratar um cabo cortado. Não é, pois, prova bastante, não tendo o facto sido confirmado com conhecimento de causa por qualquer das testemunhas ouvidas em audiência. ---

Facto 86 - Não se provando que não existiam alternativas (fundamentação relativa aos factos não provados sob o nº 5, 6, 8, 10, 17 a 20) e que, por conseguinte, as recusas limitaram ou impediram a expansão da rede das operadores de televisão por cabo, fica prejudicada a factualidade relativa a eventuais efeitos da não expansão da rede pelos operadores. ---

Facto 87 - Não se provando que não existiam alternativas fundamentação relativa aos factos não provados sob o nº 5, 6, 8, 10, 17 a 20) e que, por conseguinte, as recusas limitaram ou impediram a expansão da rede das operadores de televisão por cabo, fica prejudicada a factualidade relativa à concessão de forma descontínua. ---

Facto 88 - Não se provando que não existiam alternativas (fundamentação relativa aos factos não provados sob o nº 5, 6, 8, 10, 17 a 20) e que, por conseguinte, as recusas limitaram ou impediram a expansão da rede das operadores de televisão por cabo, fica prejudicado o conhecimento que a PTC tivesse dele bem como os seus efeitos. ---

Factos 89 a 91 - Dá-se por reproduzida a fundamentação relativa à não prova dos factos nº 5, 6, 8, 10, 17 a 20. Não tendo ficado provado o facto (limitação da concorrência através da limitação da construção de redes) não fica provada a prática de qualquer acto do qual tenha advindo à PTC ganhos ilícitos ou vantagens económicas indevidas ou do qual tenham resultado perdas de bem-estar para terceiros. ---

Facto 92 - Não tendo ficado provado o abuso nem a existência de uma conduta que causasse prejuízos a concorrentes e clientes, fica prejudicado o facto. ---

Facto 93 - todos os referidos factos são invocados fazendo referência a documentos que estarão disponíveis na internet, segundo a arguida, mas que não foram juntos ao processo nem analisados em julgamento e que, por conseguinte, por não terem sido objecto de prova em audiência, não ficaram provados. ---

Facto 94 - não foi feita qualquer prova. ---

Facto 95 - Do depoimento das testemunhas Carlos Salema, Ismael Augusto e Duarte Braga não se retira que a rede satélite seja mais económica do que a rede cabo, dependendo do ponto de vista económico saber a extensão da rede, qual a cobertura pretendida, quais os conteúdos que se pretendem transmitir, etc. ---

Facto 96 - Do depoimento das testemunhas indicadas pela PTC não resultou que todos os concretos pedidos em causa nos autos tenham sido devidamente apreciados, que relativamente a todos tenham sido feitas às caixas de visita e que as recusas só não se justificam num ou noutro caso que se justificaria com erro humano de apreciação do pedido. ---

Facto 97 - a carta de 30.11.2000, junta a fls. 113 não faz qualquer referência aos critérios da política de gestão das condutas. ---

Facto 98 - O facto depende e só seria relevante se a ocupação indevida de condutas tivesse levado a PTC a interromper a apreciação dos pedidos da Tvtel e este facto não ficou provado. ---

Facto 99 - Os factos são sustentados nos docs. fls. 7299 e 7300, documentos que, conforme explicou a testemunha Rui Cardoso, não são fidedignos designadamente no que respeita à informação relativa aos anos de 2000 e 2001 por não existir uma base de registo dos pedidos formulados e das respectivas concessões, tendo tal registo começado em 2002 sendo certo que mesmo quanto a este foi dito pela testemunha que sucedeu haver um ou outro pedido cuja informação não estava contida no documento. --

*

A restante matéria constante quer da decisão quer da impugnação por ser conclusiva ou matéria de direito não foi considerada no elenco dos factos relevantes. ---”

O OBJECTO DO RECURSO



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Como se sabe, é pelas conclusões que o recorrente extrai da sua motivação que se determina o âmbito de intervenção do tribunal ad quem, sem prejuízo para a apreciação de questões de oficioso conhecimento e de que ainda se possa conhecer (Cfr., neste sentido, o Ac do STJ de 3/2/99 (in BMJ nº 484, pág 271); o Ac do STJ de 25/6/98 (in BMJ nº 478, pág 242); o Ac do STJ de 13/5/98 (in BMJ nº 477, pág 263); SIMAS SANTOS/LEAL HENRIQUES (in “Recursos em Processo Penal”, p. 48); GERMANO MARQUES DA SILVA (in “Curso de Processo Penal”, vol. III, 2ª ed., 2000, p. 335); JOSÉ NARCISO DA CUNHA RODRIGUES (in “Recursos”, “Jornadas de Direito Processual Penal/O Novo Código de Processo Penal”, 1988, p. 387); e ALBERTO DOS REIS (in “Código de Processo Civil Anotado”, vol. V, pp. 362-363) («São só as questões suscitadas pelo recorrente e sumariadas nas conclusões □da respectiva motivação□ que o tribunal □ad quem□ tem de apreciar» (GERMANO MARQUES DA SILVA, *ibidem*).

As questões essenciais suscitadas pela Recorrente (nas conclusões da sua motivação) são as seguintes:

- 1 - Da pretensa nulidade da sentença recorrida (decorrente da circunstância de a mesma ter valorado provas, cuja valoração estava proibida).
- 2 - Se a sentença condenatória recorrida padece de contradição insanável entre a fundamentação e a decisão.
- 3 - Se a sentença condenatória recorrida padece de erro notório na apreciação da prova.
- 4 - Eventual erro na determinação e interpretação das normas jurídicas aplicáveis.

O MÉRITO DO RECURSO

No caso, este tribunal *ad quem* conhece apenas de direito (artigo 75.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro, que aprovou o Regime Geral das Contraordenações [Alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 356/89, de 17 de Outubro, e 244/95, de 14 de Setembro, e pela Lei n.º 109/2001, de 24 de Dezembro]), sem prejuízo do



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

conhecimento de certos vícios ou nulidades ainda que não invocados ou arguidos pelos sujeitos processuais (artigo 410.º, nºs 2 e 3, do CPP).

1 - DA PRETENZA NULIDADE DA SENTENÇA RECORRIDA (DECORRENTE DA CIRCUNSTÂNCIA DE A MESMA TER VALORADO PROVAS, CUJA VALORAÇÃO ESTAVA PROIBIDA).

Alega a Recorrente que o Tribunal *o quo* “baseou-se decisivamente em depoimentos de testemunhas arroladas pela PTC, apesar de serem depoimentos indirectos, ou seja, sem conhecimento directo dos factos”.

Não assiste razão à Recorrente.

Vejamos:

De acordo com o preceituado no art.124º,nº1 do C. P. Penal, “constituem objecto da prova todos os factos juridicamente relevantes para a existência ou inexistência do crime....”.

Nos termos do disposto no art.125º do C. P. Penal “são admissíveis as provas que não forem proibidas por lei”.

Dispõe o art.128º,nº1 C. P. Penal que, “a testemunha é inquirida sobre factos de que possua conhecimento directo e que constituam objecto da prova”.

Por sua vez, preceitua o art.129º,nº1 do citado diploma legal sob a epígrafe “depoimento indirecto” que, “se o depoimento resultar do que se ouviu dizer a pessoas determinadas o juiz pode chamar estas a depor. Se o não fizer, o depoimento produzido não pode, naquela parte, servir como meio de prova, salvo se a inquirição das pessoas indicadas não for possível por morte, anomalia psíquica superveniente ou impossibilidade de serem encontradas”.

“O que se pretende com tal proibição é que o tribunal não acolha como prova um depoimento que se limita a reproduzir o que se ouviu dizer a outra pessoa que é possível ouvir directamente”, cfr. Ac. STJ de 6.5.99, in CJ, S, II, 207.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

R

Ora, *in casu* – como salientou correctamente o tribunal “a quo” no despacho de fls.9615 e ss. – “Entende a recorrente que a sentença é nula nos termos do art. 379º, nº 1, al. c), do Cod. Proc. Penal, por ter usado depoimentos indirectos como meio de prova. --

A este propósito põe a AdC em causa a valoração que foi dada aos depoimentos das testemunhas Rui Cardoso, funcionário da PTC e Carlos Salema, presidente do Instituto de Telecomunicações (arts. 16º a 23º do recurso). --

Lamenta-se que a AdC tenha invocado este vício da sentença sem sequer se dar ao trabalho de identificar quais os factos que foram dados como provados com base nos depoimentos das referidas testemunhas. Com efeito, se tivesse feito esse esforço, certamente não teria arguido tal vício. --

Relativamente à testemunha Rui Cardoso, refere-se na sentença recorrida que o mesmo é funcionário da arguida e que, tal como outras testemunhas, “depuseram com alguma parcialidade tendo porém revelado conhecimento da realidade subjacente à concessão de espaço em condutas, embora não tivessem conhecimento directo dos concretos pedidos em causa nos autos” (fls. 111 da sentença). --

Na acta da 12ª sessão da audiência de julgamento a testemunha foi inquirida aos costumes tendo referido que trabalha na PTC desde 2001, tendo trabalhado nos departamentos comercial, de marketing, gestão e desenvolvimento de serviços.

Da fundamentação da matéria de facto resulta que o seu depoimento foi valorado para prova dos factos dados como provados sob os nºs 241, 250, 252, 253, 256, 264 a 266 e para não prova dos factos não provados nº 47, 56 e 99. ---

Basta uma leitura rápida da referida factualidade para se constatar que nenhum dos factos relativamente aos quais o seu depoimento foi valorado está em causa o seu conhecimento indirecto, pelo contrário. Relativamente a todos eles o depoimento da testemunha resulta de conhecimento directo, conhecimento esse que lhe advém das funções que desde 2001 desempenha na PTC. Saber quantas casas abrange cada célula e quantas câmaras tem cada célula (facto 241 e 266), saber qual a oferta grossista da PTC e quem a usa (factos 252 e 253), saber quais as funcionalidades dos serviços que presta a



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

PTC (facto 256) e saber qual o modo de actuação da PTC e se a mesma tinha ou não um cadastro (factos nº 264 e 265) são matérias de que a testemunha tem conhecimento directo por força das funções que exerce na empresa. De igual modo, saber qual o pedido feito, a data de resposta e a resposta dada (facto 250) é matéria de que a testemunha tem conhecimento directo por constar dos registos escritos da empresa a que a testemunha tem acesso pelas funções que desempenha.

Qualquer pessoa que tenha acesso ao pedido escrito formulado, à resposta escrita que foi dada, e os leia, pode responder sobre o seu conteúdo com conhecimento directo do facto. Logo, sobre os factos não provados nº 47 e 56 a testemunha respondeu com conhecimento directo. De igual modo o depoimento de uma testemunha arrolada pela arguida que, sobre a matéria alegada pela arguida, é usado para não a dar por provada por explicar que o documento não é fidedigno ("designadamente no que respeita à informação relativa aos anos de 2000 e 2001 por não existir uma base de registo dos pedidos formulados e das respectivas concessões, tendo tal registo começado em 2002 sendo certo que mesmo quanto a este foi dito pela testemunha que sucedeu haver um ou outro pedido cuja informação não estava contida no documento" - facto nº 99) tem conhecimento directo do facto.

No que à testemunha Carlos Salema respeita, presidente do Instituto de Telecomunicações, o seu depoimento foi valorado para prova dos factos dados como provados sob os nºs 242 a 244, 251 e 254 a 256. --

Lendo os referidos factos resulta claro que não está em causa um depoimento indirecto. Com efeito, na qualidade de presidente do Instituto de Telecomunicações a testemunha tem necessariamente conhecimento dos modos como os operadores de televisão por cabo podem prestar os serviços de telefonia fixa e internet de banda larga, quais os factores decisivos para a opção por um dos vários modos existentes no mercado e que os mesmos são do conhecimento da arguida (factos 242 a 244), quais os métodos usados noutros países (factos 254 e 255) e quais os serviços que se podem prestar através da ORALL (facto 256). Por último, quer por força das suas funções quer pelo simples facto de ser um cidadão que anda na rua, a testemunha sabe



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

que na rede telefónica da PTC é frequente a passagem de cabos pelas fachadas dos edifícios (facto 251). --

Toda esta factualidade é do conhecimento directo da testemunha. ...”

Não colhe, assim, o argumento invocado pela Recorrente segundo o qual o tribunal “*a quo*” teria incorrido em violação do disposto nos arts. 129º, nº 1 e 379º, nº 1, al.c), ambos do CPP ao valorar indevidamente pretensos “depoimentos indirectos”.

Os depoimentos das testemunhas Rui Cardoso e Carlos Salema, constituem prova permitida que foi apreciada segundo os critérios definidos no artigo 127º C P Penal.

Donde que o presente recurso improcede, quanto à imputação à sentença sob recurso da referida nulidade.

2) DO PRETENSO VÍCIO DE CONTRADIÇÃO INSANÁVEL ENTRE A FUNDAMENTAÇÃO E A DECISÃO.

Como é sabido e como resulta *expressis verbis* do art. 410º, nº 2, corpo, do CPP, os vícios nele referidos – entre os quais se conta a **contradição insanável da fundamentação** (cfr. a al. b) do mesmo preceito) – «têm de resultar da própria decisão recorrida, na sua globalidade, mas sem recurso a quaisquer elementos que lhe sejam externos, designadamente declarações ou depoimentos exarados no processo durante o inquérito ou a instrução, ou até mesmo o julgamento» - Ac. do STJ de 19/12/1990 proferido no Proc. nº 41 327, *apud* MAIA GONÇALVES in “Código de Processo Penal Anotado e comentado”, 11ª ed., 1999, p. 743. Na verdade, «qualquer dos vícios constantes do art. 410º, nº 2, do Código de Processo Penal tem de resultar do texto da decisão recorrida, por si só ou conjugado com as regras da experiência» - Ac. do STJ de 5/11/1997. proferido no Proc. nº 366/97. «As regras da experiência comum não são senão as máximas da experiência que todo o homem de formação média conhece e respeitam à apreciação de qualquer das hipóteses previstas no nº 2 do art. 410º» (GERMANO MARQUES DA SILVA in “Curso de Processo Penal”, vol. III, 2ª ed., 2000, p. 339).

Por isso, «para se verificar contradição insanável da fundamentação, têm de constar do texto da decisão recorrida, sobre a mesma questão, posições antagónicas e



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

2

inconciliáveis, como por exemplo dar o mesmo facto como provado e como não provado, em situações que não possam ser ultrapassadas pelo tribunal de recurso» - Ac. do STJ de 22/5/1996 proferido no Proc. nº 306/96 (*apud* MAIA GONÇALVES in “Código de Processo Penal Anotado e comentado”, 11ª ed., 1999, pp. 744-745). No mesmo sentido se pronunciou também o Ac. do STJ de 25/3/1999 (in BMJ nº 485, p. 286).

«A contradição pode suceder entre segmentos da própria fundamentação – dão-se como provados factos contraditórios, dá-se como provado e não provado o mesmo facto, afirma-se e nega-se a mesma coisa, enfim, as premissas contradizem-se -, como entre a fundamentação e a decisão – esta não se encontra em sintonia com os factos apurados» – Ac. do STJ de 9/2/2000 (in BMJ nº 494, pp. 207-218). Efectivamente, «a contradição insanável da fundamentação respeita antes de mais à fundamentação da matéria de facto, mas pode respeitar também à contradição na própria matéria de facto (fundamento da decisão de direito)» - GERMANO MARQUES DA SILVA in “Curso...” cit., vol. cit., pp. 340-341.

«A contradição pode existir também entre a fundamentação e a decisão, pois a fundamentação pode apontar para uma dada decisão e a decisão recorrida nada ter com a fundamentação apresentada» - GERMANO MARQUES DA SILVA *ibidem*.

De todo o modo, «a contradição só releva, juridicamente, quando existe uma oposição directa entre os factos qualquer que seja o sentido que se dê a cada um deles» - Ac. do STJ de 9/2/2000, proferido no Recurso nº 284/98.

No caso dos autos, porém, não se detecta na sentença sob censura a existência de qualquer **contradição entre os vários factos considerados provados ou entre estes e os considerados não provados ou entre a fundamentação probatória da matéria de facto e a própria decisão da matéria de facto.**

A pretensa contradição apontada pela Recorrente – a verificar-se (o que não é o caso) – intercederia entre alguns dos factos julgados provados e a fundamentação e entre a fundamentação e a decisão.

A falência da fundamentação em que se estriba a Recorrente, para imputar à sentença recorrida o pretense vício de contradição insanável entre a fundamentação e a decisão, tem-se por elucidada, em termos de tal modo convincentes e suficientes que este Tribunal se permite remeter, sem mais, para o despacho de fls 9618 onde se pode ler:



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

“Ao longo dessa fundamentação expõem-se as razões pelas quais se considera não ter ficado provado que as condutas da PTC não são uma infra estrutura essencial, sendo certo que na fundamentação da matéria de facto provada é expressamente referido que a acusação falhou na prova dessa essencialidade. Admite-se que a AdC discorde das conclusões do tribunal quanto à matéria de facto e que discorde das interpretações jurídicas adoptadas. O que já não se afigura correcto é que invoque contradições onde elas não existem, não havendo qualquer contradição entre a factualidade provada (que é difícil replicar as condutas das PTC e que tal replicação seria onerosa), e a conclusão de que não ficou provado que as condutas da PTC sejam uma infra estrutura essencial...”

Inexiste, pois, a apontada contradição insanável entre a fundamentação e a decisão.

3) O INVOCADO ERRO NOTÓRIO NA APRECIACÃO DA PROVA .

Como é sabido e como resulta *expressis verbis* do art. 410º, nº 2, corpo, do CPP, os vícios nele referidos – entre os quais se conta o **erro notório na apreciação da prova** (cfr. a al. c) do mesmo preceito) – «têm de resultar da própria decisão recorrida, na sua globalidade, mas sem recurso a quaisquer elementos que lhe sejam externos, designadamente declarações ou depoimentos exarados no processo durante o inquérito ou a instrução, ou até mesmo o julgamento» (Ac. do STJ de 19/12/1990 proferido no Proc. nº 41 327, *apud* MAIA GONÇALVES in “Código de Processo Penal Anotado e comentado”, 11ª ed., 1999, p. 743).

Na verdade, «qualquer dos vícios constantes do artº410º, nº 2, do Código de Processo Penal tem de resultar do texto da decisão recorrida, por si só ou conjugado com as regras da experiência» (Ac. do STJ de 5/11/1997, proferido no Proc. nº 366/97). «As regras da experiência comum não são senão as máximas da experiência que todo o homem de formação média conhece e respeitam à apreciação de qualquer das hipóteses previstas no nº 2 do art. 410º» (GERMANO MARQUES DA SILVA in “Curso de Processo Penal”, vol. III, 2ª ed., 2000, p. 339).

Por outro lado, «erro notório na apreciação da prova é o erro **ostensivo**, de tal modo **evidente** que não passa despercebido ao comum dos observadores, ou seja, quando o homem de formação média facilmente dele se dá conta» (GERMANO MARQUES DA SILVA in “Curso...” cit., vol. cit., p. 341).



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Por isso – por se tratar de **requisito comum** a todos os vícios previstos nas diversas alíneas do cit. art. 410º-2 do CPP -, «só existe erro notório na apreciação da prova quando do texto da decisão recorrida, por si ou conjugada com as regras da experiência comum, resulta com toda a evidência a conclusão contrária à que chegou o tribunal» (Ac. do STJ de 15/4/1998 (*in* BMJ nº 476, p. 82), isto é, «quando se dão como provados factos que, face às regras da experiência comum e à lógica corrente, não se teriam podido verificar ou são contraditados por documentos que fazem prova plena e que não tenham sido arguidos de falsos» - Ac. do STJ de 10/3/1999 proferido no Proc. nº 162/99 (*apud* MAIA GONÇALVES *in* “Código de Processo Penal Anotado e comentado”, 11ª ed., 1999, pp. 744-745) -, ou seja, «quando se dá como provado um facto com base em juízos ilógicos, arbitrários ou contraditórios, claramente violadores das regras da experiência comum» - Ac. do STJ de 11/10/1995 (*in* BMJ nº 450, p. 110); Segundo o Ac. do STJ de 25/2/1999 (*in* BMJ nº 484, p. 288), «contraria notoriamente as regras da experiência comum concluir que o arguido estava na posse dum porta-moedas contendo 43 doses de heroína sem saber o que se encontrava dentro do mesmo porta-moedas, pois o comportamento normal e instintivo de qualquer pessoa que acha um desses objectos é abri-lo para ver o que contém». Segundo o Ac. do STJ de 15/6/1994 (*in* Col. Jur., Acs. do STJ, 1994, tomo 2. p. 249), «verifica-se um caso de erro notório na apreciação da prova, que deve levar ao reenvio do processo para novo julgamento, quando o tribunal colectivo dá como provado que o arguido introduziu o seu pénis erecto na vagina da ofendida sem atingir o hímen».

No caso dos autos, porém, não se detecta, na matéria de facto considerada provada na sentença recorrida, nenhuma **irrazoabilidade patente** aos olhos de qualquer observador comum, por se opor à normalidade dos comportamentos e às regras da experiência comum. Na verdade, o que a sentença recorrida indica como estando provado e não provado em nada ofende o sentimento que o homem médio (e este homem médio é que serve de referência para o efeito de aferir da existência do falado erro notório) pode ter sobre a realidade ou irrealidade desses factos.

Por outras palavras, do texto da sentença (por si só ou conjugadamente com as regras da experiência comum) não resulta que se apreciou de forma visivelmente descabida a prova, isto é, **que os factos que vêm dados como tendo acontecido não podiam ter acontecido** (ou não podiam ter acontecido do modo como a sentença diz que aconteceram) ou **que os factos que se dão como não provados tivessem necessariamente de ter acontecido**.

Efectivamente, o que se relata na sentença sob censura como tendo atinentemente ocorrido **não é incompatível com a realidade das coisas**.

Por isso, quando muito, o que aqui poderia ter ocorrido (e trata-se duma mera hipótese de trabalho, na medida em que nada se indicia nesse sentido) era o tribunal *a quo* não haver, porventura, valorado com o devido rigor as provas produzidas.

Mas uma coisa é este **erro não ostensivo de julgamento** que só o conhecimento do teor das provas produzidas nos poderia revelar, outra o **erro notório na apreciação da prova**. Este último erro tem de ressaltar do que se escreve na decisão, sem recurso a quaisquer **elementos**



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

2

exteriores, como seja o conhecimento do valor da prova produzida. O erro que só o exame detalhado da prova revela nunca pode ser **notório**, mas sim **encoberto** - Cfr., precisamente no sentido de que, «tendo de resultar do próprio texto da decisão o erro notório na apreciação da prova, o mesmo não se confunde com o erro não ostensivo de julgamento, o qual só o teor da prova pode revelar», o Ac. da Rel. do Porto de 19/9/2001, proferido no Proc. n.º 0140057 in *site* <http://www.dgsi.pt>).

Porém, é neste equívoco que cai a ora Recorrente, na medida em que invoca a existência de **erro notório na apreciação da prova**, mas o que afinal faz é **recorrer à prova** que (na sua perspectiva) terá sido feita **para tentar demonstrar que o tribunal a quo teria valorado incorrectamente tal prova**. Todavia, se só o conhecimento e análise da prova produzida pode revelar o erro de julgamento dos factos (o que pressupõe que o erro não é ostensivo, manifesto, detectável por toda a gente), como pode falar-se então em **erro notório** ?

É, assim, patente que a sentença recorrida não padece de qualquer **erro notório na apreciação da prova**.

4- EVENTUAL ERRO NA DETERMINAÇÃO E INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS APLICÁVEIS.

O tribunal *a quo* fundamentou do seguinte modo a absolvição da arguida “PT Comunicações S.A.” da prática das contra-ordenações p. e p. pelos artigos 3.º do Decreto-Lei n.º 371/93 de 29 de Outubro, 6.º da Lei 18/2003 de 11 de Junho e 102.º do Tratado de Lisboa.

“A Lei 18/2003 de 11 de Junho consagra o actual Regime Jurídico da Concorrência, anteriormente regulado no Dec.lei 371/93 de 29 de Outubro que por sua vez havia substituído o Dec.lei 422/83 de 3 de Dezembro. Todos estes diplomas pretendem dar concretização ao disposto no art. 81.º, al. f), da Constituição da República Portuguesa que determina que incumbe prioritariamente ao Estado, no âmbito económico e social, Assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral. ---

Esta consagração a nível constitucional deve-se ao facto de a defesa e promoção da Concorrência são fundamentais para assegurar o saudável funcionamento do mercado. Na realidade em que vivemos a concorrência perfeita (sistema em que grande números de pequenos fornecedores abastece o mercado com o mesmo tipo de produtos ou serviços, a preços idênticos, e sem qualquer tipo de colusão entre si) não existe. Vivemos num sistema em que se torna necessário organizar de modo eficiente a actividade económica, preservando sempre um certo grau de concorrência (i.e., uma dinâmica competitiva saudável), disciplinando a actividade dos vários agentes económicos, garantindo os direitos dos consumidores e em última ratio promovendo a convergência dos esforços na busca de melhor realização do interesse geral. ---
Tendo em mente estes princípios e orientações e sendo evidente que qualquer agente económico, pelo mero exercício do seu direito de liberdade contratual, corolário do princípio da autonomia privada, pode interferir com o regular funcionamento do mercado, impedindo ou dificultando a entrada/permanência de empresas concorrentes no mercado, influenciando a formação da oferta e da procura, ou seja, impedindo a livre circulação de mercadorias e de prestação de serviços, surge a nível nacional a regulação da concorrência, em moldes aliás muito semelhantes aos previstos no direito comunitário. ---



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Feita esta exposição introdutória sobre a natureza e justificação do direito da concorrência, passemos a análise da conduta imputada à arguida. ---

*

Vem a arguida acusada da prática da violação dos art. 3º, nº 1, do Dec.lei 371/1993, 6º, nº 1 da Lei 18/2003, do 82º do TCE, hoje art. 102º do Tratado de Lisboa (doravante designado Tratado). -

Os três preceitos abarcam a mesma realidade e proibem, na sua essência, o abuso de posição dominante, isto é, proibem que uma empresa se aproveite em benefício próprio e em prejuízo de outrem do facto de ter no mercado uma posição de domínio. ---

Começando pelo art. 102º do Tratado, o mesmo dispõe que É incompatível com o mercado comum e proibido, na medida em que tal seja susceptível de afectar o comércio entre os Estados-membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado comum ou numa parte substancial deste. ---

Este preceito enuncia exemplificativamente casos de práticas abusivas, incluindo nessa exemplificação a hipótese de a empresa dominante Limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores [(al. b)]. ---

Transpondo para a ordem jurídica interna esta previsão, dispunha o art. 3º do Dec.lei 371/93, no seu nº 1 que: É proibida a exploração abusiva, por uma ou mais empresas, de uma posição dominante no mercado nacional ou numa parte substancial deste, tendo por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência, acrescentando o nº 4 que Poderá ser considerada abusiva, designadamente, a adopção de qualquer dos comportamentos referidos no nº 1 do artigo 2º, estando incluído na alínea f) deste art. 2º, a hipótese de a empresa dominante Recusar, directa ou indirectamente, a compra ou venda de bens e a prestação de serviços. ---

Hoje a norma que consagra a proibição do abuso de posição dominante é o art. 6º, nº 1, da Lei 18/03: É proibida a exploração abusiva, por uma ou mais empresas, de uma posição dominante no mercado nacional ou numa parte substancial deste, tendo por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência. ---

O nº 2, al. a) do mesmo preceito clarifica que dispõe de posição dominante relativamente ao mercado de determinado bem ou serviço A empresa que actua num mercado no qual não sofre concorrência significativa ou assume preponderância relativamente aos seus concorrentes. ---

Por seu turno o nº 3 refere que Pode ser considerada abusiva, designadamente:

a) A adopção de qualquer dos comportamentos referidos no nº 1 do art. 4º (nos quais se inclui Recusar, directa ou indirectamente, a compra ou venda de bens e a prestação de serviços (al. f) do art. 4º); ---

b) A recusa de facultar, contra remuneração adequada, a qualquer outra empresa o acesso a uma rede ou a outras infra-estruturas essenciais que a primeira controla, desde que, sem esse acesso, esta última empresa não consiga, por razões factuais ou legais, operar como concorrente da empresa em posição dominante no mercado a montante ou a jusante, a menos que a empresa dominante demonstre que, por motivos operacionais ou outros, tal acesso é impossível em condições de razoabilidade. ---

Resulta da enunciação dos normativos em causa nos autos que a realidade subjacente a cada um é a mesma e, no que ao direito nacional respeita, que a definição do tipo contra-ordenacional é idêntica. Assim, quer no âmbito do art. 102º do Tratado, quer no âmbito do Dec.lei 371/93, quer ainda no âmbito da Lei 18/03, para que se possa concluir que uma determinada prática integra o conceito de abuso de posição dominante há que apurar: ---

- se foi encetada por uma empresa tal como definida na lei da concorrência e se, por conseguinte, está sujeita ao regime da concorrência; ---

- se a empresa tem posição dominante no mercado relevante; ---

- se a empresa exerceu a sua posição dominante de modo abusivo e, com isso, a sua actuação teve por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir, de forma sensível, a concorrência no todo ou em parte do mercado relevante.

A diferença a nível do direito interno entre a previsão do Dec.lei 371/93 e a da Lei 18/03 reside no facto de na primeira não estar expressamente prevista como exemplo de prática abusiva a recusa de facultar acesso a infra-estruturas essenciais (actualmente art. 6º, nº 3, al. b), da Lei 18/03). ---

A AdC, invocando a aplicação da lei mais favorável, apenas sancionou no âmbito do Dec.lei 371/93 as recusas de acesso quando entendeu que estava em causa uma infra-estrutura essencial, considerando que até à Lei 18/03 todas as recusas de acesso a infra-estruturas, fossem ou não essenciais, eram proibidas. Por seu



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

turno a PTC entende que ao abrigo do Dec.lei 371/93 não era considerada abusiva a recusa de acesso a infra-estruturas essenciais uma vez que tal recusa não estava expressamente prevista na legislação da concorrência, por um lado, e dado não haver, no caso concreto, regulamentação que impusesse o acesso às infra-estruturas da PTC. ---

Esta diferente perspectiva não invalida o que se afirmou quanto à identidade, em abstracto, dos elementos do tipo. Assim, irá apreciar-se a verificação dos elementos do tipo em conjunto, diferenciando-se apenas no que à recusa de acesso respeita os dois regimes aplicáveis. ---

Passemos então à análise de cada um destes elementos do tipo. ---

*

a) Da aplicabilidade do regime da concorrência à arguida

De harmonia com o disposto no art. 1º, nº 1, da Lei 18/03, o regime legal da concorrência é aplicável a todas as actividades económicas exercidas, com carácter permanente ou ocasional, nos sectores privado, público e cooperativo. A noção de empresa é-nos dada pelo art. 2º: qualquer entidade que exerça uma actividade económica que consista na oferta de bens ou serviços num determinado mercado, independentemente do seu estatuto jurídico e do modo de funcionamento.). ---

No âmbito do Dec.lei 371/93 dispunha o art. 1º, nº 1, que o regime legal da concorrência é aplicável a todas as actividades económicas exercidas, com carácter permanente ou ocasional, nos sectores privado, público e cooperativo.

Por seu turno o art. 6º do mesmo diploma referia ser considerada como única empresa o conjunto de empresas que, embora juridicamente distintas, mantêm entre si laços de interdependência ou subordinação decorrentes dos direitos ou poderes enumerados no nº 2 do artigo 9º. ---

Quer num dos noutro regime legal está em causa um conceito muito amplo de empresa que abrange qualquer agente económico empresarial, independentemente da forma jurídica que reveste ou do seu modo de financiamento (cfr. Ac. TJ de 21-09-99, Proc. C-67/96 e Ac. TJ de 23-04-91, Proc. 41/90). Estão, pois, abrangidos, todos aqueles que exerçam uma actividade económica, seja qual for a forma escolhida para o efeito, isto é, quer se trate de pessoas colectivas de direito comercial, quer de pessoas colectivas de direito civil, quer de pessoas colectivas do direito privado ou público, quer profissionais liberais, etc. ---

Resumindo este conceito lato Miguel Mendes Pereira conclui que "podemos considerar como empresa, para efeitos do Direito da Concorrência, a destinatária de normas jusconcorrenciais correspondente a um conjunto organizado de elementos humanos, materiais e imateriais, ordenados funcionalmente para o exercício de uma actividade económica que se traduza em qualquer prestação efectuada contra remuneração no circuito de produção, distribuição ou troca de bens." ---

A PTC é uma sociedade comercial, constituída sob a forma de sociedade anónima, que tem com principais actividades a prestação de serviços de comunicações electrónicas e a gestão da rede básica de telecomunicações, serviços que presta mediante remuneração. ---

É, pois, uma empresa para efeitos da lei da concorrência. ---

*

Entende porém a arguida que nem o art. 3º do Dec.lei 371/93 nem o art. 6º da Lei 18/03 são aplicáveis às situações de recusa de acesso à sua rede básica de telecomunicações, ou seja, às infra-estruturas (condutas e postes) que integram essa rede básica. Invoca para tanto o disposto nos arts. 41º, nº 2, do primeiro diploma e 3º, nº 2, do segundo. ---

Ambos os preceitos se inspiraram no Tratado cujo art. 106º (anterior art. 86º) dispõe que: ---

1. No que respeita às empresas públicas e às empresas a que concedam direitos especiais ou exclusivos, os Estados-Membros não tomam nem mantêm qualquer medida contrária ao disposto no presente Tratado, designadamente ao disposto nos artigos 18º. e 101º. a 109º., inclusive.

2. As empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral ou que tenham a natureza de monopólio fiscal ficam submetidas ao disposto no presente Tratado, designadamente às regras de concorrência, na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de facto, da missão particular que lhes foi confiada. O desenvolvimento das trocas comerciais não deve ser afectado de maneira que contrarie os interesses da União. ---

Não obstante terem a mesma fonte, os preceitos nacionais em apreciação não são exactamente iguais, razão pela qual há que apreciar cada um deles separadamente. ---

O Dec.lei 371/93



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Dispõe o art. 41º, nº 2, que No caso de serviços públicos, o presente diploma não é aplicável às empresas concessionadas pelo Estado por diploma próprio, no âmbito e na vigência do respectivo contrato de concessão. ---

A PTC defende que, consagrando este preceito uma excepção aplicável às empresas concessionárias de serviços públicos mediante diploma próprio no âmbito e na vigência do respectivo contrato de concessão, e sendo ela uma empresa concessionária de um serviço público, necessitando das suas condutas para garantir o cumprimento das obrigações que lhe advêm da obrigatoriedade de prestar o referido serviço público, está abrangida pela referida excepção e, por conseguinte, o art. 3º do Dec.lei 371/93 não se aplica às situações de recusa de acesso à rede de condutas de que é proprietária. -----

Contra-argumenta a AdC dizendo que a excepção só se aplica relativamente à prestação de serviços que se encontrem abrangidos pelo âmbito do contrato de concessão, não em relação a quaisquer outros serviços prestados pela empresa concessionada. O serviço público de que a PTC é concessionária é o de telecomunicações em termos de serviço universal. Logo, porque o acesso à rede básica de telecomunicações é objecto de regulação específica e porque a cessão de espaço em infra-estruturas de rede não é, em si mesma, considerada um serviço público, não está a PTC abrangida, no caso concreto, pela excepção prevista no referido art. 41º, nº 2. ---

Analisemos. ---

Conforme refere a PTC a excepção prevista no art. 41º, nº 2, que exclui determinadas situações da aplicação do regime jurídico da concorrência, depende da verificação de dois requisitos cumulativos. Por um lado a empresa em causa ser uma empresa concessionada pelo Estado, por diploma próprio, para prestar serviços públicos. Por outro lado estarem em causa serviços prestados no âmbito e na vigência do respectivo contrato de concessão. ---

O Dec.lei 40/95 de 15 de Fevereiro aprovou as bases da concessão do serviço público de telecomunicações (art. 1º), estabelecendo no art. 1º, al. b), do anexo que define as bases da concessão ser a Portugal Telecom, S.A. a concessionária dos referidos serviços (sendo eles os serviços fundamentais de telecomunicações: serviço fixo de telefone, serviços fixo de telex e serviço fixo comutado de transmissão de dados - art. 2º) por um prazo de 30 anos (art. 6º, nº 1). ---

Do exposto resulta que a Portugal Telecom passou a ser, em 1995, a concessionária do serviço público de telecomunicações, abrangendo a concessão a prestação do serviço universal, definido no art. 1º, al. o), das bases da concessão como "o conjunto de obrigações específicas inerentes à prestação dos serviços de telecomunicações de uso público, visando a satisfação de necessidades de comunicação da população e das actividades económicas e sociais no todo do território nacional, em termos de igualdade e continuidade e mediante condições de adequada remuneração, tendo em conta as exigências de um desenvolvimento económico e social harmónico e equilibrado". (definição que vinha já da lei 91/97 de 1 de Agosto, para a qual remetia o Dec.lei 458/99 de 5 de Agosto, diploma que definia o âmbito do serviço universal de telecomunicações). ---

Em 2000, através do Dec.lei 219/00 de 9 de Setembro, foi aprovada a operação de reestruturação empresarial da Portugal Telecom SA que ficou autorizada a constituir uma nova empresa, denominada PTC, S.A., tendo sido igualmente autorizada a transferência para a empresa a constituir da posição de concessionária do serviço público de telecomunicações (art. 4º, nº 1).

Constituída entretanto a PTC passou a ser esta a concessionária do serviço público de telecomunicações tal como definido supra. ---

Em 2003 foi revogado o Dec.lei 40/95, através do Dec.lei 31/03 de 17 de Fevereiro que altera as bases da concessão do serviço público de telecomunicações, sendo porém inócuas nesta sede as alterações introduzidas dado que os preceitos aqui relevantes se mantiveram inalterados. ---

Para efeitos de apreciação da questão sub iudice (aplicabilidade da excepção consagrada no art. 41º, nº 2, do Dec.lei 371/93) não há que apreciar outro enquadramento legal, designadamente decorrente da Lei das Comunicações Electrónicas (Lei nº 5/2004 de 10 de Fevereiro) por a mesma ser posterior à data aqui relevante. ---

Face aos preceitos referidos é manifesto que a PTC é, por diploma próprio, concessionária do serviço público de telecomunicações e não de um serviço público que imponha o desenvolvimento e a manutenção de uma rede de condutas para disponibilização a terceiros. Este facto é, aliás, reconhecido pela PTC no art. 277º do seu recurso. ---

O que a arguida entende é que, necessitando das suas infra-estruturas (rede de condutas e postes) para prestar o serviço público de que é concessionária e para o fazer de acordo com as obrigações que lhe são impostas por lei e pelo regulador sectorial, a gestão do acesso às condutas e a disponibilização de espaço a



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

terceiros são matérias que interferem com a prestação do serviço público e, por conseguinte, estão abrangidas pela excepção prevista no art. 41º, nº 2. --

Não lhe assiste, porém, razão. O citado art. 41º, nº 2, é muito claro ao excepcionar da aplicação da lei da concorrência as empresas concessionárias de serviços públicos no âmbito e na vigência do respectivo contrato de concessão. Ora o serviço público de que a PTC é concessionária é o "de telecomunicações de uso público, visando a satisfação de necessidades de comunicação da população e das actividades económicas e sociais no todo do território nacional, em termos de igualdade e continuidade e mediante condições de adequada remuneração". É quanto a estes serviços que a excepção prevista no art. 41º se aplica à PTC. ---

Todos os demais serviços prestados pela PTC, nos quais se inclui a gestão da rede de infra-estruturas que integram a rede básica de telecomunicações e de que é proprietária, estão fora do contrato de concessão e, consequentemente, fora da excepção prevista pelo art. 41º, nº 2. ---

É certo que a PTC está sujeita determinadas obrigações tais como prestar os serviços concessionados assegurando a sua interoperabilidade, continuidade, disponibilidade e qualidade, bem como garantir o funcionamento dos serviços de telecomunicações em situações de crise, emergência e guerra (art. 8º, nº 1, als. b) e m) das bases da concessão aprovadas pelo Dec.lei 40/95, correspondente ao art. 6º, als. a) e i) das actuais Bases da Concessão). ---

É igualmente certo que para prestar o serviço universal a que está obrigada a PTC necessita das infra-estruturas que constituem a rede básica de telecomunicações, estando obrigada a manter em bom estado de funcionamento, segurança e conservação as infra-estruturas da rede básica, bem como zelar pela sua operacionalidade e adequada exploração, e ainda a desenvolver tais infra-estruturas de modo a assegurar os níveis de qualidade adequados aos serviços que nelas se suportem (art. 9º, nº 1, als. a) e b) das bases da concessão aprovadas pelo Dec.lei 40/95, correspondente ao art. 7º, nºs 3) e 4) das actuais Bases da Concessão). ---

Mas tal não significa que na prestação dos serviços relacionados com a gestão das infra-estruturas a PTC não esteja sujeita ao direito da concorrência. Não há aqui que recorrer ao hoje regulado na Lei das Comunicações Electrónicas, por há data não estar em vigor, nem consequentemente aos instrumentos regulatórios subsequentes (tais como a ORAC). Deve, sim, atender-se ao estatuído na Lei de Bases (Lei 91/97 de 1 de Agosto), cujo art. 12º, nº 4, estabelece que: A rede básica de telecomunicações deve funcionar como uma rede aberta, servindo de suporte à transmissão da generalidade dos serviços, devendo ser assegurada a sua utilização por todos os operadores de telecomunicações em igualdade de condições de concorrência. ---

Ora este preceito é muito claro e dele podem extrair-se duas conclusões. Por um lado a gestão das infra-estruturas que constituem a rede básica não se insere no serviço concessionado. Por outro lado, estando a PTC obrigada, no âmbito da prestação dos referidos serviços, a assegurar a sua utilização por todos os operadores em igualdade de condições de concorrência, está sujeita ao direito da concorrência [o tratamento discriminatório é em si mesmo uma prática anticoncorrencial (art. 4º, nº 1, al. e), da lei 18/03)]. ---

É evidente que o argumento da PTC, de que para prestar o serviço universal necessita de seguir uma prática de gestão de espaço nas condutas cuidadosa, é válido, sendo evidente que tem que dispor de espaço suficiente nas suas condutas para poder desenvolver os serviços concessionados com respeito pelas obrigações a que está sujeita. Mas a validade deste argumento não permite que se conclua que na gestão do espaço a PTC não esteja obrigada a assegurar e respeitar o cumprimento das regras da concorrência. ---

Em abstracto a PTC está sujeita às regras da concorrência. O que pode acontecer é, em concreto, perante uma determinada situação e a propósito de uma concreta imputação de abuso de posição dominante, a PTC demonstrar que uma dada recusa de acesso é lícita, ou seja, não é abusiva por corresponder à legítima defesa dos seus interesses. Conforme se refere no Ac. do TPI proferido nos proc. T-191/98, T-212/98 a T-214/98, "É certo que, segundo a jurisprudência, a existência de uma posição dominante não pode privar a empresa que se encontre nessa posição do direito de preservar os seus próprios interesses comerciais quando sejam atacados... Daí resulta, portanto, que uma empresa dominante pode invocar motivos susceptíveis de justificar as práticas que adopta. (...) o único objectivo dessas justificações é permitir a uma empresa dominante demonstrar ... que essas práticas têm por fim proteger de forma razoável os seus interesses comerciais face às acções levadas a cabo por determinados terceiros e, portanto, que, na realidade, não constituem práticas abusivas.". Assim entendidas as normas em apreço fica salvaguardado qualquer "perigo" que a aplicação do direito da concorrência possa trazer à arguida enquanto responsável pela prestação do serviço público de telecomunicações. ---



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Assim se conclui que, não abrangendo o contrato de concessão a gestão das infra-estruturas e a disponibilização de espaço nas mesmas a terceiros, o Dec.lei 371/93 é aplicável à PTC no caso objecto do presente recurso. ---

*

A Lei 18/03

Dispõe o art. 3º, nº 2, da referida Lei que: As empresas encarregadas por lei da gestão de serviços de interesse económico geral ou que tenham a natureza de monopólio legal ficam submetidas ao disposto no presente diploma, na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de facto, da missão particular que lhes foi confiada. -

Mais do que o preceito que supra se analisou, este normativo é absolutamente idêntico ao art. 106º, nº 2, do Tratado acima transcrito. Assim, não havendo uma noção legal de serviços de interesse económico geral e havendo uma coincidência no uso deste conceito pela lei nacional e comunitária, há que recorrer à densificação dele feita a nível comunitário, designadamente no Livro Verde sobre serviços de interesse geral na Europa. ---

"A expressão "serviços de interesse económico geral" é usada nos artigos 16º e 86º(2) do Tratado. Não está definida no Tratado, nem no direito derivado. Todavia, na prática comunitária, existe consenso em torno do facto de que a expressão se refere a serviços de natureza económica aos quais os Estados-Membros ou a Comunidade impõem obrigações de serviço público, por força de um critério de interesse geral. O conceito de serviços de interesse económico geral abrange assim sobretudo certos serviços prestados pelas grandes indústrias de redes, como os transportes, os serviços postais, a energia e as comunicações. Todavia, também se refere a qualquer outra actividade económica sujeita a obrigações de serviço público." (ponto 17 do Livro Verde). ---

Recorrendo a esta definição dá-se razão à PTC quando esta afirma que o serviço universal que presta é um serviço de interesse económico geral, o que aliás também não é posto em causa pela AdC. ---

Já não se concorda com a arguida na extrapolação que a mesma faz desta constatação e parece pretender que a gestão das infra-estruturas da rede de telecomunicações é ela próprio um serviço de interesse económico geral. Conforme já referido, a gestão das condutas é uma actividade da PTC desenvolvida fora do âmbito da prestação do serviço universal sendo certo que os regimes de excepção que se lhe aplicam quando presta estes serviços não se estendem aos restantes serviços por si prestados. -

Uma vez que a argumentação da PTC é a mesma usada a propósito do Dec.lei 371/93 — necessidade das infra-estruturas para prestar o serviço universal — aplicam-se aqui todas as considerações tecidas supra a propósito do art. 41º, nº 2, e, exactamente pelos motivos ali referidos, conclui-se que o facto de a PTC necessitar das condutas para prestar o serviço de interesse económico geral (serviço universal) não significa que veja a sua actuação no domínio da referida gestão excluída do regime da concorrência. A excepção prevista no art. 3º apenas se lhe aplica quando está em causa o serviço de interesse económico geral de que está encarregue, ou seja, o serviço universal de telecomunicações. ---

A argumentação da PTC de que a AdC avaliou indevidamente as recusas, considerando-as injustificadas quando, na verdade, estão justificadas, não releva nesta sede. Caso se apure que as recusas de acesso tinham justificação, a sua conduta não poderá ser considerada violadora do art. 6º na medida em que, por lícita, não integra uma prática abusiva. ---

Em suma, tendo em conta a acusação que lhe é imputada, o regime da concorrência é-lhe, em abstracto, aplicável. Poderá é, em concreto, não haver lugar à sua aplicação. ---

Assim se conclui que, não abrangendo os serviços de interesse económico geral a gestão das infra-estruturas e a disponibilização de espaço nas mesmas a terceiros, a Lei 18/03 é aplicável à PTC no caso objecto do presente recurso. ---

*

Entende ainda a PTC que não pode ser sancionada por violação ao disposto no art. 82º do Tratado TCE, leia-se art. 102º do Tratado, invocando por um lado que não está tipificado como contra-ordenação na lei portuguesa tal violação e, por outro lado, que sempre a empresa estaria abrangida pela excepção prevista no art. 86º, nº 2, do Tratado TCE, leia-se, art. 196º, nº 2, do Tratado. ---

A primeira questão foi já decidida como questão prévia, tendo-se então concluído que inexistia qualquer violação ao princípio da tipicidade/nulla poena sine lege. ---

A segunda questão e uma vez que o art. 86º, actual 106º do Tratado é, no que aqui importa, exactamente igual ao art. 3º, nº2, da Lei 18/03, têm inteira aplicação as considerações vertidas supra a propósito deste último normativo pelo que, pelas razões aí expressas, há que concluir que a PTC, enquanto gere as infra-



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

estruturas não está a prestar um serviço de interesse económico geral e, por conseguinte, não está abrangida pela excepção aí prevista. --

*

b) Da posição dominante da arguida no mercado relevante

Nem o art. 102º do Tratado nem os arts. 3º do Dec.lei 371/93 e 6º da Lei 18/03 consagram uma definição de posição dominante, limitando-se os artigos da legislação nacional a exemplificar duas situações em que se considera a existência de uma posição dominante. ---

Assim, o nº 2, al. a), do art. 3º, do Dec.lei 371/93 e o nº 2, a. a), do art. 6º, da Lei 18/03, determinam que dispõe de posição dominante relativamente ao mercado de determinado bem ou serviço a empresa que actua num mercado no qual não sofre concorrência significativa ou assume preponderância relativamente aos seus concorrentes. ---

O art. 3º do Dec.lei 371/93, no seu número três, estabelecia ainda verdadeiras presunções de situações de domínio, considerando que tal posição existia desde que a empresa em causa detivesse no mercado nacional de determinado bem ou serviço uma participação igual ou superior a 30%, preceito que não tem paralelo na Lei 18/03. ---

A densificação do conceito de posição dominante, como aliás de quase todos os conceitos neste ramo do direito, tem vindo a ser feita ao longo dos anos pela jurisprudência comunitária, tendo o legislador nacional acolhido na alínea a) do nº 2 do art. 6º, da Lei 18/03, tal como já havia feito na alínea a), do nº 2, do art. 3º, do Dec.lei 371/93, o conceito clássico de posição dominante individual sedimentado pelos Ac. United Brands e Hoffman-La-Roche. ---

Na sequência dos referidos acórdãos tem-se entendido a posição dominante como a "posição de poder económico detida por uma empresa que lhe permite afastar a manutenção de uma concorrência efectiva no mercado em causa e lhe possibilita comportar-se, em medida apreciável, de modo independente relativamente aos seus concorrentes, aos seus clientes, e finalmente aos consumidores", acrescentando que, para ocupar uma posição dominante, não é necessário que a empresa "tenha eliminado toda e qualquer possibilidade de concorrência". ---

Assim, pode dizer-se que uma empresa tem uma posição dominante quando o seu poder de mercado assume algum peso e é estável no tempo, conferindo-lhe um poder económico e uma independência tal que actua no mercado sem necessidade de tomar em consideração as possíveis reacções dos concorrentes e/ou dos consumidores, podendo modificar em seu proveito designadamente o preço do produto ou serviço. ---

Para se apurar se uma dada empresa tem uma posição dominante é necessário, previamente, definir o mercado relevante, quer o mercado do produto quer o mercado geográfico. "Com efeito, uma posição dominante não pode, por definição, existir em abstracto mas tão somente em relação a um dado mercado em concreto, no quadro do qual se irá procurar determinar a medida de pressão concorrencial a que está sujeita determinada empresa, de forma a poder concluir se esta tem o poder de eventualmente se comportar independentemente dos seus concorrentes e clientes." ---

A delimitação do mercado relevante é, pois, um passo fundamental para se determinar se uma empresa tem posição dominante. "O principal objectivo da definição de mercado consiste em identificar de uma forma sistemática os condicionalismos concorrenciais que as empresas em causa têm de enfrentar. O objectivo de definir um mercado tanto em função do seu produto como em função da sua dimensão geográfica é o de identificar os concorrentes efectivos das empresas em causa susceptíveis de restringir o seu comportamento e de impedi-las de actuar independentemente de uma pressão concorrencial efectiva." É, pois, através da definição do mercado que se identificam e definem os limites da concorrência. ---

Assim, para se poder aferir se determinada empresa tem uma posição dominante, é essencial determinar o mercado relevante, ou seja, determinar o produto que está em causa (mercado de produto) e a zona geográfica a considerar (mercado geográfico). ---

O mercado de produto identifica o bem ou serviço em causa e é constituído pelo conjunto de produtos intersubstituíveis tanto na óptica da procura como da oferta. ---

Na óptica da procura o mercado é identificado pela existência de um conjunto de produtos, bens ou serviços substituíveis entre si, isto é, que os consumidores vejam como similares para a satisfação de uma dada necessidade. Aqui há que considerar factores como o preço, as características do produto e o seu modo de utilização. ---

Na óptica da oferta o mercado é identificado pela existência de várias empresas que estão no mercado em causa a fornecer o produto ou serviço, sendo que o mesmo também pode ser oferecido por outras empresas que ainda não estão no mercado ou pelas que já estão no mercado sem que tenham que incorrer em qualquer custo suplementar significativo. ---



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA



Dos dois critérios a atender o mais eficaz é o primeiro, ou seja, o critério da análise da substituíbilidade do lado da procura: "Do ponto de vista económico, para a definição do mercado relevante, a substituição do lado da procura constitui o elemento de disciplina mais imediato e eficaz sobre os fornecedores de um dado produto, em especial no que diz respeito às suas decisões em matéria de preços. Uma empresa ou grupo de empresas não pode influenciar de forma significativa as condições de venda prevalentes no mercado como, por exemplo, os preços, se os seus clientes puderem facilmente transferir a sua procura para produtos de substituição ou para fornecedores situados noutra localidade. Basicamente, o exercício da definição de mercado consiste na identificação das verdadeiras fontes alternativas de fornecimento para os clientes da empresa em causa, tanto em termos de produtos/serviços como em termos da localização geográfica dos fornecedores." ---

Por sua vez o mercado geográfico apura-se tendo em consideração a zona territorial em que os produtores ou os vendedores de um dado bem ou serviço concorrem em condições homogéneas. --

Do ponto de vista da procura se, por hipótese, verificando-se o aumento do preço dum produto num determinado local a procura se deslocar de modo significativo para outro local, estes dois locais serão considerados o mesmo mercado geográfico para aquele produto ou serviço. Já se a reacção ao aumento for insignificante então os dois locais não são substituíveis e, por conseguinte, não integram o mesmo mercado geográfico. ---

Do ponto de vista da oferta se, perante um aumento de preços, se verificar que surgem novas empresas no mercado restringindo o comportamento das empresas já existentes, então as áreas geográficas onde estes novos operadores estão integrados têm que ser incluídas no mercado geográfico considerado relevante. ---

A AdC, a propósito do mercado e depois de delimitar o mercado de acesso a infra-estruturas para passagem de cabos, defende que os serviços de televisão por subscrição, internet por cabo e telefonia fixa têm necessariamente que ser prestados através de uma rede de cabo e que para construir essa rede os operadores têm que ter acesso às condutas da rede básica de telecomunicações da PTC, entendidas assim como um bem essencial, sob pena de não poderem prestar esses serviços. Logo, conclui a AdC, a actuação de uma empresa no mercado de acesso a infra-estruturas tem efeitos nos mercados a jusante, isto é, na oferta ao consumidor final dos serviços de televisão por subscrição, internet de banda larga e telefonia fixa, pelo que também estes são mercados relevantes. ---

No entender do tribunal não é esta a sede própria para apurar se os serviços aqui em causa só podem ser prestados por cabo e se as infra-estruturas da rede básica de telecomunicações da PTC são uma infra-estrutura essencial para quem quer prestar esses serviços. A essencialidade da infra-estrutura releva num momento subsequente, ou seja, quando se vai apurar se há um abuso de posição dominante. ---

Nesta sede - definição do mercado - o que releva não é apurar se a infra-estrutura da PTC é o único meio existente para que os operadores possam prestar serviços de televisão por subscrição, internet de banda larga e telefonia fixa, ou se esses serviços só podem ser prestados por uma rede de cabo. O que releva é apurar se as infra-estruturas da PTC são um meio pelo qual esses serviços podem ser prestados. Definido o mercado, isto é, apurado que o bem da PTC (infra-estruturas constituídas por condutas e postes) é um bem que pode ser usado para prestar determinados serviços, caberá então apurar se nesse mercado a PTC tem posição dominante e, só nesse caso, concluindo-se que esse domínio existe, importará partir para a análise da essencialidade da infra-estrutura que poderá determinar a verificação do outro elemento do tipo: o abuso. Assim, no presente caso, tendo em mente a imputação feita à arguida, o mercado relevante não é o mercado dos serviços de prestação de televisão por subscrição, internet de banda larga e telefonia fixa mas tão só o mercado de acesso a infra-estruturas para passagem de cabos para construção de redes de comunicações electrónicas. --

Este mercado (das infra-estruturas) foi balizado pela AdC da seguinte forma: ---

"O mercado do acesso a infra-estruturas para efeitos de passagem de cabos e infra-estruturas de redes de comunicações electrónicas é constituído pelo espaço em redes de condutas, postes ou outros meios, subterrâneos ou aéreos, susceptível de ser disponibilizado para passagem de cabos e instalação de infra-estruturas de redes de comunicações electrónicas (nomeadamente cabos de redes de televisão por subscrição)." (art. 107º). ---

"A oferta decorre dos detentores de infra-estruturas, incluindo condutas, com as características, nomeadamente de capilaridade e compatibilidade técnica, necessárias à instalação de cabos e de outras infra-estruturas de rede." (art. 108º).

"A procura corresponde às empresas com redes físicas de comunicações electrónicas, incluindo as operadoras de televisão por subscrição que pretendem efectuar a passagem de cabos próprios de forma a transmitir o sinal de televisão por subscrição até ao cliente final." (art. 110º). ---



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

A PTC, por sua vez, concorda com este enquadramento (cfr. art. 652º do recurso). ---

E, com efeito, é este o mercado do produto relevante, ou seja, tendo em vista a acusação feita à PTC, o mercado relevante é o do acesso a infra-estruturas para efeitos de passagem de cabos e infra-estruturas de redes de comunicações electrónicas, mercado que é constituído pelo espaço em redes de condutas, postes ou outros meios, subterrâneos ou aéreos, susceptível de ser disponibilizado para passagem de cabos e instalação de infra-estruturas de redes de comunicações electrónicas. ---

Como já se referiu, não é aqui relevante definir os mercados a jusante (isto é, os mercados da prestação de serviços de televisão por subscrição, telefonia fixa e internet de banda larga). Tais mercados podem relevar para aferir da existência de distorções à concorrência resultantes de um eventual abuso da posição dominante da PTC no mercado do acesso a infra-estruturas, isto é, para apurar se a actuação da PTC teve como objecto ou por efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência, não para apurar a sua posição dominante. ---

Determinado o mercado do produto há que determinar o mercado geográfico. ---

Entende a AdC que cada traçado relativo a cada conduta solicitada corresponde a um mercado relevante em termos geográficos, tendo os mercados a jusante (prestação de serviços de televisão por subscrição, internet de banda larga e voz) âmbito nacional. A PTC, se por um lado parece concordar com este entendimento, já que defende que a procura de modos alternativos para construção de rede deve ser analisada em relação a cada troço em causa nos autos, acaba por afirmar que o mercado geográfico é o nacional invocando o facto de a AdC, num outro processo (decisão 8/2006) ter concluído que o mercado das condutas tinha âmbito nacional e a circunstância de a segmentação do mercado colocar problemas insolúveis (que não identifica) na aplicação das regras da concorrência, conduzindo a que cada cliente fosse considerado um mercado. ---

Importa aqui, mais uma vez, delimitar a factualidade relevante. Por um lado, o âmbito geográfico dos mercados a jusante não releva nesta sede dado que aqui só importa o mercado do acesso a infra-estruturas para efeitos de passagem de cabos e infra-estruturas de redes de comunicações electrónicas, sendo os mercados a jusante importantes apenas para apurar do efeito anticoncorrencial da alegada infracção. ---

Por outro lado não pode aqui levar-se em linha de conta a posição que a AdC tenha tomado num outro processo, processo que o tribunal desconhece em absoluto (estando, pois, impedido de aquilatar da pertinência do alegado pela PTC e da eventual contradição de posições da AdC) e cuja decisão nem sequer foi junta aos autos. Acresce que, mesmo que a definição do mercado geográfico, nesse outro processo, seja diversa, daí não resulta necessariamente que haja uma contradição. De facto, "o alcance do mercado geográfico pode divergir consoante se trate da análise de uma operação de concentração, caso em que a mesma assume uma natureza sobretudo prospectiva ou da análise de um comportamento anterior. A diferença em termos de horizonte temporal considerado em cada caso pode conduzir à definição de mercados geográficos distintos para os mesmos produtos, consoante a Comissão examine uma alteração na estrutura da oferta como, por exemplo, uma operação de concentração ou uma empresa comum com carácter cooperativo, ou questões relacionadas com um determinado comportamento anterior." . --

Finalmente não se percebe o que pretende a arguida dizer quando afirma que segmentar o mercado colocaria problemas insolúveis na aplicação das regras da concorrência e levaria a que se considerasse cada cliente (qual cliente, o operador que procura as condutas ou o cliente final a quem é prestado o serviço de televisão por subscrição, internet de banda larga e telefonia fixa?) um mercado. ---

Ora o mercado geográfico a considerar, sendo neste ponto essencialmente relevante o ponto de vista da procura, é, de facto, tal como refere a AdC, o correspondente a cada troço de conduta. Os operadores que pretendem construir a sua rede numa determinada área geográfica desejam prestar os seus serviços nessa mesma área e não noutra qualquer. Logo, para esses operadores só são alternativas às redes da PTC as infra-estruturas que existirem nessa área, ou seja, a substituíbilidade tem de ser analisada localmente e não a nível nacional. ---

E esta conclusão é aliás a dado passo reconhecida pela PTC que refere "No que se prende com o mercado das condutas, é evidente que os operadores de comunicações electrónicas que estão presentes ou pretendem estar presentes em determinadas áreas geográficas e que desejam servir clientes nessas áreas através de uma rede de cabo não procuram condutas noutras áreas ou noutros municípios. Nesta óptica, as alternativas disponíveis para a passagem de cabos são representadas por redes de condutas com uma cobertura geográfica ou capilaridade semelhantes, e as alternativas para cada troço de uma rede de condutas são representadas apenas por extensões de infra-estrutura capazes de assegurar a mesma cobertura." (arts. 619º e 620º do recurso). ---



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

2

Definido o mercado importa apurar se a PTC tem nele (e só nele, não também nos mercados a jusante) uma posição dominante, para o que, repete-se, não releva saber se as suas infra-estruturas são um bem essencial.

Para se determinar o poder de mercado de uma empresa, sendo em função desse poder que é aferido o grau de dominância, há que lançar mão de critérios relativos à estrutura do mercado e da empresa em causa bem como, complementarmente, a critérios relativos ao comportamento da empresa. --

No âmbito dos critérios estruturais o indicador mais forte é o da quota de mercado absoluta detida pela empresa em causa. Como referem Immaculada Gutiérrez e Jorge Padilla "La cuota de mercado de una empresa proporciona información, desde un punto de vista estático, de la participación de dicha empresa en el conjunto del mercado en el que opera, medida habitualmente en términos de volumen de ventas o de unidades físicas comercializadas (producción) o comercializables (capacidad). La cuota de un operador ofrece cierta información sobre su posición en el mercado. Una cuota elevada revela que el operador ha cubierto buena parte de la demanda. Ello puede ser un indicador de que los clientes tienen unas alternativas de suministro limitadas y que, por lo tanto, dependen de él. En este sentido, la cuota suele ser interpretada como una proxy de poder de mercado y por ello se considera el punto de partida en una análisis de dominancia." . ---

A partir do já citado Ac. Hoffman-la-Roche instituiu-se uma presunção (ilidível) de que uma empresa que detenha uma quota de mercado elevada tem posição dominante (vários têm sido os arestos dos Tribunais de Primeira Instância e de Justiça que entendem que uma quota de mercado de 70%, 75%, 80% ou 90% são suficientes para que se considere que uma empresa tem posição dominante, não sendo então necessário analisar quaisquer outros factores – cfr. entre outros Ac. Hilti e Tetra Pak II - desde que essa posição se mantenha estável durante um período de tempo mais ou menos longo---

De igual modo é pacífico o entendimento de que uma empresa que detenha uma quota de mercado muito baixa não tem posição dominante (cfr. Ac. Metro II) . ---

Já quando a quota de mercado da empresa em causa se situar num ponto médio, nem muito alta nem muito baixa, então haverá que recorrer a outros factores, tais como o número e a dimensão dos seus concorrentes, sendo de concluir que a empresa tem posição dominante quanto maior for o número de concorrentes e menor a respectiva dimensão face à empresa em causa, sendo neste caso relevante a quota de mercado relativa da empresa (cfr. Ac. Uited Brands) . ---

Um outro critério estrutural a considerar é o da existência de barreiras à entrada, isto é, o grau de dificuldade de penetração de outras empresas no mercado em análise. "...uma empresa só logrará exercer poder de mercado, aumentando preços sem perda de vendas, se os seus potenciais concorrentes tiverem dificuldades em entrar no mercado relevante. Se, pelo contrário, a entrada for fácil, uma empresa que aumente os seus preços não conseguirá, em regra, manter a sua quota de mercado, perdendo vendas em benefício de novos entrantes." . ---

No caso presente será de concluir que a PTC tem uma posição dominante se não houver no mercado outra entidade detentora de uma infra-estrutura com as mesmas características da sua e com a mesma aptidão para a passagem dos cabos que as operadoras prestadoras de serviços a jusante procuram. Com efeito, se houver outras infra-estruturas aptas para o mesmo fim que constituam uma alternativa tal às infra-estruturas da PTC que a impossibilite de ditar as regras, designadamente de fixar os preços, sob pena de, caso suba os preços, os operadores preferirem as outras infra-estruturas, então ela não terá posição dominante. ---

No mercado aqui em causa não se apuraram quotas de mercado. A análise que a AdC faz das quotas de mercado é nos mercados a jusante e não no mercado aqui relevante. Não havendo possibilidade de recurso a este elemento como ponto de partida teremos que analisar os factos provados e verificar se dos mesmo resulta ou não a existência da posição de domínio. ---

Apurou-se que a rede básica de comunicações da PTC é uma infra-estrutura apta à passagem dos cabos que constituem a rede de comunicações electrónicas dos operadores que pretendem prestar serviços de televisão por subscrição, telefonia fixa e internet de banda larga por cabo. Apurou-se igualmente que a PTC tem a posse da (única) rede básica de telecomunicações, rede que foi construída quando vigorava ainda o regime de monopólio legal de prestação de serviços de telecomunicações, e que esta tem um âmbito nacional, o que significa que cobre as áreas geográficas correspondentes aos pedidos que lhe foram efectuados e que estão em causa nos autos. ---

Ficou provado que, em abstracto, há outras formas de construção de uma rede física apta à passagem de cabos para transmissão de sinal, ou seja, uma rede cabo. Com efeito, ficou demonstrado que a rede cabo pode ser construída noutras infra-estruturas diferentes das condutas da PTC, tais como condutas camarárias, postes da EDP, condutas próprias, cabodutos das empresas de gás e até fachadas.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA



Porém, ficou também demonstrado que as operadoras, designadamente a TvCabo, a Cabovisão e a Tvtel, têm parte significativa da sua rede construída nas infra-estruturas da PTC (condutas e postes), preferem as condutas da PTC a quaisquer outras infra-estruturas (assentando aliás o seu plano de negócios em construção da rede utilizando as infra-estruturas da PTC) e que a construção da rede numa única infra-estrutura implica menores custos de construção e manutenção (evitando os custos inerentes à interligação de condutas). ---

Demonstrado ficou ainda que as infra-estruturas da EDP (no caso postes de baixa tensão) e das empresas de gás (cabodutos construídos em paralelo a gasodutos) não têm uma cobertura nacional, sendo vários os municípios que não têm uns ou outros ou ambos. Significa isto que não se pode considerar que, de um modo geral e em abstracto as infra-estruturas da EDP e os cabodutos tenham a necessária "capilaridade" (entendida como o número de tubos e ramificações que uma determinada rede tem para oferecer, os quais podem então ser alugados ou usados para expandir essa rede) para permitir a construção de uma rede de comunicações electrónicas com âmbito nacional. -

Quanto às fachadas dos edifícios, é óbvio que nenhuma rede pode ser construída assente unicamente nas fachadas dado ser notório que não há edifícios ao longo de todos os troços ininterruptamente. ---

Por fim importa considerar ter ficado provado que a replicação total e absoluta das condutas da PTC não é uma alternativa dados os custos inerentes à mesma. A replicação pontual é uma alternativa mas a replicação de toda a rede não o é. ---

Em suma, a PTC é a única empresa a nível nacional que detém a rede básica de comunicações, infra-estrutura de âmbito nacional apta à passagem de cabos; não existe no mercado qualquer outra rede, com cobertura nacional, que reúna as características necessárias para construir uma rede nacional de comunicações electrónicas; não é viável do ponto de vista económico replicar na totalidade a rede da PTC; não existem outras infra-estruturas que tenham a mesma apetência e que sejam uma alternativa a nível nacional. ---

Assim, no mercado do acesso a infra-estruturas para efeitos de passagem de cabos e infra-estruturas de redes de comunicações electrónicas a PTC tem uma posição dominante, posição essa que se verifica em todo o território nacional dado a rede de condutas da PTC ser a única que tem essa cobertura geográfica. Por conseguinte e nesta medida, a PTC tem, efectivamente, dominância também nas concretas áreas geográficas em causa nos autos.---

*

c) Do abuso da posição dominante

A existência de uma posição dominante não é, em si mesma, anti-concorrencial. Se o domínio resulta do normal funcionamento do mercado no qual determinada empresa se destaca em virtude de ter um modelo de gestão mais racional e eficaz, não se prevalecendo da posição de domínio que tem para falsear a concorrência, impondo aos seus concorrentes condições que lhe são desfavoráveis e ou que se destinam apenas a fortalecer a sua posição de domínio e que na prática eliminem a concorrência, então temos o mercado a funcionar e não há lugar à intervenção do direito da concorrência. A existência de uma posição dominante não é, pois, em si mesma, condenável. ---

Sucedo que é relativamente fácil para uma empresa dominante impor-se não pelo seu "mérito" mas pela sua "força", ao que não é estranho o facto de grande parte das empresas dominantes em sectores chaves da economia serem empresas que, até há algum tempo atrás, detinham monopólios legais. Daí que seja defendido pela jurisprudência comunitária que as empresas dominantes têm uma responsabilidade acrescida na preservação da concorrência: ---

"... se a verificação da existência de uma posição dominante não acarreta por si mesma nenhuma censura em relação à empresa em causa, impõe-lhe porém, independentemente das causas dessa posição, a responsabilidade especial de não atentar, pelo seu comportamento, contra uma concorrência efectiva e não falseada no mercado comum. Do mesmo modo, se a existência de uma posição dominante não priva uma empresa nessa posição do direito de preservar os seus interesses comerciais próprios quando estes estiverem ameaçados, e, se essa empresa tem a faculdade, em termos razoáveis, de praticar os actos que julgue adequados à protecção dos seus interesses, esses comportamentos já não são, porém, admissíveis quando têm como objectivo reforçar essa posição dominante e abusar dela" (Ac. Irish Sugar)-

No caso dos autos a AdC entende que a rede básica de telecomunicações da PTC consubstancia uma infra-estrutura essencial já que sem o acesso à mesma as operadoras do serviço triple-play não podem prestar os seus serviços por a rede não ser susceptível de replicação em termos economicamente razoáveis e por não haver qualquer outra infra-estrutura com as características técnicas necessárias para o efeito. Embora não condenando a PTC directamente por tratamento diferenciado de concorrentes do mercado a jusante, ao



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

27

longo da decisão a AdC refere que a PTC tratou de modo mais favorável a CATVP, que à data estava integrada no grupo PT, e que com as recusas de acesso, pretendeu afastar as concorrentes da CATVP. ---

Nesta sede e antes de mais há que conhecer da questão invocada pela PTC relativa à não punibilidade da recusa de acesso às infra-estruturas essenciais antes da entrada em vigor da Lei 18/03. Entende a arguida que antes desta data, designadamente no domínio da vigência do Dec.lei 371/93, não era punida a recusa de acesso às infra-estruturas essenciais por a mesma não estar prevista no citado decreto lei, só tendo sido tipificada como violação à lei da concorrência com a Lei 18/03. Logo, a sua condenação no que às recusas que tiveram lugar antes da entrada em vigor da Lei 18/03 respeita viola o princípio da tipicidade. ---

A AdC discorda deste entendimento referindo que as recusas de acesso a infra-estruturas eram já uma forma de abuso de posição dominante no regime anterior, sendo certo que, então, não se exigia que estivessem em causa infra-estruturas essenciais, estando abrangidas todas e quaisquer infra-estruturas. No caso dos autos e por força do princípio da aplicação da lei mais favorável, entendeu a AdC que apenas deveriam ser sancionadas, ao abrigo do Dec.lei 371/93, as recusas de acesso nos casos em que a infra-estrutura fosse considerada essencial. ---

Analisemos. ---

Conforme já referido, o princípio da tipicidade, consagrado no art. 2º do RGCO (Só será punido como contra-ordenação o facto descrito e declarado passível de coima por lei anterior ao momento da sua prática), transpõe para o direito contra-ordenacional o princípio constitucional consagrado no art. 29º, nº 1, da Const. Rep. Portuguesa (Ninguém pode ser sentenciado criminalmente senão em virtude de lei anterior que declare punível a acção ou a omissão). ---

Deste princípio decorre que a lei não só tem que especificar quais os actos que são considerados ilícitos (i.e., os factos que constituem o tipo legal de crime) como as respectivas penas. Não pode, pois, a lei, descrever os tipos com fórmulas vagas ou incertas assim como não pode estabelecer penas indefinidas. Fica também, por força deste princípio, vedada a analogia. Este princípio exige, pois, a suficiente especificação do tipo, impedindo, por conseguinte, as definições vagas, incertas e insusceptíveis de delimitação. ---

Sobre este princípio dizem Jorge Miranda e José Pedrosa Machado que: "o princípio da legalidade criminal significa então que só a lei como acto da função legislativa pode criar infracções, considerar formalmente ilícitos e culposos certos comportamentos das pessoas, estabelecer tipos de crimes, fazer-lhes corresponder determinadas penalidades. Está em causa uma garantia formal total (que opera, pois, formalmente, tanto do prisma da constituição das normas como da respectiva hierarquização): só a lei, pois, e não o costume; só a lei, também, e não o regulamento". ---

São, pois, constitucionalmente ilegítimas as normas penais em branco no seu sentido próprio, ou técnico em que a delimitação dos comportamentos puníveis apenas se completa através da remissão para uma disposição de grau ou nível inferior. Nas palavras de Maria Fernanda Palma, afirma "A reserva de lei impede normas penais em branco com as inerentes consequências da proibição da analogia incriminadora e da definição do ilícito criminal por simples regulamentos". ---

Sucede que, no caso dos autos, o art. 3º do Dec.lei 371/93, sendo uma norma aberta, não é uma norma penal em branco. ---

Dispõe o citado artigo que: É proibida a exploração abusiva, por uma ou mais empresas, de uma posição dominante no mercado nacional ou numa parte substancial deste, tendo por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência, acrescentando o nº 4 que Poderá ser considerada abusiva, designadamente, a adopção de qualquer dos comportamentos referidos no nº 1 do artigo 2º. ---

Não estamos, pois, perante uma norma em branco mas antes uma norma aberta, ou seja, o legislador deixou em aberto esta norma legal, cabendo ao aplicador do direito integrar as condutas que nele cabem, à luz do princípio da legalidade. O legislador conformou o ilícito a partir do conceito de exploração abusiva, limitando-se a, no seu nº 4, exemplificar algumas situações em que se considera existir esse abuso, resultando esta conclusão evidente do emprego da expressão "designadamente" inserida no referido nº 4. Assim, qualquer conduta que integre o conceito de exploração abusiva está abrangida pelo tipo em análise. É certo que na previsão do art. 6º, da Lei 18/03 aparece expressamente prevista como situação passível de integrar o abuso de posição dominante a recusa de acesso a infra-estruturas. Mas daí não resulta que essa situação não pudesse anteriormente ser como tal considerada até porque também na nova lei a enunciação do art. 6º, nº 3, é meramente exemplificativa (conforme decorre do uso da expressão "designadamente").

Assim, há que concluir não assistir razão à arguida quando defende que no domínio da vigência do Dec.lei 371/93 a recusa de acesso a infra-estruturas não estava tipificada como abuso de posição dominante. ---

Nesta sede importa apurar desde logo se a rede da PTC é uma infra-estrutura essencial para quem pretende prestar serviços nos mercados a jusante - televisão por subscrição, internet de banda larga e telefonia fixa -



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

através de uma rede cabo. Para se poder concluir estar em causa uma infra-estrutura essencial teremos que ter assente que só a infra-estrutura em causa (no caso constituída por condutas e postes) permite a terceiros prestar os serviços de televisão por subscrição, telefonia fixa e internet de banda larga através de uma rede cabo, ou seja, que os cabos necessários para construir a rede só pela infra-estrutura da PTC podem passar, quer por não ser viável a sua replicação em termos economicamente razoáveis quer por não haver outra infra-estrutura apta à passagem dos cabos. Com efeito, só nesta situação poderemos concluir que uma recusa de acesso às condutas elimina ou restringe fortemente a concorrência nesse mercado e que, por conseguinte, constitui um abuso de dominância. ---

Num passo seguinte caberá analisar se os referidos serviços só podem ser prestados através de uma rede fixa (cabo) ou se há modos alternativos de os prestar, sempre dum ponto de vista economicamente razoável, caso em que a infra-estrutura poderá ser essencial para a passagem dos cabos mas não ser essencial para a prestação dos serviços aqui em causa. ---

Ficou provado que a passagem de cabos e infra-estruturas de redes de comunicações electrónicas é feita em condutas, postes ou outros meios, subterrâneos ou aéreos susceptíveis de ser disponibilizados para essa passagem e que os operadores de televisão por cabo procuram condutas e outros meios para colocação dos cabos das respectivas redes, tendo em vista a oferta de serviços nos mercados a jusante, da televisão por subscrição, telefone fixo e Internet de banda larga (triple-play). Ficou ainda assente que a PTC tem condutas em todo o território nacional, nas quais passam os cabos da rede básica de telecomunicações. ---

Não há, pois, dúvida que a PTC tem uma infra-estrutura apta à passagem dos cabos para construção de uma rede de comunicações electrónicas. Sucede que, no entender do Tribunal, não foi feita prova da essencialidade dessa infra-estrutura. Vejamos. ---

Desde logo a AdC apresenta algumas contradições no seu raciocínio. Não obstante referir que só considerou haver uma violação às leis da concorrência quando não havia alternativa às condutas/postes da PTC, ou seja, nos troços em que entendeu que só era possível construir a rede com acesso às mesmas, por outro lado analisa a viabilidade económica da replicação da rede à escala global e conclui que não é viável para um operador replicar a rede da PTC. Ora não é isso que está em causa nos autos. O que estava em causa era apurar se nos concretos troços a que a PTC não deu acesso era ou não viável, economicamente, a replicação das condutas (ou seja, se o pedido respeitava a uma célula e a recusa era parcial, o que havia que apurar era se na parte em que havia recusa era viável a construção de rede própria e não se essa viabilidade existia em relação a toda a célula). ---

Esta prova não foi feita. Não só não ficou provado que naqueles concretos troços a replicação não era viável como ficou provado que todas as operadoras constroem infra-estrutura própria, uma mais que outras, correspondendo a rede própria da Cabovisão a cerca de 50% de toda a sua rede de acordo com declarações de uma testemunha que trabalhou na empresa. Ora se todas as operadoras constroem infra-estrutura própria, pela qual passam os seus cabos, e que vai interligar às condutas da PTC, a postes da PTC e da EDP e às fachadas dos edifícios, não se percebe porque é que nos casos concretos em causa nos autos, 10 pedidos da Tvtel e 29 da Cabovisão, a construção de infra-estrutura própria não era uma alternativa economicamente viável, sendo certo que em vários dos pedidos a PTC concedeu acesso parcial e, por conseguinte, a construção de infra-estrutura própria não teria que corresponder a todo o traçado constante do pedido mas apenas à parte correspondente à recusa da PTC. --

A rede da PTC foi construída numa altura em que o sector das telecomunicações era um monopólio público e tem um âmbito nacional. Logo é manifesta a inviabilidade, para qualquer operador, de replicar toda a rede básica de telecomunicações da PTC e ficar em condições de concorrer no mercado. Mas, repete-se, não era esta a replicação que importava averiguar se era economicamente razoável. O que tinha que ter sido estudado era o preço da construção da infra-estrutura correspondente aos troços recusados e não o preço da construção de toda a célula. ---

A título de exemplo e relativamente aos pedidos da Tvtel, não se percebe a razão pela qual a AdC entende que a construção de infra-estrutura própria não era uma alternativa, designadamente no que concerne, por ex., aos pedidos T1-14 e T1-26 em que foi disponibilizada 74% e 72% da conduta solicitada e em que, por conseguinte, teria que ser construída infra-estrutura equivalente a menos de 30% do total da rede. Cabia à AdC explicar e provar a razão pela qual nestes casos, sabendo que em muitos outros as operadoras constroem infra-estrutura própria, não era economicamente razoável para a Tvtel construir a sua própria infra-estrutura ou não era possível tal construção por qualquer outra razão, designadamente por impossibilidade determinada pela edibilidade. ---

Acresce que, conforme referido a propósito da fundamentação da matéria de facto não provada, o estudo junto aos autos pela AdC para prova da inviabilidade económica da replicação das condutas (fls. 5678) não



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

R

é um estudo apto a servir de meio de prova. Por razões absolutamente incompreensíveis a AdC entendeu que a identidade do autor do estudo, que diz a AdC ser "uma empresa que opera nas actividades de projecto, construção, instalação e manutenção de redes de comunicações em Portugal", deveria ser ocultada por "motivos de segredo de negócio". Ora com este entendimento a AdC impede o Tribunal de tomar como boas as conclusões do referido estudo que, face à referência feita à actividade da empresa que o elaborou, pode até ter sido feito pela Cabovisão ou pela Tvtel, as duas queixosas. Impede ainda a AdC que o Tribunal leve em linha de conta com o estudo que a própria elaborou (fls. 5883) uma vez que o mesmo parte dos dados e conclusões do primeiro estudo. ---

Para além destes estudos a AdC sustenta a sua tese da inviabilidade de replicação das condutas da PTC nas próprias queixas apresentadas pela Tvtel e Cabovisão, sendo certo que as queixosas não apresentaram prova documental que permita ter como boas as suas conclusões nesta matéria. ---

Ficou, pois, por demonstrar este elemento fundamental para aferir da essencialidade das condutas da PTC nos casos concretos em causa nos autos. ---

Mas, e mesmo que tivesse ficado demonstrada essa irreplicabilidade das infra-estruturas da PTC (irreplicabilidade relativa aos troços concretos para os quais a PTC não deu acesso), seria ainda necessário provar que não havia outra alternativa para as operadoras construírem a sua rede cabo. Ora esta prova também não foi feita. ---

De novo é de ter em consideração que não se trata de apurar se há alternativas à construção de toda a rede das diferentes operadoras, questão que nem sequer se coloca dado ser pacífico que as operadoras usam recorrentemente e com especial incidência as infra-estruturas da PTC para construir a sua rede própria. O que cabia à acusação demonstrar era que não havia alternativa nos concretos troços em que a PTC recusou o acesso solicitado. ---

Na acusação refere-se que relativamente a todos os pedidos de acesso recusados pela PTC incluídos nos anexos I e II não havia alternativa. A prova dessa inexistência de alternativa não foi produzida. Conforme se referiu na fundamentação dos factos não provados, os postes da EDP e os cabodutos das empresas de gás são, em abstracto, alternativas às condutas/postes da PTC para a passagem dos cabos, assim como o são as condutas e postes camarários, nos municípios que os têm, podendo ainda os cabos passar nas fachadas dos edifícios. Mais, provou-se que sobretudo o uso de postes da EDP é muito frequente para a passagem dos cabos quer da Tvtel quer da Cabovisão e ainda da CATVP, ou seja, para além de ser uma alternativa em abstracto é-o também em concreto. Ora no que aos municípios da Maia, Gaia, Matosinhos e Porto respeita, ou seja todos os troços em que a Tvtel pediu acesso, não há qualquer informação nos autos sobre a existência (ou inexistência) de postes da EDP e a AdC nem sequer cuidou de perguntar à Portgás, empresa detentora da rede de gás no Grande Porto, se tinha cabodutos disponível e se nos mesmos era possível a passagem dos cabos da Tvtel. Daqui resulta que nem sequer se apurou se os postes da EDP e os cabodutos eram ou não alternativa, naqueles municípios, às condutas da PTC.---

Acresce que a própria AdC dá como provado que as operadoras de telecomunicações ONI, Novis, Colt, Jazztel (actual AR Telecom) e Vodafone têm redes de condutas próprias que coincidem geograficamente com parte dos pedidos T1-14, T1-17, T1-25, T1-17; T1-22 da tabela I, não esclarecendo a razão pela qual não eram estas redes alternativas sendo certo que o facto de o uso de diferentes infra-estruturas para a construção da mesma rede importar custos de instalação e manutenção acrescidos não significa que não seja uma alternativa economicamente viável (para além de não se saber qual é este diferencial de custo o uso recorrente por todos os operadores a várias infra-estruturas significa que continua a ser rentável a construção da rede nesses moldes). ---

Do que se apurou, apenas nos municípios de Alcobaça, Ílhavo (parte), Lagos, Montijo, Palmela e Portimão não havia postes da EDP nem cabodutos. Porém, e mesmos nestes, não ficou provado que nos concretos troços em questão os cabos não pudessem passar nas fachadas dos edifícios. ---

Importante aqui é ainda o facto de quer a Tvtel quer a Cabovisão, não obstante invocarem a imprescindibilidade das condutas da PTC relativamente a todos os pedidos em causa nos autos, terem acabado por construir a rede em alguns dos referidos troços com recurso a meios alternativos (não se apurou quais as infra-estruturas que usaram mas apenas que construíram a rede sem passar pelas condutas/postes da PTC) ou seja, mesmo em alguns dos casos que a AdC entende não haver alternativa, essa alternativa existiu. ---

Esta realidade deita por terra a ideia da essencialidade das infra-estruturas da PTC. Acresce que o próprio ICP-Anacom, na sua deliberação de 17 de Julho de 2004, ao referir que "em muitos casos as entidades ... deparam-se com dificuldades em replicar o investimento em condutas" reconhece que só em alguns casos



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

não é economicamente eficiente a replicação de condutas, ou seja, da própria deliberação do ICP-Anacom resulta que esta inviabilidade não é geral e abstracta. ---

Em resumo, provada a existência de alternativas em abstracto, provado que em alguns casos essas alternativas existiram em concreto e não provado que nos restantes casos as alternativas não existiam em concreto, o tribunal não pode considerar as infra-estruturas da PTC como essenciais para a construção da rede cabo das operadoras que pretende prestar os serviços de triple-play. ---

No que à existência de alternativas ao cabo para prestação dos serviços de televisão por subscrição, internet banda larga e telefonia fixa respeita, ficou demonstrado que não só é possível como é efectivamente usado por todos os operadores, em algumas zonas em que não é possível passar cabo em condutas ou postes por qualquer razão, um sistema misto em que parte da rede é suportada em cabos e parte em satélite, sendo que neste caso o serviço de televisão é prestado via satélite e os de internet de banda larga e de telefonia fixa sob ADSL, podendo ainda ser usada outra tecnologia de transporte de sinal via rádio. Este sistema misto é usado por todos os operadores por cabo, incluindo CATVP, Cabovisão e Tvtel, tendo todas as operadoras parte da sua rede construída por cabo e parte construída com este sistema misto, utilizando a oferta grossista de ADSL da PTC (foi referido por uma testemunha que cerca de 50% da oferta da Cabovisão assente neste sistema misto satélite e ADSL ocorre nas grandes cidades). A oferta grossista ADSL da PTC estava já disponível à data ---

De novo não foi feita prova de que tal possibilidade não fosse, em concreto nos troços aqui em causa, uma alternativa viável à passagem dos cabos nas condutas da PTC, quer em termos de existência de alternativa quer em termos de viabilidade económica da mesma. ---

Ora, havendo em abstracto formas alternativas de combinar o serviço de televisão por subscrição prestado via satélite com serviço de internet de banda e telefonia fixa, via ADSL ou rádio frequência, e não tendo ficado provado que fosse economicamente inviável combinar a rede por cabo com a rede por satélite acoplada a modos alternativos de transmissão de voz e internet de banda larga, como é feito por todos os operadores em diversas situações, não se pode concluir que os operadores ficaram impedidos de construir a sua rede nem, por conseguinte, que a rede as infra-estruturas da PTC são essenciais para a construção da mesma. ---

Seguindo o entendimento da própria AdC, só haveria infracção à lei da concorrência se as condutas/postes da EDP fossem considerados uma infra-estrutura essencial (cfr. art. 453º das alegações da AdC). Não provada essa essencialidade não fica demonstrado o abuso. Com efeito, não tendo ficado demonstrado que as operadoras que pretendiam prestar os serviços triple-play só o podiam fazer se construíssem a sua rede na infra-estrutura da PTC, também não ficou demonstrado que as concretas recusas da PTC limitaram o desenvolvimento e a expansão das redes dos operadores Cabovisão e Tvtel. Como se referiu na fundamentação dos factos não provados, essas recusas podem ter limitado o desenvolvimento da rede na conduta da PTC mas, não tendo ficado provado que não havia alternativa de construção da rede, não se pode concluir que limitaram o desenvolvimento e a expansão da rede das operadoras nem, consequentemente, que as referidas operadoras tenham perdido receita ou sofrido quaisquer outros prejuízos por facto imputável à PTC. Note-se que não está aqui em causa apurar se foi inviabilizada a construção da rede da Tvtel ou da Cabovisão nas infra-estruturas da PTC mas sim se foi inviabilizada a construção da sua rede. ----

Logo, não se pode afirmar que as recusas da PTC tenham provocado um dano concorrencial nas empresas Tvtel e Cabovisão ou na estrutura de mercado ou sequer que fossem aptas a provocar tal dano, ou seja, não se pode afirmar que tenha havido abuso de posição dominante. ---

Ainda que assim não fosse, i.e, mesmo que as condutas/postes da PTC fossem uma infra-estrutura essencial, só haveria uma prática lesiva se as recusas de acesso fossem injustificadas. Sobre esta questão e a propósito de um caso concreto a Comissão fez o seguinte enquadramento "Uma empresa que detém uma posição dominante no fornecimento de uma infra-estrutura essencial que ela própria também utiliza (isto é, uma instalação ou uma infra-estrutura sem acesso à qual os concorrentes não poderão prestar os serviços aos respectivos clientes) e que recusa a outras empresas o acesso a essa infra-estrutura sem justificação objectiva ou apenas o concede em condições menos favoráveis do que as reservadas aos seus próprios serviços, infringe o artigo (82), caso sejam preenchidas as restantes condições do referido preceito". ---

Ora também aqui a prova falhou na quase totalidade. Da prova produzida resultou que as respostas da PTC aos pedidos de acesso não eram explicativas. As empresas formulavam os pedidos numa "planta" da área geográfica à qual pretendiam o acesso e essas plantas eram devolvidas com um código de cores: era assinalada a uma cor a conduta a que era dado o acesso e a outra cor a que não era dado o acesso. ---



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

R

Diz a AdC que o acesso era recusado por falta de espaço disponível mas que afinal tal espaço existia conforme se veio a apurar, no caso da Tvtel, por, na sequência da providência cautelar por esta interposta, os cabos terem acabado por ser passados em parte substancial das condutas inicialmente recusadas. ---

Entende ainda a AdC que a PTC não tinha uma política geral e uniforme de gestão de espaço nas suas condutas e que havia falta de transparência nos critérios de acesso. Sucede que esta inexistência de critérios não ficou provada. Para além de, à data, não estar regulado o acesso à infra-estrutura da rede básica de telecomunicações, regulação que só surgiu com a Lei 5/2004 e com a ORAC que veio a ser elaborada posteriormente (a versão 2.2 datada de 15 de Novembro de 2006 - cfr. fls. 6129), ficou demonstrado pela prova testemunhal produzida que as necessidades de espaço vago variam em função de vários factores, designadamente no que concerne à reserva de espaço para expansão, sendo inquestionável que deve ser sempre mantido espaço para manutenção, espaço esse que, se não corresponder a um tubo vago deve pelo menos corresponder ao diâmetro do cabo de maior dimensão que passa nos tubos. ---

Logo daqui se retira que o facto de a Tvtel ter acabado por passar os seus cabos na sequência da decisão da providência cautelar não significa que as recusas de acesso tenham sido injustificadas. O facto de haver espaço suficiente para fazer passar um cabo cujo diâmetro é no máximo de 4 cm² não quer dizer que deva ser dado o acesso já que tal acesso pode impedir que fique disponível o espaço equivalente ao cabo de maior dimensão que passa no tubo e, nessa medida, impedir que fique disponível o espaço necessário para manutenção. Também não foi feita prova de qual o espaço físico que havia nos casos de recusa à Tvtel, se havia um ou mais tubos livres, se só havia um tubo que não estando livre estava com uma taxa de ocupação reduzida, etc. Aliás, importa referir que nesta sede apenas ficou provado que a Tvtel passou cabos depois da decisão proferida na providência cautelar e que não havia qualquer impedimento de natureza técnica a essa passagem. Ora destes factos não se pode retirar que o espaço que havia nas condutas em causa não era necessário para manutenção e/ou expansão, apenas se pode concluir que havia espaço disponível para a passagem do cabo da Tvtel. ---

Por outro lado a prova produzida permite ainda concluir que o facto de a PTC umas vezes dizer que precisava de espaço para manutenção, outras para expansão, outras para ambos os fins, não é contraditório nem equivale à inexistência de critérios gerais e uniformes. Há casos em que é necessário espaço para expansão e outros que não (depende da zona concreta, da maior ou menor proximidade às centrais, da maior ou menor probabilidade de surgimento de novas construções, etc.); há casos em que o espaço necessário para manutenção é menor (porque o cabo de maior dimensão que passa no tubo é pequeno) e há casos em que o espaço necessário para manutenção é maior (nos tubos à saída das centrais os cabos de cobre são muito maiores do que nos tubos junto às casas dos clientes). Para diferentes casos diferentes têm que ser as respostas. Também a circunstância de a PTC não informar os operadores dos seus planos de expansão é aqui irrelevante (sendo certo que não havia qualquer determinação que lho impusesse), não se podendo daí retirar que inexistia qualquer plano de expansão. ---

Ainda a propósito dos pedidos da Tvtel (que foram dez) entendeu a AdC estarem em causa 20 recusas, considerando que a PTC "reiterou" as recusas ao não dar acesso na sequência do pedido formulado na providência cautelar. Tal entendimento não pode ser acolhido. Os pedidos da Tvtel em relação aos quais a PTC recusou o acesso às suas condutas são dez. O facto de a Tvtel ter voltado a pedir o acesso aos mesmo troços em sede de providência cautelar e de a PTC ter deduzido a sua oposição e ter mantido a recusa até ser proferida decisão final, não faz com que tenha voltado a recusar o acesso. O que a PTC fez foi manter a recusa e não recusar de novo, não podendo em caso algum aceitar-se o entendimento da AdC sob pena de, na prática, se estar a considerar o exercício de um direito (no caso o de deduzir oposição numa providência cautelar) um acto ilícito. Assim, nunca poderia a PTC ser condenada por recusar duas vezes os mesmos pedidos, isto é, nunca se poderia considerar que o facto de ter deduzido oposição na providência cautelar (a AdC refere ainda o não ter transigido e o ter interposto recurso da decisão) equivalia a uma nova recusa. ---

Regressando à argumentação relativa às recusas, a AdC, a vários passos da sua decisão, invoca as obrigações que advieram à PTC da ORAC, que à data não estava em vigor, pretendendo com isso justificar a ilicitude da actuação da PTC. Parece, porém, esquecer-se que essa mesma ORAC prevê que a PTC reserve para si própria 80% do espaço total da conduta e, mesmo dos restantes 20%, restrinja o acesso a terceiros se necessitar do espaço para satisfação das suas obrigações relativas à prestação do serviço universal (cfr. ponto 3.3 da ORAC - fls. 6141). Ou seja, a ORAC veio dar razão à PTC quando este alega que precisa de reservar espaço para expansão (como forma de garantir o cumprimento das obrigações que lhe são impostas por ser a concessionária do serviço de telecomunicações). --

Em suma, não foi feita prova de que as recusas de acesso eram injustificadas. ---



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

R

Resta a questão dos tempos de resposta aos pedidos de acesso que eram formulados pelos operadores. Também a este propósito a AdC invoca as obrigações impostas à PTC na ORAC. ----

Não há dúvida que por força da ORAC a PTC passou a estar obrigada a responder em prazos (15 dias) que nada têm a ver com aqueles que se verificaram nas recusas em apreciação. Mas também é certo que os pedidos têm hoje que ter uma dimensão definida: 20 troços de conduta sendo que um troço corresponde ao conjunto de condutas entre duas caixas de visita - cfr. ponto 4.2 da ORAC, fls. 6143 - ou seja, 20 troços abrangem, no máximo, 40 caixas de visita. Ora esta dimensão é substancialmente diversa daquela a que correspondiam os pedidos formulados pelos operadores, designadamente os pedidos da Tvtel, que solicitava acesso para mais do que uma célula, sendo certo que cada célula inclui mais de uma centena de caixas de visita, o que significa que os pedidos de acesso para um célula correspondiam a pelo menos 50 troços. Havendo casos em que a Tvtel pedia acesso para 5 células, ou seja, para 250 troços, é manifesto que não se pode comparar o tempo necessário de resposta com aquele que está hoje previsto na ORAC, como faz a AdC. ---

Significa isto que sendo incontestável que a PTC, a partir de dada altura, começou a atrasar as suas respostas, o certo é que a dimensão dos pedidos faz de algum modo diluir o "excesso" de tempo de resposta. O certo é que estes atrasos, por si só, nunca seriam aptos a sustentar uma condenação por abuso de posição dominante, sendo certo que não ficou provada a existência de qualquer tratamento diferenciado entre a CATVP e os restantes operadores, seja no regime de cedência de espaço na rede primária (no qual a PTC não autorizava nenhum operador a instalar cabo, fornecendo ela própria o serviço de transmissão de sinal), seja nos preços do aluguer da conduta ou da transmissão do sinal, seja até no tempo de resposta aos pedidos, tendo a PTC demonstrado que também aos pedidos da CATVP (pelo menos a alguns) respondia com atraso. ---

Por outro lado, os atrasos nas respostas só poderiam equiparar-se a recusas, como entende a AdC, se tivesse ficado provado que as operadoras pretendiam fazer a construção logo que obtida a resposta da PTC e que, por conseguinte, a falta de resposta as impedia de exercer a sua actividade, causando-lhe prejuízo designadamente por os impedir de angariar clientes. Sucede que esta prova não foi feita, tendo sido referido por várias testemunhas que nem sempre a construção se iniciava logo que concedido o acesso, demorando por vezes meses entre a concessão do acesso e o início da construção; que por vezes os operadores desistiam da construção (não estando estabelecida qualquer relação entre essa desistência e o atraso na resposta); que muitas vezes pediam o acesso mas estavam a construir noutros locais pelo que o atraso não era causador de danos, razão pela qual nuns casos insistiam pela resposta noutros não. Não pôde, pois, o tribunal concluir que os atrasos nas respostas corresponderam a verdadeiras recusas por as operadoras terem ficado impossibilitadas de construir a sua rede durante todo o tempo que ficaram a aguardar pela resposta e, nessa medida, sofrido prejuízos. ---

Acresce que não foi feita qualquer prova de que essas recusas foram intencionais, ou seja, que a AdC recusou o acesso com intenção de impedir a construção da rede ou com intenção de permitir à CATVP construir primeiro a sua rede, ou sequer se nos locais onde a PTC recusou o acesso já a CATVP estava a operar ou pretendia fazê-lo. Significa isto que não se provou que, com o atraso na resposta, pretendesse a PTC obter para si ou para uma outra empresa do grupo qualquer benefício ou vantagem.

Por último diga-se que o argumento de a CATVP ter cablado o Grande Porto em dois anos é aqui irrelevante dado que foi a PTC quem fez o projecto de rede da CATVP. Ora tendo o projecto sido construído pela PTC, a construção propriamente dita não tinha porque não ser rápida já que em rigor não era necessário pedir o acesso à conduta (e esperar que a PTC fosse verificar se havia conduta disponível) mas apenas informar que ia ser construído um determinado troço que a própria PTC já tinha previamente "autorizado" ao fazer o projecto. ---

Em síntese, não se provou que a PTC seja detentora de uma infra-estrutura essencial para a construção por operadores de comunicações electrónicas de uma rede cabo que permita a prestação de serviços de televisão por subscrição, internet de banda larga e telefonia fixa, não se provou que os serviços referidos só por uma rede cabo possam ser prestados e não se provou que a PTC tenha recusado o acesso aos troços em causa nos autos de modo injustificado e/ou discriminatório. Logo, não se provou que ao recusar o acesso aos troços referenciados nos autos a PTC tenha de algum modo impedido os operadores, designadamente a Tvtel e a Cabovisão, de construir e expandir a sua rede. Em suma, não se provou o alegado abuso de posição dominante. ---

Em conclusão, não tendo ficado provado o preenchimento de todos os elementos do tipo contra-ordenacional cuja prática vinha imputada à PTC deverá a mesma ser absolvida. ”



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Os argumentos aduzidos pelo Tribunal *a quo* para fundamentar a absolvição da arguida “PT Comunicações S.A.” da prática das contra-ordenações p. e p. pelos artigos 3º do Decreto-Lei nº 371/93 de 29 de Outubro, 6º da Lei 18/2003 de 11 de Junho e 102º do Tratado de Lisboa, **não nos merecem qualquer censura.**

Esta Relação não pode senão subscrever as razões aduzidas na sentença recorrida em desabono da tese perfilhada pela Recorrente. A explicação fundamentadora da absolvição é de tal modo detalhada e analítica, ponto por ponto, argumento por argumento que, além de merecer a nossa total concordância a merece elogiosamente pela profundidade e seriedade nela recolhidas.

Donde que, em conclusão, **nenhum** reparo merece o enquadramento jurídico da factualidade apurada, feita na decisão jurisdicional ora sob recurso.

Nesta conformidade, dando-se aqui por reproduzida a fundamentação constante daquela decisão, nos termos do artº 425º nº 5 do CPP julga-se **improcedente** o recurso.

DECISÃO

Nestes termos, acordam os juízes deste Tribunal da Relação de Lisboa em negar provimento ao recurso interposto pela Recorrente, mantendo intocada a decisão recorrida.

Custas a cargo da Recorrente.

Taxa de justiça: 7 (sete) UCs.

Lisboa, 20. 12. 2010

ANIA MARGARIDE BACELER.