

PARTILHA DE REDES DE COMUNICAÇÕES ELETRÔNICAS



Autoridade da Concorrência

Dezembro de 2012

Índice

1	Introdução	3
2	Partilha de infraestruturas de comunicações eletrónicas	3
3	Avaliação jusconcorrencial da partilha de redes	5
3.1	Principais benefícios	5
3.2	Potenciais efeitos anticoncorrenciais	8
3.3	Avaliação de acordos de cooperação	13
3.4	Avaliação de <i>joint ventures</i>	15
4	Partilha de redes móveis	17
4.1	Partilha de infraestrutura de rede passiva.....	18
4.2	Partilha de infraestrutura de RAN	19
4.3	Partilha de espetro radioelétrico.....	20
4.4	Formas mais aprofundadas de partilha	20
4.4.1	MVNO.....	20
4.4.2	Outras formas de partilha aprofundada	21
4.5	Itinerância nacional	21
5	Partilha de novas redes de acesso fixas	22
5.1	Coinvestimento em infraestrutura	23
5.1.1	Desenvolvimento de infraestrutura comum	23
5.1.2	Desenvolvimento complementar de infraestrutura	24
5.2	Acordos voluntários de acesso à infraestrutura.....	25
6	Prática decisória europeia	26
6.1	Acordos de cooperação	27
6.1.1	O2 UK Limited/T-Mobile UK Limited.....	27
6.1.2	T-Mobile Deutschland/O2 Germany.....	27
6.1.3	P4/Polkomtel	28

6.2	<i>Joint ventures</i>	29
6.2.1	Everything Everywhere	29
6.2.2	Telia Denmark/Telenor	29
6.2.3	SUNAB	31
6.2.4	3GIS	31
6.2.5	Net4Mobility.....	32
6.2.6	Reggefiber	32
6.2.7	NetWorks!	34
7	Conclusão	34
	Apêndice I – Enquadramento regulamentar	36
	Apêndice II – Glossário.....	41

Índice de figuras

Figura 1: Principais tipos de partilha de infraestrutura de rede móvel	17
Figura 2: Partilha de sítios/mastros	18
Figura 3: Partilha da RAN básica	19
Figura 4: Formas mais aprofundadas de partilha	21
Figura 5: Partilha de infraestrutura de rede fixa	22
Figura 6: Arquitetura multifibra vs. monofibra	25

1 Introdução

A partilha de infraestrutura de rede de comunicações eletrónicas tem vindo a tornar-se cada vez mais relevante, em face da crescente celebração deste tipo de iniciativas pelos operadores e prestadores de serviços.

Portugal não é alheio a esta tendência, verificando-se que, para além da partilha de sítios e mastros pelos operadores de comunicações móveis, a Optimus-Comunicações, S.A. (Optimus) e a Vodafone Portugal, Comunicações Pessoais, S.A. (Vodafone), celebraram, em 2010, um acordo de prestação recíproca de serviços sobre as respetivas redes de fibra.

A principal motivação para a celebração deste tipo de iniciativas de partilha prende-se com a possibilidade de diminuir a exigência financeira numa perspetiva individual, na medida em que permite evitar a duplicação de investimentos e alcançar uma redução das despesas de exploração. Acresce que o contexto de crise económica, que determina a existência de dificuldades de acesso ao mercado de capitais e, conseqüentemente, de obtenção de financiamento, é igualmente potenciador deste tipo de parcerias.

Deste modo, releva enquadrar jusconcorrencialmente estas parcerias, antecipando possíveis notificações dos mesmos à Autoridade da Concorrência (AdC). Na secção 2, identificam-se as principais categorias de partilha de infraestruturas de comunicações eletrónicas e na secção 3 descrevem-se as metodologias de avaliação jusconcorrencial, incluindo uma síntese dos principais benefícios e dos potenciais efeitos anticoncorreciais. Nas secções 4 e 5, tipificam-se as principais formas de partilha de redes móveis e de redes fixas, respetivamente. Na secção 6, apresenta-se a prática decisória europeia mais relevante sobre esta matéria. Finalmente, na secção 7, conclui-se.

2 Partilha de infraestruturas de comunicações eletrónicas

A partilha de infraestruturas de comunicações eletrónicas visa, em muitos casos, o desenvolvimento de nova infraestrutura de rede, seja por uma das partes, que depois dá acesso à sua contraparte, ou por ambas as partes, para uma exploração conjunta. Desta forma, é possível partilhar as exigências financeiras associadas aos investimentos realizados.

Alternativamente, com o objetivo de reduzir as despesas de exploração, de alcançar maior cobertura geográfica, entre outros, duas ou mais empresas podem realizar parcerias visando a partilha de infraestruturas já existentes, eventualmente eliminando aquelas que se tornam redundantes.

A partilha de infraestrutura pode assumir diversas formas legais que se podem, genericamente, categorizar em:

- (i) acordos de cooperação de médio/longo-prazo; ou

(ii) *joint ventures* (também denominadas por empresas comuns).

*Acordos de
cooperação*

Os acordos de cooperação têm uma natureza puramente contratual, não prevendo a constituição de uma nova entidade, tendo apenas por objeto a partilha de rede já existente ou a desenvolver.

Em geral, através de um acordo de cooperação, uma parte concede à sua contraparte o acesso à sua infraestrutura de rede (ou a elementos desta), mediante uma remuneração por unidade de produção ou de utilização do ativo, e por um período de tempo, previamente especificado, frequentemente correspondente ao período de vida útil do ativo em causa. Esta remuneração pode, em alternativa, ter como base o compromisso com um determinado volume da aquisição ou o pagamento de um valor fixo à cabeça.

Esta partilha pode ser unilateral, em que apenas uma das partes se assume como concedente de acesso e a outra como utilizadora, ou recíproca, prevendo a prestação mútua de serviços (e.g. em diferentes áreas geográficas).

Joint ventures

As *joint-ventures* correspondem a formas estruturais de cooperação entre as partes, implicando a constituição de uma entidade controlada conjuntamente, mas legalmente independente das empresas que a constituem. A participação de cada uma das partes na *joint-venture* não é necessariamente igualitária, traduzindo o poder de decisão de cada uma delas.

As *joint ventures* podem ser de dois tipos, na medida em que visem, ou não, a criação de uma empresa de pleno exercício. As *joint ventures* de pleno exercício realizam todas as funções de uma entidade económica autónoma, à semelhança de outras entidades que operam no mesmo mercado, incluindo a gestão quotidiana das operações, tendo acesso a recursos suficientes ao nível do financiamento, colaboradores e ativos tangíveis e intangíveis, por forma a conduzir, numa base duradoura, as atividades de negócio na área que presidiu à sua constituição. Estas *joint ventures* podem ainda ter como objecto ou efeito a coordenação do comportamento concorrencial de entidades que se mantêm independentes.

Alternativamente, as *joint ventures* podem ser de curta duração ou contemplar apenas a realização limitada de funções no contexto da atividade de negócio das empresas que a constituem, por exemplo, na área da I&D, da produção, da distribuição ou vendas.

No setor das comunicações eletrónicas a constituição de *joint ventures* pode visar, por exemplo, o coinvestimento numa nova infraestrutura de rede ou a gestão, manutenção e exploração dos ativos partilhados.

Refira-se que este tipo de parcerias pode ser estabelecido entre empresas de diferente natureza. No caso do setor das comunicações eletrónicas são potenciais participantes empresas que detêm redes de comunicações eletrónicas (móveis ou fixas, independentemente da tecnologia), detentores de infraestrutura civil (por via da propriedade de outro tipo de redes, tais como a rede elétrica, a rede ferroviária e a rede de saneamento) e investidores financeiros.

De salientar que qualquer uma das formas de partilha, para além da sua intrínseca natureza horizontal, pode contemplar aspetos de natureza vertical, nomeadamente relacionados com a venda de capacidade a empresas não participantes na iniciativa.

Finalmente, a partilha de infraestruturas de comunicações eletrónicas pode ainda resultar de disposições legais ou regulamentares. Com efeito, os operadores com Poder de Mercado Significativo são obrigados a disponibilizar ofertas grossistas de acesso às suas redes (e.g. ofertas de *bitstream* e de desagregação do lacete local), existindo ainda legislação que determina, por exemplo, a partilha de condutas, postes e cablagem de edifícios. Estas formas de partilha não são, no entanto, objeto do presente documento, uma vez que não resultam de acordos voluntários entre as partes. Para uma resenha da legislação e regulação aplicável no caso português confira o Apêndice I – Enquadramento regulamentar.

3 Avaliação jusconcorrencial da partilha de redes

3.1 Principais benefícios

A prestação de serviços de comunicações eletrónicas caracteriza-se por exigir investimentos avultados no desenvolvimento e gestão das redes que os suportam, optando cada vez mais as empresas por estratégias de negócio baseadas na partilha de infraestruturas, dados os benefícios inerentes a estas estratégias.

Racionalização de investimentos A constituição de *joint ventures* permite que a contribuição de cada operador para o investimento total seja menor, traduzindo-se numa maior racionalização dos investimentos realizados e evitando a sua duplicação ou redundância. No caso de acordos de cooperação, a racionalização dos investimentos é alcançada por via da não sobreposição dos mesmos, por exemplo a nível geográfico ou de hierarquia de rede. Em ambos os casos, as parcerias podem traduzir-se numa maior eficiência, assim como evitar uma maior degradação da situação financeira das partes envolvidas.

Economias de custos

A partilha de infraestrutura pode permitir, por outro lado, a realização de poupanças em termos de economias de custos e evitar a duplicação de alguns custos da exploração.

De facto, a partilha, ao traduzir-se na concentração, ainda que parcial, da produção sobre uma mesma infraestrutura, pode permitir tirar partido das economias de escala resultantes de custos médios decrescentes. Podem também verificar-se ganhos associados a economias de gama resultantes da produção de um leque mais alargado de serviços sobre uma mesma infraestrutura.

Partilha de risco

Estas iniciativas possibilitam também a partilha do risco relativo ao retorno futuro dos investimentos realizados, fator particularmente relevante num setor como o das comunicações eletrónicas, caracterizado por uma contínua inovação e um elevado grau de incerteza relativamente à adesão da procura aos novos serviços.

No caso de acordos de cooperação, a parte concedente assegura uma remuneração pela utilização dos seus ativos de rede por um período de tempo pré-estabelecido e, em geral, longo, enquanto no caso de *joint ventures* as empresas repartem entre si os riscos de investimento de acordo com o peso da sua participação na nova entidade.

Celeridade e maior cobertura geográfica

A partilha de infraestrutura de rede pode ainda permitir o desenvolvimento mais célere de redes de comunicações eletrónicas e o fornecimento de serviços inovadores ou em regiões em que o investimento não seria à partida viável, alargando o leque de potenciais clientes. Note-se que um investimento pode tornar-se viável quando partilhado, na medida em que duas empresas têm, em princípio, maior capacidade para captar clientes do que apenas uma empresa, aumentando assim o potencial de receitas que é possível obter em resultado do investimento.

Inovação e qualidade de serviço acrescida

Acresce que, conjuntamente, as empresas podem ter a capacidade para investir em melhores tecnologias de produção, ou para conjugar *know-how*, através da troca de informação, o que pode traduzir-se em processos produtivos mais eficientes e na oferta de serviços mais sofisticados e com melhor qualidade.

Benefícios fiscais

Do ponto de vista fiscal, e no caso concreto de *joint ventures*, a constituição de parcerias pode ser igualmente vantajosa para as empresas, na medida em que existam contextos fiscais mais favoráveis à propriedade de ativos, comparativamente ao seu aluguer.

*Diminuição das
barreiras à
entrada*

A partilha de infraestrutura de rede pode também traduzir-se numa concorrência acrescida, na medida em que possibilita a entrada no mercado, ou em determinadas regiões geográficas, de empresas de menor dimensão ou de menor capacidade financeira, e que noutras circunstâncias mais dificilmente o poderiam fazer.

Em particular, e no que às redes móveis diz respeito, a partilha pode ainda ter uma vantagem adicional relacionada com o espectro radioelétrico. A escassez deste recurso, que restringe a sua utilização a um conjunto limitado de empresas, pode ser minorada, por exemplo, através da constituição de uma *joint venture* para participação num leilão de espectro, ou por via da celebração de um acordo para partilha do mesmo entre o detentor dos direitos de utilização de frequências e um terceiro.

*Benefícios para os
consumidores*

As iniciativas de partilha podem traduzir-se igualmente em benefícios para os consumidores, em particular, para aqueles que habitam regiões geográficas que à partida não seriam servidas (pelo menos no curto/médio prazo), por não serem tão interessantes do ponto de vista económico ou em que apenas um número muito limitado de operadores tinha capacidade para investir.

Assim, estas parcerias podem permitir aos consumidores o acesso a novos serviços, ou a serviços de qualidade acrescida, no território coberto pelas mesmas.

A presença de um maior número de empresas ativas no mercado, para além de representar uma maior possibilidade de escolha para o consumidor, pode ainda traduzir-se numa redução do nível de preços em resultado de uma eventual maior intensidade concorrencial em termos de serviços.

Esta redução no nível de preços pode, adicionalmente, ser atingida como consequência das poupanças de custos discutidas *supra*, em particular se estas se verificarem em termos de custos variáveis. De facto, é mais provável que economias a nível dos custos variáveis sejam repercutidas nos consumidores, sob a forma de preços mais baixos, do que reduções nos custos fixos, que apenas se consideram poder produzir efeitos sobre os preços no longo-prazo.

*Efeitos ambientais
e de saúde*

O impacto ambiental das infraestruturas de redes de comunicações eletrónicas pode também ser minorado como resultado da partilha das mesmas. Por exemplo, ao invés do desenvolvimento de múltiplas redes, com recurso, por exemplo, a várias torres e antenas em localizações muito próximas, no caso das redes móveis, o mesmo equipamento de rede pode ser partilhado por vários operadores. No caso da partilha de

infraestruturas de construção civil (e.g. condutas), é possível evitar múltiplas intervenções ao nível do solo e subsolo. Desta forma, o ordenamento urbano é melhorado e as preocupações com a saúde pública minimizadas, eventualmente com efeitos de reputação positivos para as empresas.

3.2 Potenciais efeitos anticoncorrecionais

As iniciativas de partilha de infraestrutura de rede celebradas entre concorrentes atuais ou potenciais, sem prejuízo dos potenciais benefícios identificados na secção 3.1, podem conduzir a restrições da concorrência entre os participantes.

De facto, dependendo das características da parceria, esta pode assegurar a manutenção de concorrência efetiva entre as partes, se lhes garantir suficiente independência, ou conduzir a situações menos competitivas, por exemplo, nos casos em que se verifique coordenação de comportamentos e/ou encerramento de mercados.

Redução da concorrência pela infraestrutura

Um efeito imediato de iniciativas de partilha é a diminuição do número de infraestruturas alternativas para a prestação de serviços de comunicações eletrónicas. Com efeito, duas ou mais empresas passam a prestar serviços apenas sobre uma rede, pelo menos em algumas áreas geográficas, possivelmente com a mesma capacidade, velocidade de transmissão, qualidade, ou mesmo um plano de radiofrequências comum.

Os potenciais benefícios da concorrência pela infraestrutura, relacionados com uma maior flexibilidade na definição das características e tipos de serviços oferecidos, podem ser, por via da parceria estabelecida, restringidos, em particular em áreas onde a implantação de redes concorrentes se justifique claramente a nível económico. Os efeitos são menos graves em áreas de importância comercial secundária e, em especial, em áreas rurais.

Incentivos à coordenação

Em termos gerais, estas parcerias podem constituir um incentivo à adoção de comportamentos coordenados, da qual resulte o alinhamento dos níveis de produção, da qualidade de serviço, dos preços praticados ou de outras características relevantes em termos concorrecionais, em prejuízo dos consumidores.

A manutenção deste tipo de comportamentos não é, no entanto, fácil de assegurar, na medida em que as empresas são livres para fixar os seus preços, tendo um incentivo ao desvio unilateral da ação colusiva, sempre que tal lhes permita aumentar os seus lucros.

Neste sentido, a manutenção de um acordo ou prática concertada apenas será viável mediante a existência de três elementos:

- (i) capacidade de estabelecimento dos termos de coordenação;
- (ii) estabilidade interna, ou seja, possibilidade de deteção atempada de comportamentos desviantes face à ação colusiva, assim como de penalização desses mesmos comportamentos;
- (iii) estabilidade externa, i.e., ausência de capacidade de terceiras empresas para desestabilizar o acordo.

Existem características do mercado que podem favorecer a adoção e manutenção de práticas concertadas por parte das empresas, nomeadamente, um reduzido número de empresas, um elevado nível de concentração, a presença de barreiras à entrada significativas, um elevado grau de simetria (quotas, estrutura de custos, etc.), uma elevada transparência, a existência de ligações entre as empresas e contactos em diferentes mercados, entre outros.

(i) interdependência entre as partes A probabilidade de adoção de comportamentos colusivos como resultado de uma iniciativa de partilha de infraestruturas depende da natureza e do teor do mesmo, sendo tanto maior quanto mais significativa for a interdependência das partes resultante deste.

Com efeito, estas parcerias supõem a criação de ligações entre as empresas que os celebram, assim como o aumento da frequência de interações entre estas. Estes fatores são ambos potenciadores da adoção de comportamentos coordenados na medida em que favorecem a capacidade de estabelecimento dos termos da coordenação e a deteção de eventuais desvios.

De salientar ainda que a restrição da concorrência pode verificar-se mesmo que as partes comercializem os serviços de forma independente. De facto, coordenando as empresas as suas ações num nível inicial da cadeia de produção, ou seja, nas decisões de investimento ou de exploração, a capacidade para estender essa coordenação para níveis superiores do ciclo de produção, ou para outros mercados, é mais elevada.

(ii) custos partilhados A existência de custos partilhados, como resultado da parceria, potencia também a coordenação de comportamentos. Quanto maior a percentagem dos custos partilhados nos custos totais, maior a simetria ao nível da estrutura de custos. Tal favorece a coordenação de comportamentos na medida em que facilita a determinação dos termos da mesma (e.g. preço retalhista ou áreas de atuação), assim como a deteção de eventuais comportamentos desviantes.

Este efeito é tanto mais importante no caso em que os custos partilhados são custos variáveis, determinantes para a fixação dos preços finais. Neste contexto, esquemas de remuneração que transformam custos fixos em custos variáveis (e.g. ao fazer depender da quantidade produzida a contribuição de cada uma das partes para os custos fixos de uma *joint venture*) são potencialmente prejudiciais.

(iii) troca de informação

A troca de informação entre as partes exigida pela realização de parcerias, para além de poder reduzir a independência do comportamento destas no mercado, pode também favorecer a adoção de comportamentos colusivos.

Com efeito, mais facilmente as empresas podem chegar a um entendimento comum relativamente às condições da coordenação através do intercâmbio de informações, por exemplo, por via do aumento da transparência no mercado, da redução da sua complexidade, do amortecimento dos efeitos da instabilidade na procura ou nos custos, ou da compensação das assimetrias.

A troca de informação permite ainda às empresas envolvidas controlarem os desvios à coordenação, aumentando a estabilidade interna de um eventual comportamento colusivo no mercado.

Note-se, contudo, que o impacto da troca de informação depende da forma como a informação trocada afeta as características do mercado, nomeadamente a transparência, e da própria natureza dessa informação. Se o mercado é à partida muito transparente, trocas de informação adicionais não têm um efeito significativo. Caso contrário, o impacto deste incremento na transparência pode fomentar a adoção de comportamentos colusivos.

A probabilidade de adoção de comportamentos colusivos é maior caso a informação trocada assuma uma natureza estratégica relacionada com preços, listas de clientes, capacidade, qualidade de serviço, custos de produção, rentabilidade, planos de marketing e de I&D.

Os comportamentos colusivos são também mais prováveis quanto maior a frequência das trocas de informação e o nível de detalhe da mesma. Uma troca de informação frequente e numa forma desagregada torna mais fácil a monitorização constante do mercado e a identificação da informação referente a cada empresa, facilitando a sustentação de entendimentos comuns e a deteção de potenciais desvios.

De igual forma, o período temporal a que a informação se reporta condiciona estes incentivos, dado que trocas de informação sobre planos futuros são mais suscetíveis de fomentar a coordenação do que

informação de natureza histórica, na medida em que as primeiras fornecem uma indicação sobre o comportamento futuro dos concorrentes.

O intercâmbio de informação confidencial, por oposição a dados de natureza pública, aumenta, igualmente, a probabilidade de um comportamento colusivo. Acresce que se a informação trocada entre as partes for efetuada de forma privada, mais dificilmente as entidades não participantes no intercâmbio, designadamente os concorrentes e os compradores, podem reagir e limitar o efeito restritivo da mesma.

(iv) eliminação de concorrência potencial Realce-se, por fim, que por vezes a realização destas parcerias pode ter como objetivo a eliminação da concorrência potencial. Quando uma empresa se apresenta como um potencial concorrente em mercados de serviços de comunicações eletrónicas, uma empresa instalada pode ter incentivo para encetar uma iniciativa de partilha com esta de forma a evitar a sua entrada enquanto concorrente autónomo, com uma infraestrutura própria. A eliminação deste potencial entrante enquanto concorrente autónomo reforça a estabilidade externa de eventuais comportamentos coordenados.

Efeitos unilaterais por internalização de perdas No caso da criação de uma *joint venture*, podem ainda existir efeitos unilaterais resultantes da alteração da estratégia das partes relativamente às suas restantes participações no mercado, que se podem traduzir, por exemplo, num aumento de preços. Com efeito, no caso de um aumento de preço dos produtos comercializados pelas empresas onde as partes detêm outras participações, estas passam a internalizar parte do desvio das suas vendas para a *joint venture*, reduzindo assim as perdas associadas a esse aumento.

Encerramento de mercado e discriminação de terceiros As parcerias podem contemplar cláusulas que limitam a independência das partes para negociar com terceiros. Estas cláusulas podem, no limite, traduzir-se no encerramento do mercado a potenciais entrantes, dependendo do número de operadores já existentes no mercado e de o operador dominante fazer, ou não, parte da parceria.

A presença de cláusulas de exclusividade determina que apenas os participantes nesta parceria podem fazer uso da infraestrutura conjuntamente desenvolvida ou acedida, impedindo o acesso por terceiros.

Neste âmbito, refira-se o caso particular do estabelecimento de parcerias, entre operadores de comunicações móveis, para a aquisição de espetro, do qual pode resultar o impedimento da utilização do mesmo por

terceiros, traduzindo-se num aumento das barreiras à entrada advenientes da escassez deste recurso.

Mesmo na ausência de cláusulas de exclusividade, a capacidade das partes para a concessão de acesso à infraestrutura a terceiros pode ainda assim resultar limitada. Por exemplo, a parceria pode determinar que as partes só podem comercializar o acesso à infraestrutura em condições menos favoráveis do que aquelas contempladas na parceria. Desta forma, aumentam os custos dos seus rivais, colocando-os em desvantagem competitiva.

O intercâmbio de informações, para além de facilitar a adoção de um comportamento colusivo como descrito *supra*, pode igualmente originar o encerramento do mercado, sempre que a informação trocada for de natureza sensível, abranger uma parte relevante do mercado, e colocar os concorrentes numa situação de desvantagem significativa relativamente às partes.

Discriminação de tratamento entre as partes

A discriminação pode também verificar-se entre os parceiros da iniciativa de partilha quando as obrigações de uma das partes, geralmente a com menor poder de mercado, forem superiores às da sua contraparte. Esta situação pode estar, por exemplo, relacionada com os deveres de informação relativamente a um conjunto de elementos, tais como o calendário de desenvolvimento da rede ou as condições de acesso e de interligação.

Desta forma, a capacidade concorrencial da empresa com maiores obrigações no contexto da parceria pode ser prejudicada, uma vez que a sua contraparte pode melhor controlar e reagir às suas estratégias de negócio.

Impacto de mecanismos de compensação

As parcerias podem ainda contemplar mecanismos de compensação passíveis de enfraquecer o incentivo das partes para concorrer, restringindo a intensidade concorrencial no mercado.

Estes mecanismos consistem, geralmente, no estabelecimento de compensações financeiras entre as partes com o objetivo de redistribuir os riscos do investimento. Por exemplo, caso uma das partes seja menos bem-sucedida na venda de serviços baseados na infraestrutura partilhada recebe uma transferência da sua contraparte.

A ausência de qualquer compensação, implica que as barreiras à entrada sejam maiores, na medida em que pequenos operadores estão mais reticentes em participar na parceria, dado que enfrentam maior risco do investimento. Pelo contrário, quanto maior for a compensação, menores

são os incentivos para concorrer e ser eficiente, uma vez que existe um retorno assegurado.

O impacto destes mecanismos de compensação na concorrência depende, assim, do *trade-off* entre estes dois efeitos de sinal contrário.

3.3 Avaliação de acordos de cooperação

No ordenamento jurídico nacional, e de acordo com o artigo 9.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio (doravante igualmente designada por “Lei da Concorrência” ou “LdC”), «*são proibidos os acordos entre empresas, as práticas concertadas entre empresas e as decisões de associações de empresas que tenham por objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional, nomeadamente os que consistam em:*

- a) [...]
- b) *Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos;*
- c) *Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento;*
- d) [...]
- e) *Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos.»*

Contudo, nos termos do n.º 1 do artigo 10.º da referida Lei, «*podem ser considerados justificados os acordos entre empresas, as práticas concertadas entre empresas e as decisões de associações de empresas referidas no artigo anterior que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição de bens ou serviços ou para promover o desenvolvimento técnico ou económico desde que, cumulativamente:*

- a) *Reservem aos utilizadores desses bens ou serviços uma parte equitativa do benefício daí resultante;*
- b) *Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis para atingir esses objetivos;*
- c) *Não deem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência numa parte substancial do mercado dos bens ou serviços em causa.»*

Segundo o n.º 2 do artigo 10.º «*compete às empresas ou associações de empresas que invoquem o benefício da justificação fazer a prova do preenchimento das condições previstas no número anterior», sendo, nos termos do n.º 3 do mesmo artigo, «considerados justificados os acordos entre empresas, as práticas concertadas entre empresas e as decisões de associações de empresas proibidos pelo artigo anterior que, embora não afetando o comércio entre os Estados membros, preencham os restantes requisitos de aplicação de um regulamento*

adotado nos termos do disposto no n.º 3 do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia», incluindo, por exemplo, o disposto nos regulamentos de isenção por categoria respeitantes a acordos horizontais.

Com efeito, a legislação nacional contém disposições semelhantes às do artigo 101º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). O TFUE declara também este tipo de acordos de cooperação incompatíveis com o mercado e interno e proibidos nos termos do seu n.º 1, prevendo no seu n.º 3, a possibilidade de concessão de uma isenção da proibição sempre que reunidas as condições também identificadas na legislação nacional no n.º 1 do artigo 10.º da LdC.

As “*Orientações sobre a aplicação do artigo 101º do Tratado sobre o funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal*” da Comissão Europeia¹, doravante designadas “*Orientações*”, definem o enquadramento de análise dos acordos de cooperação de natureza horizontal.

Segundo estas Orientações, o teste a realizar para a avaliação dos acordos pressupõe duas etapas. A primeira etapa consiste em avaliar se o acordo de cooperação tem um objecto anticoncorrencial ou efeitos restritivos da concorrência. Em caso afirmativo, passa-se para uma segunda etapa, que visa determinar quais os benefícios para a concorrência do acordo de cooperação e em avaliar se tais efeitos compensam os efeitos restritivos da concorrência.

Se as partes do acordo conseguirem demonstrar que os benefícios da parceria são superiores aos seus efeitos restritivos e suscetíveis de ser transferidos, pelo menos em parte, para os consumidores, aplica-se a isenção prevista no n.º 3 do artigo 101º do TFUE. Se, por outro lado, os efeitos pró-concorrenciais não compensarem as restrições da concorrência identificadas, o acordo de cooperação é considerado nulo.

Quanto mais elevado for o grau de poder de mercado detido, individual ou conjuntamente, pelas partes, maior a probabilidade do acordo se traduzir numa restrição à concorrência e menor a probabilidade de que se repercutam os ganhos de eficiência nos consumidores numa medida que exceda esses mesmos efeitos restritivos. A presença de operadores alternativos como parte integrante destes acordos pode limitar os seus efeitos anticoncorrenciais.

Assim, é importante analisar se as partes no acordo de cooperação detêm quotas de mercado elevadas, se são concorrentes próximos, se os seus clientes têm facilidade em mudar de fornecedor, se os concorrentes têm capacidade de reação em caso de aumento dos preços pelas partes, se uma das partes no acordo corresponde a uma força concorrencial relevante, entre outros elementos.

Note-se, contudo, que ainda que as quotas das partes e a concentração do mercado sejam elevadas, os riscos de efeitos restritivos da concorrência podem ser diminutos se o mercado for dinâmico e/ou contestável.

¹ Cf. Comissão Europeia, “*Orientações sobre a aplicação do artigo 101º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal*”, de 14.01.2011.

Segundo as mesmas Orientações, que definem igualmente as características de determinados tipos de acordos de cooperação² e aplicam a metodologia de análise subjacente aos n.º 1 e n.º 3 do artigo 101.º, se o acordo for estabelecido tendo em vista a produção de um novo serviço, que de outra forma não seria passível de ser oferecido por qualquer uma das partes, nomeadamente por razões de capacidade técnica, não é provável que o mesmo seja suscetível de colocar restrições à concorrência.

No caso específico de acordos de cooperação relativos a redes de comunicações eletrónicas, a isenção apenas será suscetível de concessão caso se demonstre que, na ausência do acordo, os serviços não seriam de todo prestados, ou pelo menos não seriam prestados em determinadas áreas geográficas, e dessa forma estas redes também não seriam passíveis de ser utilizadas por terceiros para a prestação desses mesmos serviços.

A troca de informação entre as partes deve também ser objeto de avaliação. De acordo com as Orientações, o intercâmbio de informações não deve ultrapassar aquele estritamente necessário para a implementação do acordo de cooperação, nomeadamente de informação de carácter técnico. Entende-se, genericamente, que a informação de carácter comercial e que diga respeito a clientes (e.g. quotas de mercado, volume de negócios, preços e planos futuros) não é relevante para a concretização do objetivo do acordo.

Neste sentido, cabe às partes demonstrar que o conteúdo, a agregação, a antiguidade e a confidencialidade dos dados, bem como a frequência e a cobertura do intercâmbio de informação, implicam os mais baixos riscos necessários para alcançar os alegados ganhos de eficiência.

Os princípios presentes nas Orientações são também aplicáveis, com as devidas adaptações, no contexto do artigo 10.º da LdC.

De salientar, por fim, que sempre que os acordos de cooperação sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados Membros, as Autoridades Nacionais de Concorrência (ANC) aplicam, para além da legislação nacional, o artigo 101.º do TFUE, nos termos do artigo 3.º do Regulamento 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002.

3.4 Avaliação de *joint ventures*

Segundo a LdC, e nos termos do n.º 2 do seu artigo 36.º, a criação de uma *joint venture*, também designada por “empresa comum” constitui uma concentração de empresas, na aceção da alínea b) do mesmo artigo, desde que a *joint venture* desempenhe de forma duradoura as funções de uma entidade económica autónoma. Caso os requisitos da autonomia económica e da duração não sejam preenchidos esta *joint venture* será apreciada no contexto da análise de acordos (cf. secção 3.3)

² Acordos de I&D, de produção, de compra, de comercialização e de normalização.

O artigo 37.º da LdC estabelece que as operações de concentração estão sujeitas a notificação prévia à AdC desde que verificadas um conjunto de condições relacionadas com quotas de mercado e volume de negócios.

De acordo com o artigo 41.º da LdC, a apreciação das operações de concentração pela AdC visa determinar os seus efeitos sobre a estrutura da concorrência, tendo em conta a necessidade de preservar e desenvolver, no interesse dos consumidores intermédios e finais, a concorrência efetiva e potencial no mercado nacional ou numa parte substancial deste.

Nesta apreciação são tidos em conta múltiplos factores descritos nas alíneas a) a k) do mesmo artigo. Em particular refira-se o artigo k), referente às eficiências resultantes de uma operação de concentração, segundo o qual é necessário ter em conta «[a] *evolução do progresso técnico e económico que não constitua um obstáculo à concorrência, desde que da operação de concentração se retirem diretamente ganhos de eficiência que beneficiem os consumidores.*»

Estas eficiências devem ser consideradas na análise se existir uma elevada probabilidade de se concretizarem em resultado da criação da *joint venture*, se forem passíveis de verificação pela AdC, e se forem específicas à criação da *joint venture*, ou seja, caso não sejam prováveis de ser atingidas pelas partes, na ausência da *joint venture*, considerando cenários alternativos com impactos menos prejudiciais na concorrência.

A AdC não autoriza as concentrações de empresas que sejam suscetíveis de criar entraves significativos à concorrência efetiva no mercado nacional ou numa parte substancial deste, em particular se os entraves resultarem da criação ou do reforço de uma posição dominante.

No caso particular de *joint ventures*, devem ser avaliados, entre outros elementos do contrato celebrado entre as partes, a estrutura de governação adotada, a sua duração, a natureza dos ativos transferidos pelas partes para a *joint venture* e dos ativos que permanecem nas empresas-mãe, as eventuais restrições às partes para concorrerem entre si e com a *joint venture*, assim como quaisquer cláusulas de exclusividade.

Adicionalmente, é necessário avaliar o poder de mercado das partes (de forma semelhante ao descrito no caso dos acordos de cooperação), assim como as suas participações em outras empresas. Também o suprarreferido intercâmbio de informação e as ligações criadas entre as empresas participantes na *joint venture* devem ser objeto de análise.

De salientar que, caso a avaliação a realizar pela AdC diga respeito à criação de uma *joint venture* que tenha por objeto ou como efeito a coordenação do comportamento concorrencial de empresas que se mantêm independentes, para além da finalidade da *joint venture*, tal coordenação é objecto de apreciação nos termos previstos nos artigos 9.º e 10.º relativos a práticas restritivas no âmbito de acordos, práticas concertadas e decisões de associações de empresas (cf. artigo 41.º, n.º 6), ainda que incluído num procedimento de contra-ordenações.

As notificantes podem, em qualquer momento e nos termos do artigo 51.º, assumir compromissos com vista a assegurar a manutenção da concorrência efetiva, passíveis de serem aceites ou recusados pela AdC caso estes se revelem insuficientes ou inadequados para

obstar aos entraves à concorrência que podem resultar da concentração de empresas ou de exequibilidade incerta.

A legislação de concorrência nacional encontra paralelo ao nível da União Europeia no Regulamento n.º 139/2004 do Conselho, de 20 de Janeiro de 2004 (cf., nomeadamente, artigos 2.º, 3.º, 4.º e 6.º), aplicando-se o mesmo sempre que uma operação de concentração tenha dimensão comunitária nos termos do seu artigo 1.º.

4 Partilha de redes móveis

A partilha de elementos de rede móvel pode envolver elementos passivos e/ou ativos (cf. Figura 1). Os elementos de rede passivos correspondem a elementos de engenharia civil, ou a elementos sem qualquer componente eletrónica, e incluem, no caso da rede móvel, *sites*, mastros, armários ou edifícios, energia e ar condicionado, e serviços de segurança.

Já os elementos de rede ativos são elementos eletrónicos nos quais se situa a inteligência da rede. A partilha de rede ativa pode envolver antenas, estações base, transmissão, operação e manutenção das estações base, o planeamento radioelétrico e, em alguns casos, a partilha de direitos de utilização de frequências.

Figura 1: Principais tipos de partilha de infraestrutura de rede móvel



Fonte: AdC

A interdependência entre as partes aumenta quanto maior for o número de elementos partilhados e maior o grau de inteligência desses mesmos elementos. As preocupações jusconcorrenciais são mais significativas em cenários de partilha que, por envolverem elementos de rede ativos, afetam a capacidade das partes para definir estratégias de negócio distintas, assentes em serviços diferenciados.

As parcerias de partilha de infraestrutura de rede móvel podem, genericamente, classificar-se segundo as seguintes categorias:

- (i) partilha de infraestrutura de rede passiva;
- (ii) partilha de infraestrutura de *Radio Access network* (RAN);
- (iii) partilha de espetro; e
- (iv) formas mais aprofundadas de partilha.

Para além destas categorias, os operadores podem ainda celebrar acordos de itinerância nacional.

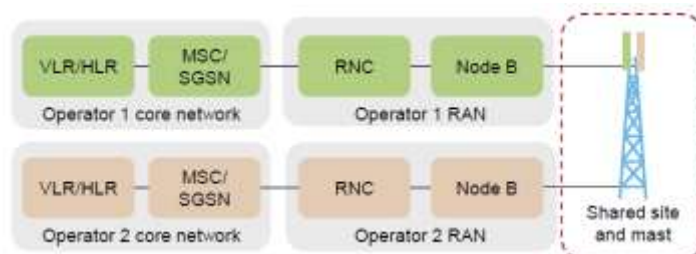
4.1 Partilha de infraestrutura de rede passiva

Esta modalidade de partilha é a mais incentivada do ponto de vista regulatório, sendo utilizada em praticamente todos os Estados Membros da União Europeia e assumindo mesmo um carácter obrigatório em alguns destes³. Uma síntese da regulação e legislação aplicáveis em Portugal encontra-se no Apêndice I – Enquadramento regulamentar, sendo que, de acordo com informação da Autoridade Nacional de Comunicações (ANACOM), 25% dos *sites* são partilhados pelos três operadores móveis nacionais⁴.

Na partilha de *sites*, os operadores apenas partilham o espaço físico, optando por instalar os seus próprios elementos de rede sejam eles passivos ou ativos (e.g. mastros, antenas e estações base). Já a partilha de mastros traduz uma cooperação superior, podendo também envolver a partilha de terraços e/ou telhados. As empresas podem, adicionalmente, decidir partilhar equipamento de suporte, tal como armários ou edifícios, assim como o fornecimento de energia elétrica e o ar condicionado.

Tal como pode ser observado na Figura 2, para a partilha de mastros, esta primeira forma de partilha de infraestrutura não contempla qualquer elemento de rede ativo, mantendo as empresas uma assinalável margem de liberdade na definição da sua estratégia de negócio, no planeamento da sua rede e na definição das características dos seus serviços.

Figura 2: Partilha de sítios/mastros



Fonte: *Analysis Mason*

³ Cf. *Cullen International Cross-Country Analysis*, abril 2012.

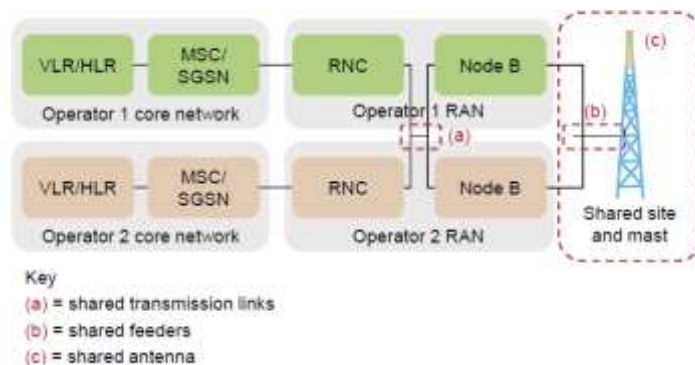
⁴ Cf. ANACOM, *Network sharing: the Portuguese approach, 23rd Annual Communications and Competition Law Conference* – IBA, maio 2012.

De salientar, por fim, que em alguns países surgiram empresas que se especializaram na oferta de infraestrutura passiva a múltiplos operadores, comumente designadas por *tower companies*.

4.2 Partilha de infraestrutura de RAN

A partilha da RAN corresponde à forma mais comum de partilha incluindo elementos ativos e envolve a partilha de antenas, cabos de alimentação e circuitos de transmissão (cf. Figura 3). Este tipo de partilha potencia as poupanças de custos face à simples partilha de elementos passivos.

Figura 3: Partilha da RAN básica



Fonte: *Analysis Mason*

A partilha de antenas e cabos de alimentação, embora seja tecnicamente viável, apresenta alguns problemas ao nível técnico. No caso das antenas, os problemas relacionam-se com a possibilidade/dificuldade dos operadores utilizarem faixas de frequências diferentes ou possuírem estratégias de otimização da rede distintas. A partilha da rede de alimentação pode implicar perdas de energia que afetam a área de cobertura dos serviços prestados.

Já a oferta de serviços sobre uma mesma rede de transmissão (*backhaul*), designadamente a parte da rede entre os Nós B e os Controladores de Rede Rádio (RNC), embora reduza as despesas operacionais relativas a circuitos alugados e às taxas de utilização do espectro micro-ondas, requer elementos de rede adicionais nas pontas das ligações⁵.

A partilha da RAN pode eventualmente restringir a concorrência, uma vez que as partes passam a ter uma parte significativa dos custos em comum, o que pode facilitar a coordenação

⁵ Note-se, no entanto, que a partilha de RAN pode envolver formas tecnológicas mais complexas que pressupõem uma arquitetura de rede em que os RNC e os Nós B estão divididos entre as partes. Neste caso, embora existam parâmetros partilhados ao nível dos *sites*, os operadores mantêm o controlo independente dos parâmetros relacionados com as células, o que minimiza os efeitos da partilha em termos da diferenciação de serviços e cobertura geográfica. Nos Nós B, os amplificadores rádio e de potência permanecem fisicamente independentes, de modo a que os operadores possam utilizar as frequências que lhes foram assignadas.

dos preços, para além de poderem estar mais limitadas na sua capacidade de diferenciação quando comparada com a simples partilha de elementos passivos⁶.

A partilha de elementos de rede ativa não é tão comum como a partilha de rede passiva. Por exemplo, na Dinamarca foi constituída uma *joint venture* entre a Telia Denmark e a Telenor, visando o desenvolvimento e controlo conjunto de infraestrutura RAN, nomeadamente mastros e antenas (cf. secção 6.2.2). Na Suécia foram igualmente constituídas três *joint ventures* entre diferentes operadores que visam o desenvolvimento conjunto de uma rede, incluindo elementos ativos (cf. secções 6.2.3 a 6.2.5).

4.3 Partilha de espectro radioelétrico

A partilha de espectro radioelétrico é particularmente adequada em cenários de escassez acentuada deste recurso. Contudo, nem todos os enquadramentos regulamentares a permitem, uma vez que existe um conjunto de preocupações relacionadas com a restrição da independência, com implicações em termos da capacidade de diferenciação dos serviços oferecidos, assim como com o facto da entidade a quem foram atribuídos os direitos de utilização de frequências ter direitos e obrigações específicas que poderão impedir que a outra entidade possa (re)utilizar esses direitos.

A partilha de espectro pode também resultar da constituição de *joint-ventures* para a aquisição de direitos de utilização de frequências, ao invés da disponibilização dos mesmos a terceiros pelo detentor desses direitos. Este é o caso da criação de *joint ventures* na Dinamarca e na Suécia suprarreferidas, em que os operadores partilham também frequências de rede.

4.4 Formas mais aprofundadas de partilha

4.4.1 MVNO

Os operadores móveis virtuais, usualmente designados por *Mobile Virtual Network Operators* (MVNO) tipicamente não possuem RAN ou rede de acesso (via rádio) ao cliente final ou direitos de utilização de espectro. Deste modo, e com vista a acederem aos seus clientes e oferecerem os seus serviços celebram acordos de partilha com operadores de rede móvel. A extensão dessa partilha varia de acordo com o tipo de MVNO, podendo ser total ou excluir, por exemplo, determinadas partes da rede *core*. Neste sentido um MVNO pode assumir uma forma que vai desde um mero revendedor no retalho (*light* MVNO) até um operador com rede própria (*full* MVNO). Quanto mais próximo de um mero revendedor for o MVNO, menor é a sua capacidade de diferenciação dos serviços.

Em geral, o principal elemento de diferenciação de um MVNO face aos operadores de rede relaciona-se com o desenvolvimento de estratégias de negócio alternativas focadas em nichos de mercado ou pressupondo um menor investimento na marca e garantia de preços mais

⁶ Realce-se ainda assim que se apenas forem partilhados elementos da rede de acesso, ficando de fora do acordo outros elementos ativos, existe ainda capacidade de diferenciação dos serviços.

baixos. Contudo, dado que a grande maioria dos seus custos estão relacionados com as tarifas de acesso negociadas com o operador de rede, a capacidade de diferenciação pelo preço está limitada.

Existem MVNO a operar um pouco por toda a Europa, sendo que em Portugal existem quatro exemplos de acordos deste tipo, embora com impacto concorrencial limitado, nomeadamente os CTT, a operar sobre a rede da TMN, a ZON e a Lycamobile, ambos sobre a rede da Vodafone, e a Mundo Mobile, sobre a rede Optimus.

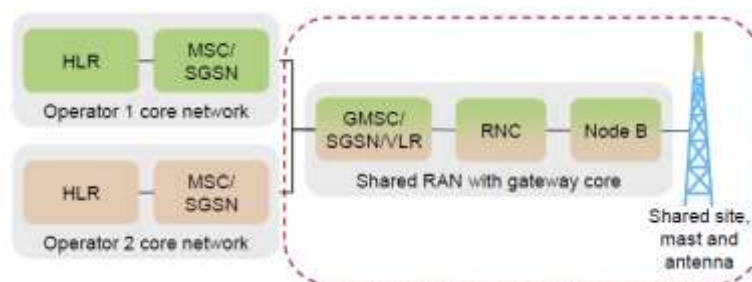
4.4.2 Outras formas de partilha aprofundada

Existem outras formas mais aprofundadas de partilha de rede, que envolvem um maior nível de cooperação e interdependência, sendo contudo frequentemente proibidas pelos reguladores. As mesmas incluem, para além da partilha da RAN, a partilha de partes da rede *core*, conforme Figura 4, podendo ainda contemplar os sistemas multimédia IP, as plataformas de conteúdos, a faturação e os serviços de apoio a clientes.

Neste tipo de configuração, a RAN é um recurso comum, não existindo qualquer separação física ou lógica entre as redes. Deste modo, a diferenciação dos serviços ou da cobertura geográfica dos mesmos é muito limitada. Relativamente ao espectro radioelétrico, este pode ser disponibilizado por uma das partes às suas contrapartes, ou os direitos de utilização podem ser partilhados por todos.

Neste tipo de configuração, existe uma *gateway core* partilhada que inclui a *gateway* do Centro Móvel de Comutação (GMSC), o Nó de suporte GPRS (SGSN) e o Registo de Localização de Visitantes (VLR), responsável pela ligação às redes *core* individuais.

Figura 4: Formas mais aprofundadas de partilha



Fonte: Analysis Mason

A título de exemplo refira-se a *joint venture* criada pelas subsidiárias da France Telecom e da Deutsche Telekom no Reino Unido, designadamente, a T-Mobile UK e Orange UK, para a concentração da RAN, da rede *core* e a propriedade conjunta do espectro radioelétrico, e que foi avaliada pela Comissão Europeia (cf. secção 6.2.1).

4.5 Itinerância nacional

Por último, refira-se o caso da itinerância nacional (usualmente designada por “*roaming nacional*”) que se traduz numa situação em que os operadores em causa não partilham

qualquer elemento de rede, mas utilizam simplesmente a rede uns dos outros para prestarem serviços aos seus próprios clientes.

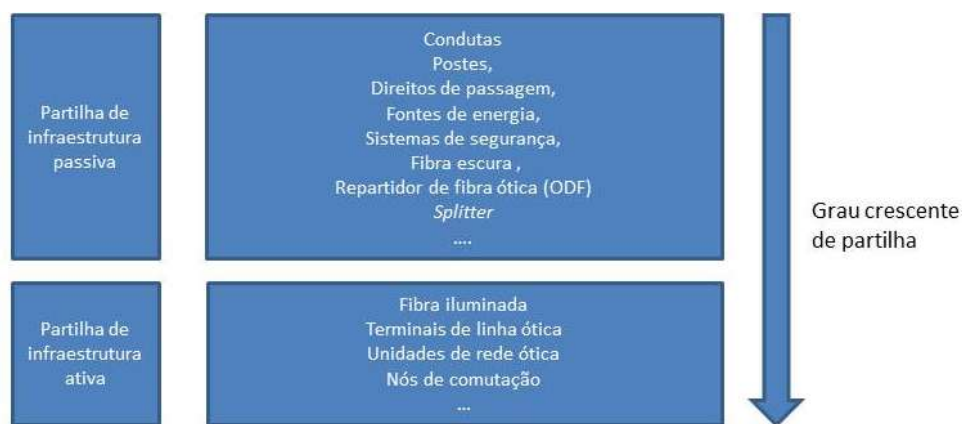
A itinerância nacional pode traduzir-se numa maior uniformidade das condições ao nível retalhista, na medida em que uma das partes está limitada pelas escolhas comerciais da rede da sua contraparte, nomeadamente em termos da velocidade de transmissão, tipos e datas de introdução dos serviços. Este tipo de parcerias pode, inclusivamente, favorecer a coordenação de preços retalhistas.

Existem alguns exemplos deste tipo de partilha sobre a forma de acordos de cooperação, nomeadamente os celebrados entre a O2 UK e a T-Mobile UK, e entre a T-Mobile Deutschland e a O2 Germany (cf. secções 6.1.1 e 6.1.2, respetivamente), ambos avaliados pela Comissão Europeia, e o acordo entre operadores polacos avaliado pela ANC da Polónia (cf. secção 6.1.3).

5 Partilha de novas redes de acesso fixas

A partilha de infraestrutura de rede fixa pode envolver elementos de rede ativos e/ou passivos (cf. Figura 5). Os elementos de rede passivos suscetíveis de partilha correspondem a condutas, a postes, a direitos de passagem, a fontes de energia, a sistemas de segurança, a fibra escura, entre outros. Os elementos ativos incluem, por exemplo, no caso da fibra ótica, a fibra iluminada, os terminais de linha ótica, as unidades de rede ótica e os nós de comutação⁷.

Figura 5: Partilha de infraestrutura de rede fixa



Fonte: AdC

A partilha de elementos de rede passivos mais dificilmente tem um carácter restritivo da concorrência, sendo muitas vezes desejável do ponto de vista social e até mesmo incentivada pelas autoridades públicas e reguladores setoriais. A rede passiva representa cerca de 80% do custo fixo total de investimento⁸ e a sua partilha não é suscetível de restringir a liberdade das

⁷ Note-se que, para além da fibra ótica, também as redes de alta velocidade em cabo coaxial e cobre podem ser objeto de partilha.

⁸ Comissão Europeia, "Commission Staff Working Document on the Implementation of National Broadband Plans", SWD (2012) 68 final, de 21.03.2012.

partes para definirem a sua estratégia de negócio ou as características dos seus serviços. Acresce que no caso da partilha de elementos de rede passivos os custos partilhados são essencialmente fixos, reduzindo assim as preocupações associadas à existência de custos comuns.

Pelo contrário, a partilha de elementos de rede ativos, em particular, aqueles situados a níveis de rede superiores e nos quais se situa a “inteligência”, mais facilmente limitam a liberdade de atuação das empresas que os partilham e podem incentivar a coordenação de comportamentos, tendo em conta a partilha de uma parte significativa dos custos de exploração e a informação trocada entre as partes.

Quando dizem respeito ao desenvolvimento de novas redes de acesso em fibra, estas parcerias podem ser implementadas de diversas formas, dependendo do modelo de negócio das partes que as celebram e da infraestrutura de rede de que já dispõem. A sua tipificação é mais difícil face à realizada para as redes móveis, uma vez que estas iniciativas são ainda escassas no que concerne às redes fixas. Não obstante, em termos gerais, podem segmentar-se as parcerias nas categorias de coinvestimento numa infraestrutura ou concessão de acesso a terceiros à infraestrutura individualmente detida, existindo ainda modelos híbridos de partilha.

5.1 Coinvestimento em infraestrutura

O coinvestimento pode assumir duas modalidades, designadamente visar o desenvolvimento de uma infraestrutura comum, ou de infraestruturas complementares.

5.1.1 Desenvolvimento de infraestrutura comum

Esta modalidade traduz-se no desenvolvimento pelas partes de uma única infraestrutura de rede que é operada e mantida conjuntamente, em geral por via da criação de uma *joint venture*.

Esta *joint venture* pode incluir apenas elementos de rede passivos ou implicar um nível superior de interdependência, no caso da inclusão de elementos ativos. Também ao nível geográfico, a *joint venture* pode ter uma cobertura mais ou menos abrangente. Tal como referido *supra*, quanto maior a abrangência da parte comum da infraestrutura mais favoráveis são as condições à coordenação e menor a flexibilidade para a diferenciação dos serviços.

Na Holanda, esta foi a modalidade escolhida pelo incumbente holandês que constituiu com uma empresa de investimento uma *joint venture*, denominada Reggefiber, especializada na construção e operação de redes de acesso em fibra óptica. Esta *joint venture* foi objeto de avaliação pela ANC holandesa tal como desenvolvido na secção 6.2.6.

Em França, dois operadores de comunicações eletrónicas, a SFR e a Bouygues, celebraram, em 2010, uma parceria de coinvestimento para o desenvolvimento de uma rede de fibra ótica em algumas das maiores cidades francesas. Esta parceria apenas diz respeito aos elementos passivos da rede, entre os pontos de presença dos dois operadores e os edifícios dos clientes,

deixando margem de liberdade às partes para desenvolverem ofertas retalhistas diferenciadas. O impacto concorrencial desta iniciativa foi apenas analisado pelo regulador setorial.

Refira-se ainda que na Suíça, a Swisscom encetou uma série de negociações e acordos de parceria com vários operadores e entidades (e.g. detentores de infraestrutura civil) para a implementação conjunta de redes de fibra ótica.

5.1.2 Desenvolvimento complementar de infraestrutura

Alternativamente, as parcerias de investimento podem ser celebradas numa modalidade de complementaridade que envolve tanto elementos passivos como ativos. Esta complementaridade pode traduzir-se numa divisão geográfica do território a servir ou por nível hierárquico de rede.

De salientar que a complementaridade não tem necessariamente de ser total. Com efeito, as partes podem optar por desenvolver paralelamente uma parte da rede, tanto ao nível geográfico como da hierarquia da rede, partilhando a restante infraestrutura.

Divisão geográfica

A complementaridade no desenvolvimento de infraestrutura pode, em primeiro lugar, ser baseada numa divisão geográfica do território a servir. Neste caso, cada uma das partes fica responsável pela construção de rede numa determinada área geográfica pré-acordada. Por exemplo, uma parte constrói rede no centro das cidades e outra nos subúrbios; ou as partes podem dividir as grandes cidades entre si, atingindo, assim, uma cobertura das zonas mais densamente povoadas mais rapidamente.

Cada uma das partes concede subsequentemente acesso à sua rede à sua contraparte, sendo que este pode ser efetuado ao nível da rede de acesso ou ao nível da rede *backhaul*. A forma como o acesso é concedido em concreto está condicionada pelas opções tecnológicas das partes.

Deste modo, a partilha física de fibra ótica só é possível se o operador optar por implementar uma tecnologia ponto-a-ponto entre o ponto de interligação e a instalação do cliente final. Se, pelo contrário, a tecnologia escolhida for ponto-multiponto, o acesso ao lacete só é possível no *splitter* localizado muito perto do cliente, o que limita as opções em termos de modelo de negócio da contraparte. Uma solução de tipo *bitstream* (em fluxo contínuo de dados) revela-se, frequentemente, a mais economicamente acessível, embora seja também aquela que mais limita a capacidade de diferenciação dos serviços.

Refira-se a título de exemplo que, em França, a Orange e a SFR celebraram, em 2011, uma parceria de investimento para as zonas de menor densidade populacional, segundo o qual cada parte fica responsável pelo desenvolvimento de infraestrutura de rede em áreas geográficas designadas, evitando desta forma a redundância de infraestrutura, adquirindo serviços grossistas à sua contraparte nas zonas em que não dispõe de infraestrutura. Esta iniciativa foi objeto de avaliação pelo regulador setorial.

Divisão por hierarquia de rede

Alternativamente à divisão geográfica, a partilha de rede pode contemplar uma divisão da rede por níveis hierárquicos. Neste caso, cada uma das partes fica responsável por desenvolver a rede a um determinado nível previamente estabelecido. Por exemplo, uma empresa desenvolve a rede de acesso e a outra a rede *backhaul*.

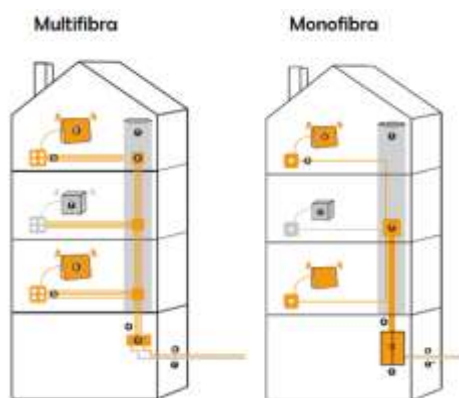
Naturalmente, esta modalidade de investimento exige maior coordenação entre as partes, que têm não apenas que assegurar compatibilidade dos equipamentos e tecnologias adotadas, mas igualmente partilhar uma calendarização e planeamento dos investimentos.

5.2 Acordos voluntários de acesso à infraestrutura

Em alternativa ao investimento, uma determinada empresa pode proceder à construção de uma infraestrutura de rede, dando posteriormente acesso a esta a terceiros, mediante o estabelecimento de acordos de cooperação de média ou longa duração.

A empresa, ao optar pelo desenvolvimento da sua própria infraestrutura, pode construir a sua rede com base numa arquitetura monofibra, em que apenas uma fibra é passada até à habitação do cliente final, ou multifibra, com várias fibras conetadas à habitação do cliente final (cf. Figura 6).

Figura 6: Arquitetura multifibra vs. monofibra



Fonte: AdC

A opção por um destes tipos de arquitetura tem naturalmente implicações ao nível dos serviços grossistas que podem ser disponibilizados, assim como em termos da flexibilidade dos operadores que os subscrevem para oferecer serviços aos seus clientes finais.

Num cenário de arquitetura multifibra, o operador dimensiona a rede acima das suas necessidades, disponibilizando um acesso dedicado a terceiros, a um determinado nível de rede, por exemplo, ao nível do ponto de concentração, do lacete ou mesmo do sublacete⁹. Assim, as redes multifibra FTTH (*Fibre-to-the-home*) permitem que aqueles que as acedem mantenham um total controlo e independência na definição dos serviços que prestam aos

⁹ Na Suíça, o desenvolvimento de uma rede de fibras óticas múltiplas foi a solução implementada pela Swisscom.

clientes finais. Por outro lado, uma vez que existe um acesso físico independente ao cliente, a mudança de prestador é mais fácil de executar do ponto de vista técnico face a uma arquitetura de rede monofibra.

Desta forma, do ponto de vista concorrencial, a oferta de serviços sobre redes multifibra FTTH é menos susceptível de favorecer comportamentos coordenados do que numa rede monofibra, aproximando-se mais facilmente de um cenário de concorrência efetiva.

A construção de uma rede multifibra é, contudo, mais dispendiosa do que a de uma rede monofibra, o que determina a opção por este último tipo de arquitetura em alguns contextos, nomeadamente em áreas menos densamente povoadas.

Por outro lado, as desvantagens ao nível concorrencial de redes monofibra podem ser, em parte, atenuadas mediante, por exemplo, a partilha dessa fibra ao nível do repartidor da fibra ótica (ODF) que assegura a existência de uma oferta passiva ao nível do ponto de concentração, o que garante aos terceiros o controlo do seu equipamento ativo e a escolha da sua tecnologia. Esta solução tem, assim, a vantagem de dar a cada operador a possibilidade de diferenciar as suas ofertas e melhorar a sua rede, de acordo com o seu próprio calendário. Neste cenário, a mudança de prestador pelo cliente final exige, no entanto, e contrariamente ao que acontece com as redes multifibra, que exista intervenção técnica.

De salientar ainda que os acordos voluntários de acesso a infraestrutura podem ser implementados numa base recíproca, em que cada uma das partes acede à infraestrutura da outra nas áreas geográficas em que não possui rede própria. Neste caso, este modelo aproxima-se da categoria de desenvolvimento complementar de infraestrutura, com divisão geográfica, sendo que os acordos podem combinar características destas duas modalidades, ou seja, podem envolver acesso recíproco a infraestrutura já existente e acesso a recíproco a infraestrutura a desenvolver.

Refira-se, a título de exemplo, o acordo de cooperação celebrado, em 2012, entre a Orange e Bouygues para a partilha de infraestrutura FTTH em França. Este acordo, que respeita à grande maioria da rede da Orange (i.e. também inclui as zonas mais densamente povoadas), prevê que a Bouygues tenha acesso ao lacete local que chega aos edifícios dos clientes. Dentro dos edifícios, a Bouygues será responsável por desenvolver a sua própria rede ou celebrar outro tipo de acordo que lhe permita servir os clientes. Já em 2010, a Bouygues havia celebrado um acordo de acesso de cabo coaxial com a Numéricable na modalidade de acesso *bitstream*. Mais uma vez refira-se que estes acordos foram apenas analisados pelo regulador setorial.

6 Prática decisória europeia

Esta secção apresenta um conjunto de decisões por parte de ANC europeias e da Comissão Europeia, tanto no que respeita a acordos de cooperação de médio e longo prazo como a *joint ventures*. Note-se que esta informação resulta, entre outros elementos, da recolha de dados

através de inquérito realizado pela AdC em Julho de 2012 no âmbito da Rede Europeia da Concorrência.

De salientar, no entanto, que algumas iniciativas de partilha de infraestrutura são avaliadas por Autoridades Reguladoras Nacionais (ARN) dada a obrigatoriedade de notificação dos mesmos por parte dos operadores e prestadores de serviços de comunicações eletrónicas.

6.1 Acordos de cooperação

6.1.1 O2 UK Limited/T-Mobile UK Limited

Em 30 de abril de 2003, a Comissão Europeia emitiu uma decisão relativa ao processo *O2 UK Limited/T-Mobile UK Limited*¹⁰. Estes operadores móveis, a operar no Reino Unido, celebraram um acordo de cooperação envolvendo a partilha de *sites* assim como itinerância nacional recíproca.

A Comissão entendeu que as disposições relacionadas com a partilha de *sites* não restringiam a concorrência, na medida em que a cooperação respeitava apenas elementos de rede básicos e que as empresas mantinham o controlo independente das componentes essenciais das suas redes de acesso e *core*, incluindo as partes inteligentes da rede e as plataformas de serviço, responsáveis pela natureza e leque de serviços prestados.

No entanto, a Comissão revelou preocupação no que concerne às cláusulas de exclusividade e direitos de recusa, preocupações estas que foram afastadas tendo em consideração a ausência de escassez de *sites*, assim como o facto da partilha destes ser cada vez mais comum entre operadores. A Comissão entendeu que, com pequenas alterações relacionadas com a remuneração devida por terceiros por *leasing* dos *sites*, estas não eram suscetíveis de restringir a concorrência.

No que concerne ao acordo de itinerância recíproco, a Comissão considerou que este poderia restringir a concorrência ao nível grossista com potenciais efeitos negativos nos mercados retalhistas adjacentes. Tendo em conta que o acordo visava melhorar a cobertura geográfica, a qualidade e as taxas de transmissão dos serviços grossistas e retalhistas 3G, com vantagens claras para os consumidores, a Comissão decidiu permitir a sua implementação, ainda que por um período de tempo limitado, ao abrigo de uma isenção.

6.1.2 T-Mobile Deutschland/O2 Germany

A decisão da Comissão de 16 de julho de 2003 no processo *T-Mobile Deutschland/O2 Germany*¹¹ analisou um acordo respeitante à partilha de *sites* e à itinerância nacional nas redes

¹⁰ Cf. Comissão Europeia, Decisão de 30 de abril de 2003 relacionada com a aplicação do artigo 81.º do Tratado CE e com o artigo 53.º do Acordo AEE (Processo COMP/38.370 — O2 UK Limited/T-Mobile UK Limited) (2003/507/CE), JO L200, 7 de agosto de 2003, p. 59.

¹¹ Cf. Comissão Europeia, Decisão de 16 de julho de 2003 relacionada com a aplicação do artigo 81.º do Tratado CE e com o artigo 53.º do Acordo AEE (Processo COMP/38.639 — T-Mobile Deutschland/O2 Germany) (2004/207/CE), JO L175, 12 de março de 2004, p. 32.

móveis, desta feita na Alemanha. Uma vez mais a Comissão entendeu que a partilha de *sites* não restringia a concorrência, dado que se focava apenas em elementos básicos da rede e que estava garantida a independência das partes.

A Comissão salientou ainda que, embora o acordo previsse a possibilidade de partilha da RAN, a mesma não estava prevista à data, não sendo suficientemente detalhada pelas partes na notificação. Deste modo, a Comissão não procedeu à análise destas disposições do acordo.

Relativamente ao acordo de itinerância nacional, a Comissão decidiu adotar a mesma linha decisória que no processo anterior, considerando existirem os mesmos efeitos restritivos da concorrência, mas concedendo simultaneamente uma isenção para facilitar o desenvolvimento das redes e serviços 3G.

A O2 Germany decidiu recorrer desta parte da decisão da Comissão, por entender que o esta presumia que os acordos de itinerância eram *per se* restritivos da concorrência, não efetuando a análise económica requerida pelo antigo artigo 81 do Tratado da Comunidade Europeia (TCE), nem tendo em consideração quais seriam as condições concorrenciais na ausência do acordo. O Tribunal de Primeira Instância veio dar razão à O2 Germany, concluindo-se que a avaliação destes acordos deve ser efectuada em concreto e caso a caso.

A análise dos dois casos descritos *supra* permite concluir que, para a Comissão, estes acordos deviam assegurar a manutenção de um nível mínimo de independência que permitisse o controlo também independente das redes e serviços pelas partes. Por outro lado, a Comissão entendeu que as partes deviam manter o controlo da rede *core*, incluindo os elementos de rede com inteligência, assim como as plataformas de serviço que determinam a natureza e o leque dos serviços prestados.

6.1.3 P4/Polkomtel

Em 2009, os operadores móveis polacos P4 e Polkomtel celebraram um acordo de itinerância nacional, uma vez que a rede da P4 tinha uma cobertura geográfica limitada, dada a sua entrada tardia no mercado.

A análise da ANC polaca identificou preocupações de índole concorrencial, nomeadamente relacionadas com cláusulas de exclusividade e prioridade na prestação de serviços de itinerância pela Ponkomtel à P4 e que, dada a posição dominante da Ponkomtel no mercado de comunicações móveis, seriam passíveis de restringir de forma significativa a capacidade dos seus rivais em competir nestes mercados.

Tendo as partes assumido o compromisso de alteração do acordo, terminando com os direitos exclusivos e de prioridade previstos no mesmo, a ANC polaca emitiu uma decisão com compromissos.

6.2 *Joint ventures*

6.2.1 *Everything Everywhere*

Em 1 de março de 2010, a Comissão Europeia decidiu não se opor à fusão das subsidiárias para as comunicações móveis da France Telecom e da Deutsche Telekom no Reino Unido, designadamente, a T-Mobile UK e Orange UK, numa *joint venture* denominada Everything Everywhere que previa a concentração da RAN, da rede *core* e a propriedade conjunta do espectro radioelétrico¹². Estas duas empresas passaram a deter partes iguais na nova empresa.

No decurso da investigação, a Comissão não identificou preocupações concorrenciais relacionadas com os mercados retalhista de comunicações móveis, mercado grossista de acesso e originação em rede telefónicas públicas móveis e mercado grossista de itinerância nacional e mercados relacionados.

Contudo, considerou a Comissão que a operação, tal como originalmente notificada, era suscetível de pôr em risco o acordo de partilha de RAN entre a T-Mobile e o operador móvel de menor dimensão no Reino Unido (3UK), detido pela Hutchison Whampoa. A *joint venture*, a realizar-se, poderia ameaçar a viabilidade da 3UK no mercado e, possivelmente, eliminar este concorrente, ficando o mercado do Reino Unido com menos dois *players* ativos.

Por outro lado, a investigação também revelou que o espectro conjunto detido pelas partes na faixa dos 1800 MHz (60 MHz) seria significativamente maior do que aquele detido pelos seus concorrentes. Tal poderia determinar que, a médio prazo, a Everything Everywhere fosse o único operador no Reino Unido a oferecer serviços móveis de nova geração através da tecnologia LTE¹³ às melhores velocidades.

De modo a responder às preocupações concorrenciais da Comissão, as partes concluíram um acordo com a 3UK que garantia a permanência desta empresa no mercado como uma força competitiva, oferecendo-se simultaneamente para desinvestir 15 MHz do espectro que passariam a deter em resultado da *joint venture* na faixa dos 1800 MHz.

A Comissão Europeia entendeu que os compromissos oferecidos pelas partes eram suficientes para responder às preocupações concorrenciais identificadas, não se opondo, como tal, à operação.

6.2.2 *Telia Denmark/Telenor*

Na Dinamarca, em fevereiro de 2012, a ANC não se opôs a esta iniciativa de partilha de rede sob a forma de uma *joint venture* entre a Telia Denmark e a Telenor¹⁴, visando o

¹² Cf. Comissão Europeia, decisão de 1 de março de 2010 no processo COMP/M.5650 - T-MOBILE/ORANGE.

¹³ LTE: *Long Term Evolution*.

¹⁴ Cf. sítio da ANC dinamarquesa na Internet, <http://www.kfst.dk/en/service-menu/press/presse-2012/radio-access-network-sharing-agreement-between-telia-denmark-as-and-telenor-as/radio-access-network-sharing-agreement-between-telia-denmark-as-and-telenor-as/>.

desenvolvimento e controlo conjunto de infraestrutura RAN, nomeadamente mastros e antenas, assim como a partilha de frequências. A *joint venture* envolve todas as tecnologias móveis (i.e. 2G, 3G, LTE e potencialmente LTE avançado) e cobre todo o território nacional. Pelo contrário, não contempla a partilha das partes inteligentes da rede (i.e. rede *core*), nem algumas partes da rede de transmissão. As empresas mantêm a sua atividade separada nos mercados grossistas e retalhistas.

A ANC dinamarquesa entendeu que esta iniciativa poderia ter um impacto anticoncorrencial nos mercado de acesso aos *sites* (para antenas móveis), mercado grossista de telefonia e banda larga móvel e mercado para a compra de licenças de espetro radioelétrico, preferindo, no entanto, deixar as definições de mercado em aberto por a avaliação da *joint venture* não se alterar.

Segundo esta ANC, a iniciativa de partilha de rede em análise tinha como objeto o desenvolvimento, pelas partes, de uma rede mais eficiente e com melhor qualidade, aumentando ainda a cobertura geográfica, com benefícios para os consumidores. Não obstante, foram identificadas seis preocupações de natureza concorrencial, nomeadamente:

- (i) a possibilidade de aumento dos riscos de adoção de comportamentos colusivos nos mercados grossistas de telefonia e de banda larga móvel;
- (ii) a estrutura tarifária inicialmente escolhida pelas partes, visando a recuperação de custos conjuntos, poderia alterar a estrutura de custos da RAN face à situação anterior, uma vez que convertia custos fixos em custos variáveis. Tal poderia reduzir os incentivos das partes para concorrer e atrair novos clientes;
- (iii) as partes poderiam obter conjuntamente uma quantidade de frequências radioelétricas que, no longo prazo, poderia exceder significativamente a dos operadores concorrentes;
- (iv) a redução pelas partes do número de antenas e mastros na RAN poderia criar problemas de cobertura para os concorrentes que as utilizam sobre a forma de aluguer;
- (v) o aumento da troca de informação comercialmente estratégica poderia exceder a necessária para a concretização da produção conjunta dos serviços; e, finalmente,
- (vi) a *joint venture* reduziria significativamente a concorrência num conjunto de parâmetros, tal como a cobertura geográfica e a disseminação de novas tecnologias (i.e. LTE e LTE avançado), uma vez que estes são definidos ao nível da rede RAN que passa a ser partilhada.

Os compromissos apresentados pelas partes permitiram contudo, e no entendimento da ANC dinamarquesa, ultrapassar as preocupações (i) a (v) identificadas *supra*, designadamente,

- (i) obrigação de aceitação de todos os pedidos de clientes grossistas para aquisição de serviços de telefonia e banda larga móvel;

- (ii) os pagamentos a efetuar entre as partes no âmbito da *joint venture* são de modo a refletir a estrutura de custos da RAN;
- (iii) obrigação de aquisição conjunta de direitos de utilização de frequências;
- (iv) obrigação de venda das antenas em excesso em resultado da criação da *joint venture*; e, finalmente,
- (v) adoção de restrições relativamente à nomeação dos membros do conselho de administração e aos colaboradores responsáveis pela gestão da *joint venture* e da informação trocada neste contexto.

Quanto à última preocupação identificada, a ANC dinamarquesa entendeu que as partes apresentaram informação que preenche os requisitos do n.º 3 do artigo 101.º do TFUE, bem como as disposições legislativas nacionais.

Deste modo, a ANC dinamarquesa não se opôs à *joint venture* entre a Telia Denmark e a Telenor.

6.2.3 SUNAB

Na sequência da atribuição de licenças 3G pelo regulador sueco no final de 2000, a Telia, o maior operador sueco ao qual não havia sido atribuída qualquer licença, celebrou uma parceria com a Tele2 para construir e operar uma rede conjunta de 3G. Esta *joint venture*, designada SUNAB, detém a infraestrutura de rede, incluindo a RAN, sendo responsável pela venda de capacidade aos dois proprietários.

Tendo a ANC sueca inicialmente entendido não existirem fundamentos para a concessão de uma isenção e enviado às partes uma comunicação de objeções, estas procederam à alteração dos termos da *joint venture* no que concerne, nomeadamente, à nomeação do conselho de administração, à tomada de decisões relativamente a investimentos a realizar, à alocação de capacidade entre as partes e às compensações à atribuir neste contexto. Após as alterações identificadas *supra*, a ANC sueca entendeu atribuir uma isenção à *joint venture*.

6.2.4 3GIS

Em 2001, a Europolitan (atualmente detida pela Telenor) e o operador HI3G (propriedade da Hutchinson) criaram uma *joint venture*, designada 3GIS, responsável pela construção de infraestrutura de rede nas zonas rurais da Suécia. Note-se contudo, que a Europolitan e a HI3G continuam a construir separadamente as suas infraestruturas nas zonas urbanas.

As partes notificaram a *joint venture* à ANC sueca visando a obtenção de isenção, sendo que a mesma não levantou qualquer objeção e emitiu uma carta de conforto concedendo uma isenção automática por cinco anos.

6.2.5 Net4Mobility

Em 2009, os segundo e terceiro maiores operadores móveis suecos, respetivamente a Tele2 e a Telenor, anunciaram uma parceria para desenvolver conjuntamente uma rede baseada na tecnologia LTE, justificando-o com base na existência de poupanças de custos significativas, de uma cobertura geográfica mais alargada e de velocidades de transmissão superiores.

Esta *joint venture*, designada de Net4Mobility, seria detida em frações iguais pelas partes e responsável pela propriedade, operação e manutenção da infraestrutura de rede (designadamente, mastros, antenas e estações base). Para além da partilha de elementos de rede passivos e da RAN, as partes anunciaram igualmente a partilha de espetro na faixa dos 900 MHz e dos 2.6 GHz.

Na sequência da investigação desenvolvida, a ANC sueca identificou um conjunto de preocupações concorrenciais relacionadas com o risco de coordenação entre as partes face à existência de custos comuns e à troca de informação comercialmente sensível, com o modelo de tarifas de capacidade que poderia ser suscetível de conduzir à diminuição das quantidades produzidas como resultado de um custo marginal aparentemente mais elevado e, finalmente, com o risco de encerramento de mercado como resultado de uma vantagem competitiva relacionada com a partilha de espetro.

Não obstante, a ANC sueca verificou que a *joint venture* representava para cada uma das partes uma percentagem relativamente reduzida dos custos de prestação dos serviços móveis de voz e dados. Acresce que estavam presentes no mercado retalhista outros operadores, incluindo o maior no mercado sueco.

No que concerne às vantagens competitivas potencialmente advenientes da concentração de espetro, e que se podiam traduzir na oferta de serviços com velocidades superiores, tal como alegado por terceiros, a ANC sueca entendeu que estas não eram de molde a restringir a concorrência.

A ANC sueca concluiu ainda que a *joint venture* não abrangia a oferta de serviços aos utilizadores finais ou os termos em que esses mesmos serviços eram fornecidos. Desta forma, e por entender que a mesma não impedia que entre as partes existisse uma concorrência agressiva no mercado retalhista, a ANC deu por concluída a investigação.

Em Março de 2011, a Net4Mobility participou num leilão para a aquisição de espetro, tendo a Tele2 e a Telenor ficado, por este motivo, impedidas de apresentar propostas individuais a concurso. Como resultado do leilão, a Net4Mobility viu ser-lhe atribuído espetro na faixa dos 800 MHz, tendo, em Fevereiro de 2012, sido também transferido para a sua propriedade o espetro detido pela Tele2 e Telenor na faixa dos 2.6 GHz e 900 MHz.

6.2.6 Reggefiber

Na Holanda, a ANC não se opôs, à constituição de uma *joint venture* denominada Reggefiber entre o incumbente holandês, a KPN, e uma empresa de investimento, a Reggeborgh, que já

possuía investimentos nesta área. Esta *joint venture*, especializada na construção e operação de redes de acesso em fibra ótica visava o desenvolvimento pelas partes de uma rede FTTH.

De acordo com os termos da *joint venture*, anunciados em maio de 2008 e alterados no final de 2011, a KPN, que inicialmente detinha uma participação minoritária de 41% na Reggefiber, pode aumentar a sua participação quando atingidas determinadas metas de cobertura, opção que é expectável que exerça pela primeira vez no final de 2012.

Na análise desenvolvida pela ANC holandesa, no contexto do controlo de operações de concentração, esta identificou duas preocupações de natureza jusconcorrencial. A primeira relacionada com o facto de se poder assistir a uma diminuição da concorrência entre duas infraestruturas de rede alternativas, nomeadamente entre a rede de cobre (detida pelo incumbente holandês) e a rede de fibra. Por outro lado, entendeu a ANC holandesa que era possível que os incentivos para conceder acesso a terceiros que operam no mercado retalhista à nova infraestrutura de rede desenvolvida pela Reggefiber fossem diminutos.

Acresce que, segundo esta ANC, com o desenvolvimento de uma nova rede de fibra, a KNP poderia evitar a regulação setorial que lhe tinha sido imposta por deter uma posição dominante no que respeita à prestação de serviços sobre a rede de cobre, transferindo essa mesma posição para a rede de fibra não regulada.

Neste sentido, a KPN teria a capacidade e o incentivo para encerrar o mercado, recusando acesso a terceiros à nova infraestrutura de rede e fortalecendo a sua posição nos mercados retalhistas.

Deste modo, a operação de concentração ficou sujeita a determinadas condições, comprometendo-se as partes a cumprir as seguintes obrigações:

- (i) manter a *joint venture* separada das empresas-mãe;
- (ii) fornecer informação sobre os planos de desenvolvimento da rede a potenciais concorrentes;
- (iii) fornecer acesso a terceiros de acordo com termos específicos;
- (iv) tratar de forma não discriminatória todas as partes;
- (v) publicar uma oferta de referência de acesso à rede, cumprindo desta forma uma obrigação de transparência;
- (vi) cumprir um *price cap* e níveis mínimos de qualidade de serviço; e finalmente,
- (vii) dispor de um procedimento de execução.

Na avaliação que desenvolveu, a ANC holandesa cooperou de perto com a ARN no desenho das condições descritas *supra*, traduzindo-se esta cooperação na adoção de decisões em simultâneo por estas entidades. Por um lado, o regulador passou a regular as redes de fibra em acréscimo às redes de cobre e, por outro lado, a ANC não se opôs à concentração, desde que cumpridas condições virtualmente semelhantes às impostas pelo regulador.

6.2.7 NetWorkS!

Na Polónia, os operadores PTC e PTK criaram uma *joint venture*, designada por NetWorkS!, para a partilha da RAN, incluindo a gestão, planeamento, desenvolvimento e manutenção da rede conjunta. O objetivo desta *joint venture* era o desenvolvimento de uma rede de alto nível que permitisse a melhoria da qualidade de serviço e a extensão da cobertura.

A ANC polaca entendeu que desta iniciativa não resultavam restrições à concorrência uma vez que este era limitado a aspetos técnicos, mantendo as partes a sua própria infraestrutura e frequências e continuando a concorrer nos mercados grossistas e retalhistas com as suas próprias marcas. Por outro lado, a transação permitia que os operadores otimizassem os custos de manutenção das suas redes, que por sua vez permitiria novos investimentos em benefício dos consumidores e do ambiente.

7 Conclusão

Os operadores e prestadores de serviços de comunicações eletrónicas cada vez mais optam pela partilha de infraestruturas motivados pela possibilidade de diminuir a exigência financeira numa perspetiva individual, evitar a duplicação de investimentos e/ou a alcançar uma redução das despesas de exploração e do risco de negócio.

A partilha de infraestruturas pode resultar da celebração de acordos de cooperação de médio ou longo prazo ou da criação de *joint ventures*. No caso dos acordos de cooperação, as ANC determinam, em primeiro lugar, se estes têm como objeto ou efeito a restrição da concorrência. Em caso afirmativo, procedem à avaliação dos benefícios decorrentes dos mesmos de modo a determinar se excedem os prejuízos, e se pelo menos uma parte relevante destes é passada para os consumidores. Relativamente à avaliação jusconcorrencial de *joint ventures*, será necessário, em primeiro lugar, determinar se estas desempenham de forma duradoura as funções de uma entidade económica autónoma, o que implica que devem ser avaliadas como uma operação de concentração entre empresas.

Uma iniciativa de partilha, sem prejuízo das motivações subjacentes, é suscetível de ter efeitos restritivos sobre a concorrência. No que concerne a parcerias no setor das comunicações eletrónicas, os principais efeitos anticorrecenciais correspondem à redução da concorrência pela infraestrutura, tradicionalmente considerada aquela que gera maiores benefícios para os consumidores; ao aumento dos incentivos à coordenação de comportamentos, em particular por via da existência de custos partilhados e da troca de informação entre as partes; ao encerramento de mercado e discriminação de tratamento a terceiros, em resultado, por exemplo, da adoção de cláusulas de exclusividade; e aos efeitos advenientes da presença de mecanismos de compensação.

Estes eventuais efeitos devem ser compensados pelos benefícios resultantes da racionalização dos investimentos, das economias de custos e da partilha e diversificação do risco, que são suscetíveis de se traduzir em ganhos para os consumidores, nomeadamente em preços mais

baixos e maior qualidade. Por outro lado, a partilha pode permitir a entrada de operadores em áreas geográficas menos interessantes do ponto de vista económico, da qual pode resultar um aumento da cobertura de um dado operador/serviço, mas também uma maior variedade de escolha para os consumidores, com os consequentes benefícios decorrentes do aumento da concorrência.

No setor das comunicações eletrónicas o tipo de acordos de cooperação e *joint ventures* está muito relacionado com a tecnologia. Observa-se que a partilha envolvendo apenas infraestrutura de rede passiva não é suscetível de ter efeitos restritivos da concorrência, sendo mesmo incentivada pelas autoridades. À medida que a partilha abrange níveis superiores da cadeia de produção, nomeadamente aqueles em que está situada a inteligência da rede, o potencial para gerar efeitos restritivos vai também aumentando. Tal é confirmado pela prática decisória europeia, não apenas por parte da Comissão Europeia como das ANC dos diversos Estados Membros no que diz respeito à análise de *joint ventures* e acordos de cooperação de médio longo prazo tanto no setor das comunicações fixas como no das comunicações móveis.

A avaliação jusconcorrencial de parcerias, incluindo acordos de cooperação e *joint ventures*, no setor das comunicações eletrónicas deve passar sempre por uma apreciação que tenha em que especial atenção os seguintes elementos:

- (i) objetivo e abrangência da partilha em termos geográficos e de elementos de rede;
- (ii) responsabilidades de cada uma das partes em termos de *inputs*;
- (iii) contribuição financeira de cada uma das partes/remuneração pelo acesso concedido;
- (iv) mecanismos de compensação;
- (v) trocas de informação previstas;
- (vi) processo de decisão e limitações à autonomia das partes (e.g. em termos de preços, qualidade e variedade dos serviços oferecidos);
- (vii) condições de acesso a terceiros; e
- (viii) resolução de diferendos e termos de dissolução.

De realçar, contudo, que esta lista de elementos não é exaustiva, nem deverá ser aplicada de forma mecânica, mas sim tendo em conta as especificidades de cada iniciativa de partilha e das empresas que dela fazem parte.

Esta análise deve também enquadrar as iniciativas de partilha no contexto dos mercados relevantes afetados, incluindo a aferição do poder de mercado detido pelas partes (individual e coletivo), de modo a permitir uma avaliação do impacto da parceria na concorrência.

Apêndice I – Enquadramento regulamentar

Disposições de carácter geral

Os acordos de partilha de rede no setor das comunicações eletrónicas têm que respeitar, para além das disposições constantes da legislação da concorrência, os princípios estabelecidos no enquadramento regulamentar europeu, transposto para o ordenamento jurídico dos vários Estados Membros.

No enquadramento jurídico nacional, as disposições europeias relativas à partilha de infraestruturas de comunicações eletrónicas encontram paralelo na Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro (Lei das Comunicações Eletrónicas, doravante “LCE”), alterada pelo Decreto-Lei n.º 176/2007, de 8 de maio, pela Lei n.º 35/2008, de 28 de julho, pelos Decretos-Lei n.º 123/2009, de 21 de maio, e n.º 258/2009, de 25 de setembro, e pelas Leis n.º 46/2001, de 24 de junho, e n.º 51/2011, de 13 de setembro.

Em particular, no âmbito da concretização dos objetivos de regulação, a LCE refere na alínea d) do n.º 5 do seu artigo 5.º que incumbe à ARN promover o investimento eficiente e a inovação em infraestruturas novas e melhoradas, designadamente garantindo que qualquer obrigação de acesso tenha em devida conta o risco de investimento incorrido pelas empresas e permitindo que acordos de cooperação entre estas e os requerentes de acesso diversifiquem o risco de investimento, assegurando, em simultâneo, que a concorrência no mercado e o princípio da não discriminação são salvaguardados.

Acresce que o artigo 25.º da LCE determina, no seu n.º 1, que as empresas devem promover entre si a celebração de acordos com vista à partilha dos locais e dos recursos instalados ou a instalar, os quais devem ser comunicados à ARN. Nos termos do n.º 2, a própria ANACOM pode, por razões relacionadas com a proteção do ambiente, saúde ou segurança públicas, ou para satisfazer objetivos do ordenamento do território e defesa da paisagem urbana e rural, determinar a partilha de recursos ou propriedades, incluindo edifícios, entradas de edifícios, postes, antenas, torres, estruturas de apoio, condutas, tubagens, câmaras de visita, armários ou outras instalações existentes no local, independentemente de os seus titulares serem empresas que oferecem redes ou serviços de comunicações eletrónicas.

O artigo 25.ºA da LCE, por seu turno, fixa que a partilha de infraestruturas de telecomunicações em edifícios, urbanizações ou conjuntos de edifícios está sujeita ao regime da construção de infraestruturas aptas ao alojamento de redes de comunicações eletrónicas e à construção de infraestruturas de telecomunicações em loteamentos, urbanizações, conjuntos de edifícios e edifícios, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 123/2009, de 21 de maio, alterado pelo Decreto-Lei n.º 258/2009, de 25 de setembro.

No âmbito do regime de autorização geral, o artigo 27.º da LCE prevê, entre outras, na sua alínea g), que as empresas que oferecem redes e serviços de comunicações eletrónicas apenas podem estar sujeitas na sua atividade a requisitos de proteção do ambiente ou de

ordenamento urbano e territorial, assim como a requisitos e condições associados à concessão de acesso a terrenos públicos ou privados e condições associadas à partilha de locais e recursos.

Para além destas obrigações de carácter geral, existem ainda outras relacionadas com a concessão do serviço público de telecomunicações ou com a detenção de Poder de Mercado Significativo (PMS) que podem determinar a partilha de infraestruturas, nomeadamente de condutas, edifícios ou postes, constantes, por exemplo, dos artigos 26.º, 69.º e 72.º da LCE. Refira-se, no entanto, que, por exemplo no caso do artigo 72.º, essa imposição está enquadrada pela necessidade de salvaguarda da concorrência a longo prazo a nível das infraestruturas.

Redes móveis

Para além do descrito *supra*, genericamente aplicável a todos os operadores de comunicações eletrónicas, a LCE, no artigo 34.º, prevê a admissibilidade da locação dos direitos de utilização de frequências entre empresas, nomeadamente no caso específico das redes de comunicações móveis, desde que não interdita pela ARN e publicitada no Quadro Nacional de Atribuição de Frequências (QNAF). Sem prejuízo desta possibilidade, a ARN pode tomar medidas que evitem a acumulação de espetro e provoquem distorções na concorrência (cf. artigo 35.º da LCE). Nos termos da alínea e) do artigo 72.º, a ANACOM pode também impor obrigações de itinerância aos operadores.

A partilha de infraestruturas em redes móveis é, por outro lado, regulada pelo disposto no Decreto-Lei n.º 151-A/2000, de 20 de julho, alterado pelos Decretos-Lei n.º 167/2006 e n.º 264/2009, e retificado pela Declaração n.º 90/2009, que define, entre outros, os princípios aplicáveis à partilha de infraestruturas de radiocomunicações. O artigo 23.º do referido Decreto-Lei de 2000 estabelece que as entidades titulares de licença emitida nos termos do presente diploma devem celebrar acordos com vista à partilha de infraestruturas de radiocomunicações existentes ou a instalar, cuja localização possa coincidir, mantendo os requisitos de exploração específicos, podendo abranger estruturas de suporte, cabos, filtros, antenas e edifícios, com exceção dos casos em que essa partilha seja tecnicamente inviável.

Nos termos dos títulos unificados dos direitos de utilização de frequências para serviços de comunicações eletrónicas terrestres atribuídos pela ANACOM, em 9 de março de 2012, os operadores móveis nacionais ficam igualmente sujeitos ao cumprimento de um conjunto de obrigações relacionadas com a partilha de rede.

Assim, no âmbito da obrigação de acesso referente às faixas dos 800 MHz, para os três operadores móveis, e 900 MHz, para a Vodafone, estes ficam obrigados a aceitar a negociação de *a)* acordos que permitam que a sua rede seja utilizada para operações móveis virtuais de terceiros, nas diversas modalidades balizadas por *full MVNO* e *light MVNO*; *b)* acordos de itinerância nacional com terceiros que possuam direitos de utilização de frequências nas faixas acima de 1 GHz e que não possuam direitos de utilização de frequências sobre mais do que um total de 2 x 5 MHz cumulativamente nas faixas dos 800 MHz e 900 MHz; e *c)* acordos de acesso

e de partilha de infraestruturas, de acordo com o regime fixado no Decreto-Lei n.º 123/2009, de 21 de maio, na redação que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 258/2009, de 25 de setembro (cf. ponto 8.4. dos títulos unificados).

De salientar, por fim, que, no contexto dos atrasos no processo de implementação dos sistemas UMTS¹⁵, a ANACOM, na ausência do enquadramento legal oferecido pela LCE e pelo Decreto-Lei n.º 123/2009, procedeu no final de 2001 à clarificação de questões associadas à partilha de infraestruturas¹⁶. O regulador entendeu serem suscetíveis de partilha as estruturas de suporte, edifícios e sistemas auxiliares (por exemplo, sistemas de energia e ar condicionado), indicando que a legislação prevê que, sempre que seja tecnicamente possível, as entidades devem celebrar acordos com vista à partilha deste tipo de infraestruturas (existentes ou a instalar). Do mesmo modo, a ANACOM indicou que de acordo com o Decreto-Lei n.º 151-A/2000, de 20 de Julho, os operadores podiam partilhar os equipamentos acessórios tais como cabos, combinadores, filtros e antenas.

No que concerne à RAN, a ANACOM esclareceu que a utilização de Nós B e RNC em modo partilhado, em vez da instalação distinta de estações, seria permitida desde que garantida a parametrização e controlo funcional independente da rede, em especial no que diz respeito à utilização de frequências e potências utilizadas, i.e. a separação dos Centros de Operação e Manutenção (OMC). Por outro lado, deveria ser possível que os operadores tivessem acesso à sua própria ligação lógica (canais onde flui a informação que lhe diz respeito).

Já a partilha da rede *core*, nomeadamente do Centro Móvel de Comutação (MSC), não era permitida pela ANACOM, justificando o regulador esta decisão com questões relacionadas com a garantia da concorrência no âmbito da diversificação da oferta de serviços e a garantia de qualidade de serviço.

Por último, a ANACOM proibia a partilha do espectro radioelétrico, por entender que a utilização das frequências em modo de *trunking* representaria uma alteração substancial dos pressupostos do concurso realizado para atribuição de licenças UMTS (e de todo o planeamento de rede que aí foi indicado).

Redes fixas

No que concerne à partilha de infraestrutura de redes fixas, e em acréscimo ao já referido a propósito das disposições constantes da LCE, refira-se que o Decreto-Lei n.º 123/2009, de 21 de maio, rectificado pela Declaração de Rectificação n.º 43/2009, de 22 de junho, e alterado pelo Decreto-Lei n.º 258/2009, de 25 de setembro, estabelece o regime aplicável à construção de infraestruturas aptas ao alojamento de redes de comunicações eletrónicas, à instalação de redes de comunicações eletrónicas e à construção de infraestruturas de telecomunicações em loteamentos, urbanizações, conjuntos de edifícios e edifícios.

¹⁵ UMTS: *Universal Mobile Telecommunications System*.

¹⁶ Cf. sítio da ANACOM na Internet, disponível em <http://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=13823> e <http://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=13509>.

De acordo com o artigo 9.º do referido Decreto-Lei n.º 123/2009, sempre que projetem a realização de obras que viabilizem a construção ou ampliação de infraestruturas aptas ao alojamento de redes de comunicações eletrónicas, as entidades referidas no artigo 2.º devem tornar pública essa intenção, de forma a permitir que os operadores se associem à obra projetada¹⁷.

Acresce que, segundo o seu artigo 13.º, as entidades estão ainda obrigadas a assegurar aos operadores o acesso às infraestruturas aptas ao alojamento de redes de comunicações eletrónicas que detenham ou cuja gestão lhes incumba, em condições de igualdade, transparência e não discriminação, e com remuneração orientada para os custos.

Por outro lado, no seu artigo 23.º, o Decreto-Lei n.º 123/2009 estabelece que as empresas de comunicações eletrónicas devem promover, entre si, a celebração de acordos com vista à partilha dos locais e dos recursos instalados ou a instalar, nos termos do artigo 25.º da LCE, devendo os mesmos ser comunicados à ANACOM. Sempre que, o estado de ocupação das infraestruturas já construídas não permita alojar outros equipamentos ou recursos e, por razões relacionadas com a proteção do ambiente, a saúde ou segurança públicas, o património cultural, o ordenamento do território e a defesa da paisagem urbana e rural, não existam alternativas viáveis à instalação de novas infraestruturas, à ANACOM pode determinar a partilha de recursos, nos termos do n.º 2 do artigo 25.º da LCE.

De modo a facilitar a partilha de infraestruturas, nos termos do artigo 24.º, as entidades referidas devem elaborar, possuir e manter permanentemente atualizado um cadastro do qual conste informação descritiva e georreferenciada das infraestruturas aptas ao alojamento de redes de comunicações eletrónicas, nomeadamente condutas, caixas, câmaras de visita, e infraestruturas associadas. Este cadastro tem a designação de Sistema de informação centralizado (SIC).

O Decreto-Lei n.º 123/2009 estabelece ainda o regime de instalação das Infraestruturas de telecomunicações em loteamentos, urbanizações e conjuntos de edifícios (ITUR), bem como o regime de instalação das Infraestruturas de telecomunicações em edifícios (ITED) e respectivas ligações às redes públicas de comunicações eletrónicas. Em relação ao acesso a estas infraestruturas, determina-se que o mesmo deve ser aberto, não discriminatório e transparente, para efeitos de instalação, conservação, reparação e alteração de cabos, equipamentos e outros dispositivos de rede de comunicações eletrónicas (cf. artigos 33.º e 63.º).

¹⁷ As entidades referidas correspondem *a)* ao Estado, às Regiões Autónomas e às autarquias locais; *b)* a todas as entidades sujeitas à tutela ou superintendência de órgãos do Estado, das Regiões Autónomas ou das autarquias locais, que exerçam funções administrativas, revistam ou não carácter empresarial, bem como às empresas públicas e às concessionárias, nomeadamente as que atuem na área das infraestruturas rodoviárias, ferroviárias, portuárias, aeroportuárias, de abastecimento de água, de saneamento e de transporte e distribuição de gás e de eletricidade; e *c)* a outras entidades que detenham ou explorem infraestruturas que se integrem no domínio público do Estado, das Regiões Autónomas e das autarquias locais.

Em síntese, este Decreto-Lei estabelece regras de acesso aberto e não discriminatório a condutas, postes e outras instalações, prevendo igualmente normas que visam facilitar a coordenação das intervenções no subsolo. Deste modo, procura facilitar-se a partilha de infraestrutura e definir normas que evitem a monopolização da mesma infraestrutura pelo primeiro operador.

Apêndice II – Glossário

3G: terceira geração de tecnologia de comunicações móveis.

Backhaul: parte de uma rede de telecomunicações responsável por fazer a ligação entre o núcleo da rede e as sub-redes periféricas.

Bitstream: fluxo contínuo de dados.

Cross-connection box: cabine exterior de telecomunicações.

Espectro radioelétrico: recurso natural escasso que se traduz no conjunto de frequências associadas às ondas radioelétricas passíveis de suportar a prestação de serviços de comunicações electrónicas.

Fibra escura: infraestrutura de fibra óptica que está instalada nos locais mas que não emite quaisquer sinais ópticos.

Fibre iluminada: infraestrutura de fibra óptica que está instalada nos locais e que emite sinais ópticos.

FTTH: *Fibre-to-the-home*. Tecnologia em que a fibra chega à casa do cliente, tipicamente, a uma caixa situada na parede exterior da casa, permitindo a oferta de velocidades de transmissão mais elevadas.

GMSC: *Gateway of the Mobile Switching Center* ou Ponte de Ligação do Centro Móvel de Comutação (ver MSC).

G-PON: *Gigabit Passive Optical Network*. Arquitetura de acesso ponto-multiponto.

GPRS: *General packet radio service*. Tecnologia que aumenta as taxas de transferência de dados nas redes móveis, permitindo o transporte de dados por pacotes.

HLR: *Home Location Register* ou Registo de Localização de Clientes. Base de dados que contém informações sobre os assinantes de um sistema móvel.

Itinerância nacional: situação em que os operadores em causa não partilham qualquer elemento de rede, mas utilizam simplesmente a rede uns dos outros para prestarem serviços aos seus próprios clientes, usualmente, por um período de tempo pré-determinado e em áreas geográficas delimitadas.

Lacete local desagregado: o lacete local consiste no circuito físico em pares de condutores metálicos entrançados que liga o ponto terminal da rede nas instalações do assinante ao repartidor principal ou a uma instalação equivalente da rede telefónica pública fixa.

LTE: *Long term evolution*. Tecnologia de comunicações móveis de alta velocidade também designada 4G.

Monofibra: arquitetura de rede em que apenas uma fibra é passada até à habitação do cliente final.

MSC: *Mobile Switching Center* ou Centro Móvel de Comutação. Central responsável pelas funções de comutação e sinalização para as estações móveis localizadas numa área geográfica.

Multifibra: arquitetura de rede com várias fibras conectadas à habitação do cliente final.

MVNO: *Mobile Virtual Network Operator* ou operador móvel virtual. Operador que recorre à infraestrutura de rede de terceiros para prestar serviços no mercado retalhista de comunicações móveis.

Node B: ou Nó B. *Hardware* conectado à rede de comunicações móveis que comunica diretamente com os telemóveis.

RAN: *Radio Access Network* ou Rede de Acesso Rádio. Parte de um sistema de comunicações móveis.

Rede Core: Parte central de uma rede de telecomunicações que permite o fornecimento de diversos serviços a clientes conectados através da rede de acesso.

RNC: *Radio Network Controlers* ou Controladores de Rede Rádio.

SGSN: *Serving GPRS Support Node* (ver GPRS).

Splitter: filtro de onde podem derivar pares de fios distintos.

VLR: *Visitors Location Residence* ou Registo de Localização de Visitantes. Base de dados que contém a informação sobre os assinantes em visita (*roaming*) a um sistema móvel.