



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Av. D. João II, Nº 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef: 218360030 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tecom@tribunais.org.pt

Processo: 1065/07.0TYLSB	Recurso (Contra Ordenação)	1551638
--------------------------	----------------------------	---------

DECLARAÇÃO DE DEPÓSITO

Declaro que hoje, depusitei na Secretaria deste Juízo, a presente sentença proferida nos presentes autos de Processo 1065/07.0TYLSB, Recurso (Contra Ordenação), em que são:

Recorrente: Pt - Comunicações S.A.

Recorrido: Autoridade da Concorrência

que para tal me foi entregue pelo(a) Mm^o(ª) Juiz de Direito, nos termos e para os efeitos do disposto no art.º 372º, n.º 5 do C. P. Penal.

De como recebeu, comigo vai assinar.

Lisboa, 02-03-2010

Peço O Secretário de Justiça,
António Cardoso

SENTENÇA

1 - RELATÓRIO

1.1 - "PT COMUNICAÇÕES, S.A" pessoa colectiva nº 504615947 com sede na R. Andrade Corvo, nº 6, Lisboa, interpôs recurso de impugnação judicial de uma decisão da Autoridade da Concorrência datada de 01 de Agosto de 2007 que a condenou, como autora material, pela prática, sob a forma continuada, das contra-ordenações p.p. pelos arts. 6º, nº 1 e 43º, nº 1, al. a), ambos da Lei 18/03 de 11 de Junho, 3º, nº 1 e 37º, nº 1 e 2 da lei 371/93 de 29 de Outubro e 82º do Tratado da Comunidade Europeia:

a) no pagamento de uma coima única no valor de € 38.000.000 (trinta e oito milhões de euros); --

b) na publicação de extracto da decisão na II.ª Série do Diário da República e da parte decisória num jornal nacional de expansão nacional; ---

c) no pagamento de uma sanção pecuniária compulsória, por cada dia de atraso no pagamento da coima, no montante de 5% da média diária do volume de negócios da empresa no último ano, a contar da data do trânsito em julgado da decisão condenatória.

A referida decisão da Autoridade da Concorrência (doravante designada AdC) fundamenta-se, resumidamente, na seguinte factualidade:

a) a "PT Comunicações S.A" (doravante designada PTC) recusou, em determinadas datas, acesso à sua rede de infra-estruturas de telecomunicações, recusando pedidos de instalação de cabo efectuados pelos operadores de redes de televisão por subscrição, expressa e implicitamente, não tendo as recusas justificação objectiva; --

b) por força dessa actuação aumentaram os custos das operadoras que solicitaram o acesso; ---

c) quer a recusa quer o aumento dos custos tiveram como efeito restringir ou impedir a concorrência em virtude de a PTC ter posição dominante nos mercados a jusante; ---

d) a actuação da PTC traduziu-se na alavancagem da posição dominante do Grupo PT nos mercados da televisão por subscrição, internet de banda larga e telefonia fixa, mercados em que se produzem os efeitos; --

e) as condutas cujo acesso foi negado são infra-estruturas essenciais pelo que os operadores de televisão por subscrição concorrentes do Grupo PT ficaram impedidos de oferecer serviços no mercado a jusante, logo, impedidos de concorrer; --

f) o que provocou uma alteração na estrutura concorrencial do mercado, criando a actuação da PTC uma barreira à entrada nos mercados a jusante e impedindo a expansão das redes dos concorrentes; ---

g) a recusa de acesso a condutas ao limitar a oferta nacional de televisão por subscrição, internet por cabo e telefonia fixa por cabo, é susceptível de ter como efeito uma diminuição do investimento de empresas de outros Estados-

membros nos mercados nacionais referidos pelo que a actuação da PTC afectou de forma apreciável o comércio entre os Estados-membros; ---

h) no todo a PTC praticou dois conjuntos de infracções, ambos sob a forma continuada, um referente às recusas ocorridas entre 17 de Agosto de 2001 e 29 de Maio de 2003 e outro entre 31 de Julho de 2003 e 16 de Setembro de 2005; ---

i) a PTC agiu livre, consciente e voluntariamente na prática da infracção, com consciência dos actos que praticava e com intenção de os praticar; ---

j) Com a sua actuação a PTC violou, no que ao primeiro conjunto de recusas respeita, o art. 3º do Dec.lei 371/93 e no que ao segundo respeita o art. 6º da Lei 18/03.

*

1.2 – Fundamentos do Recurso

Inconformada com a decisão a arguida interpôs o presente recurso de impugnação invocando

A - Estar a decisão inquinada dos seguintes vícios: ---

a) Violação plúrima dos seus direitos de defesa consagrados no art.º 32.º da CRP e nos artigos 50.º do Regime Geral das Contra-Ordenações e Coimas e 19.º n.º 1 e 26.º da Lei 18/03, integradores de uma nulidade insanável nos termos do art.º 119.º n.º 1 c) do Código de Processo Penal, correspondendo ainda à falta de fundamentação da decisão, em violação directa do disposto nos artigos 205.º n.º 1 da Constituição da República Portuguesa, 58.º n.º 1 alínea b) do RGCO e 374.º n.º 2 e 379.º n.º 1 alíneas a) e b) do Código de Processo Penal. ---

a.1) na decisão foram consideradas diversas realidades qualificadas como factos – correspondendo a factos propriamente ditos e a factos conclusivos – que não tinham sido referidos em qualquer das notas de ilicitude e relativamente aos quais a PTC não teve oportunidade de se pronunciar;

a2) a PTC não teve acesso a todos os elementos de prova constantes dos autos, por serem confidenciais; o que impediu não só o seu direito de defesa como violou o direito à informação procedimental consagrado em especial no art.º 62º n.º 1 do Código de Procedimento Administrativo; ---

a3) na decisão a AdC apresentou uma abordagem jurídica das questões suscitadas e uma forma de subsunção dos comportamentos da Arguida ao tipo contra-ordenacional muito diferente da que tinha sido apresentada nas duas Notas de Ilcitude;

a4) a ADC não concentrou a acusação num só acto processual, tendo aproveitado a segunda Nota de Ilcitude para aperfeiçoar muitos dos aspectos já tratados na primeira Nota de Ilcitude; ---

a5) nas Notas de Ilcitude a AdC não indicou as balizas possíveis da sanção ou da sua forma de cálculo, nem referiu qualquer intenção de punir a PTC com a sanção acessória de publicidade nem com uma sanção pecuniária compulsória; ---

a6) a segunda Nota de Ilcitude e a decisão são ininteligíveis em diversas partes de grande relevância para a defesa da Arguida; ---

b) As normas correspondentes aos artigos 50.º do RGCO e 26.º n.ºs 1 e 4 da Lei 18/03 são inconstitucionais por violação dos artigos 32.º n.ºs 5 e 10 e 205.º

n.º 1 da Constituição da República Portuguesa na interpretação de que não é necessário a autoridade administrativa dar ao arguido a oportunidade de se pronunciar sobre os novos factos constantes da decisão antes de esta ser proferida, apresentando a sua versão dos mesmos; contraditar todas as provas constantes do processo; se pronunciar sobre a versão e o enquadramento jurídico que a autoridade administrativa pretenda aplicar aos factos praticados pelo arguido e sobre a sanção (ou sanções) que a autoridade administrativa considera dever ser aplicada ao arguido no caso concreto; ---

c) A AdC não comunicou previamente ao ICP-Anacom nem à Comissão Europeia, de forma completa, o conteúdo da decisão que veio a adoptar, o que constitui uma irregularidade processual; ---

d) A decisão não foi notificada aos mandatários da Arguida e a Arguida informada da mesma, tendo pelo contrário, a Arguida sido notificada e os mandatários informados; ---

e) Na notificação da decisão não foi indicado o prazo para impugnação nem a respectiva forma. ---

B – Não ser a sua conduta punível por:

a) nem o artigo 6º da Lei 18/2003 nem o artigo 82º do Tratado CE serem aplicáveis às situações de recusa de acesso à rede de condutas da PTC objecto da decisão; ---

b) nem o Dec.lei 371/93, nem a Lei 18/2003, preverem concretamente qual a sanção aplicável à violação do artigo 82º do Tratado CE o que preclui qualquer possibilidade de, com base na violação desta disposição, ser à PTC aplicada qualquer coima; ---

c) mesmo na hipótese de as recusas de acesso às condutas em causa não estarem cobertas pela excepção do artigo 41º, nº1 do Dec.lei 371/93 e pela excepção do artigo 3º, nº2 da Lei 18/2003 e do artigo 86º nº2 do Tratado CE, antes da entrada em vigor da Lei 18/2003 a recusa de acesso às condutas da PTC não ser proibida pelo Dec.lei 371/93 nem punível pelo artigo 82º do Tratado CE. ---

C – Não ter sido praticada qualquer infracção por: ---

a) não ter sido feita prova que a rede de condutas da PTC seja uma infraestrutura essencial à concorrência na prestação de serviços de televisão por subscrição, de Internet de banda larga e de telefonia fixa, dado que a limitação do acesso à dita rede de condutas não é susceptível de produzir o efeito de eliminação da concorrência; ---

b) os operadores de televisão por subscrição não necessitam de ter uma rede de cabo para prestarem aos utilizadores os serviços de televisão por subscrição, de Internet de banda larga e de telefonia fixa, pois podem prestar serviços de televisão por subscrição através de satélite (DTH) e podem prestar serviços de Internet e telefonia fixa mediante recurso a diversas ofertas grossistas da PTC (originação, Rede ADSL PT, ORALL, etc.); ---

c) a PTC não detém qualquer posição dominante nos mercados retalhistas de televisão por subscrição, de Internet em banda larga e de telefonia fixa; ---

d) a AdC não provou que as redes de distribuição de água e saneamento, a rede eléctrica, as redes de gás, as redes de condutas das concessionárias de auto-estradas, os diversos tipos de redes de entidades públicas e as redes de outros

operadores de redes de comunicações electrónicas não tivessem, total ou parcialmente, características análogas à da rede de condutas e de infra-estruturas afins da PTC, e que, consequentemente, não fizessem, no todo, ou relativamente a muitos dos seus troços, parte do mesmo mercado, podendo assim representar uma alternativa às condutas da PTC; ---

e) o acesso às condutas da PTC não é indispensável à concorrência nos mercados retalhistas de televisão por subscrição, de Internet em banda larga e de telefonia fixa, e consequentemente, a recusa de acesso a essa infra-estrutura, ainda que fosse total, que não foi, e ainda que tivesse sido injustificada, que também não foi, não poderia ter tido, nem teve, como resultado a eliminação da concorrência nos mercados retalhistas a jusante; ---

f) PTC sempre concedeu o acesso às suas condutas de acordo com uma política objectivamente definida, política essa que permitiu que tanto a Cabovisão como a Tvtel desenvolvessem amplamente as respectivas redes de cabo com recurso às ditas infra-estruturas; ---

g) As recusas objecto da decisão traduzem situações excepcionais e que resultaram de uma política objectiva desenhada e implementada, não com o objectivo de eliminar a concorrência mas sim com o de conciliar o acesso às condutas com as obrigações da PTC enquanto concessionária do serviço público;

h) de qualquer forma tais recusas não tiveram por objecto favorecer o Grupo PT, nem, em especial, a CATVP, relativamente aos respectivos concorrentes, designadamente a Tvtel e a Cabovisão, nem tão pouco como objectivo eliminar a concorrência; ---

i) a política de gestão do acesso às condutas da PTC é defensável e os critérios de acordo com os quais a empresa limitou o acesso a certos troços de condutas eram razoáveis e não discriminatórios; ---

j) não pode ser admitida qualquer imputação subjectiva do ilícito à PTC tendo a decisão incorrido na violação frontal do princípio *nulla poena sine culpa*.

D – Estar a decisão inquinada por: ---

a) para efeitos de cálculo da coima, a AdC ter punido duas vezes as mesmas práticas da PTC relativamente à Tvtel, preterindo o princípio da proibição do *ne bis in idem* e violando os artigos 4.º do Protocolo n.º 7 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, 50.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e 8.º, 18.º n.º 1 e 29.º n.º 5 da Constituição da República Portuguesa. ---

b) a AdC não ter considerado a regulamentação sectorial específica aplicável (artigo 26.º da LCE, a decisão do ICP-ANACOM de 17.07.2004 e a ORAC) quando o devia ter feito, uma vez que – em consonância com a solução para o concurso legal de normas constante do artigo 3.º n.º 2 do RGCO – pelo menos a partir de Julho de 2004 os comportamentos da PTC passaram a ser punidos exclusivamente pelo artigo 113.º n.º 2 da LCE; ---

c) a coima e as sanções acessórias aplicadas pela AdC à PTC neste processo revelam-se claramente desadequadas, desproporcionais e insuficientemente fundamentadas. ---

*

1.3 – Alegações da Autoridade da Concorrência

Nas suas alegações a AdC refere que: ---

a) não houve qualquer violação dos direitos de defesa da PTC uma vez que a mesma: ---

a1) teve oportunidade de se defender em todos os momentos processuais definidos, e ainda, sempre e antes de qualquer tomada de posição definitiva no processo objecto de impugnação, tendo efectivamente exercido o seu direito de defesa de forma cabal e completa, tendo acedido ao processo e a todas as diligências complementares realizadas pela AdC, dos quais obteve cópias e sobre as quais se pronunciou antes de emitida a Decisão final; ---

a2) não terem as arguidas direito de acesso a documentos internos da Autoridade que não sejam relevantes para a preparação da respectiva defesa nem a documentos de outras recorrentes que, contendo segredos de negócios, não constituam prova de factos integrantes da contra-ordenação que lhe é imputada; -

a3) apenas o carácter definitivo da decisão da autoridade administrativa preclui a possibilidade de reapreciação dos factos como contra-ordenação, o que se encontra em consonância com o facto de ser a decisão da entidade administrativa que define o objecto do processo; ---

a4) no que à sanção respeita a PTC no seu recurso não se limitou a arguir a nulidade, tendo também abarcado na defesa apresentada, de forma desenvolvida, os aspectos de facto e de direito alegadamente alterados, pelo que a existir alguma nulidade a mesma estaria sanada; ---

a5) no que à existência de duas notas de ilicitude respeita a sua existência deveu-se apenas ao facto de, após a notificação à PTC da primeira, ter dado entrada na AdC a queixa da Cabovisão que continha novos factos sobre os quais tinha de ser dada à PTC a possibilidade de se pronunciar; ---

a6) logo não existe nenhuma nulidade insanável, e nem mesmo sanável tendo a PTC arguido intempestivamente a nulidade, sendo certo que abarcou na defesa apresentada, de forma desenvolvida, os aspectos de facto e de direito alegadamente alterados; ---

a7) nem as notas de ilicitude nem a decisão padecem de qualquer ininteligibilidade; ---

a8) os preceitos do Código de Procedimento Administrativo não são aplicáveis, nem tampouco invocáveis, em processo contra-ordenacional; ---

b) não há nenhuma norma que imponha a notificação ao ICP-Anacom e à Comissão Europeia do projecto de sanção a aplicar, tendo a AdC cumprido o disposto nos arts. 29º, nº 1, da Lei 18/03 e 11º, nº 4, do Regulamento 1/03 do Conselho; ---

c) não foi praticada qualquer irregularidade ou invalidade na notificação da decisão recorrida, tendo a AdC cumprido integralmente o disposto no art. 23º, nº 1, da Lei 18/03; ---

d) quer o Dec.lei 371/93 quer a Lei 18/03 são aplicáveis nos termos constantes da decisão recorrida, subsumindo-se a conduta da arguida às práticas dela constantes; ---

e) as condições essenciais de aplicação da excepção prevista no n.º 2 do artigo 41.º do Decreto-Lei n.º 371/93 não se encontram integralmente preenchidas; ---

f) não se encontrando reunidos os pressupostos de aplicação do n.º 2 do artigo 3.º da Lei n.º 18/2003, são aplicáveis as regras da concorrência vertidas na referida Lei e, especialmente, o artigo 6.º, n.º 1 e n.º 3, alínea b), às práticas em questão; ---

g) não procedem as alegações de recurso apresentadas pela PTC no que às questões de natureza substantiva respeita, argumentando a AdC nos moldes constantes da decisão recorrida. ---

Realizou-se audiência de discussão e julgamento com observância do formalismo legal. ---

2 - SANEAMENTO

O Tribunal é competente. ---

A arguida, no seu recurso invocou várias nulidades e questões prévias de que cumpre conhecer nesta sede. ---

2.1 - Da violação dos direitos de defesa

Invoca a arguida que no decurso do processo foram violados os seus direitos de defesa, em vários momentos e por várias actuações distintas da AdC, sendo a decisão nula por violação do disposto nos arts. 32º, nº 10 e 205º da Constituição da República, 50º e 58º, nº 1, al. b), do RGCOG, 374º, nº 2 e 379º, do Cod. Proc. Penal, 19º, nº 1 e 26º da Lei 18/2003.

2.1.1 - Regime subsidiário aplicável

Antes de mais e face à argumentação da arguida há que delimitar qual o regime subsidiário aplicável, se o Regime Geral das Contra-ordenações e Coimas (RGCOG) se o Código de Procedimento Administrativo (CPA). ---

O art. 19º da Lei 18/2003 dispõe que *Sem prejuízo do disposto na presente lei, os procedimentos sancionatórios respeitam o princípio da audiência dos interessados, o princípio do contraditório e demais princípios gerais aplicáveis ao procedimento e à actuação administrativa constantes do Código de Procedimento Administrativo ... bem como, se for caso disso, do regime geral dos ilícitos de mera ordenação social ...*

Por sua vez, o art. 22º, nº 1, do mesmo código determina que aos processos relativos a práticas proibidas se aplica subsidiariamente o regime geral dos ilícitos de mera ordenação social. ---

Extraí-se da conjugação destas duas normas que durante a denominada fase administrativa do processo, isto é, até ser proferida a decisão final pela autoridade administrativa se aplicam subsidiariamente as regras do Código de Procedimento Administrativo e que na fase de impugnação judicial se aplicam as regras do regime geral dos ilícitos de mera ordenação social? Afigura-se-nos que não é esta a interpretação que se deve fazer das duas normas em apreciação. A aplicação subsidiária do CPA está pensada para determinadas situações e a aplicação subsidiária do regime geral dos ilícitos de mera ordenação social está pensada para outras. ---

Nos processos de natureza sancionatória em que está em causa a prática de uma contra-ordenação, o direito subsidiário aplicável é o regime geral dos ilícitos de mera ordenação social. Nos processos de natureza sancionatória em que não

está em causa a prática de um ilícito contra-ordenacional, a AdC actua no campo do direito administrativo, sendo por conseguinte aplicável subsidiariamente o Código de Procedimento Administrativo. ---

Este entendimento é sufragado por Lacerda Costa Pinto que refere: "Do ponto de vista da autoridade administrativa a competência para processar contra-ordenações pode ter algo de peculiar: trata-se de Direito aplicável por uma entidade administrativa, mas que não é em rigor Direito Administrativo. (...) quando um acto de uma autoridade administrativa possa ser visto simultaneamente como um *acto administrativo* e um *acto integrador de um processo de contra-ordenação* o seu regime jurídico, nomeadamente para efeitos de impugnação, deverá ser em princípio o do ilícito de mera ordenação social e subsidiariamente o regime do processo penal, mas não o regime do Código de Procedimento administrativo. Uma solução diferente criaria o risco de um bloqueio completo da actividade sancionatória da administração por cruzamento de regimes e garantias jurídicas". ---

"A solução aqui sustentada (...) parece ser aquela que é ditada não só pelo enquadramento constitucional das garantias em processo de contra-ordenação, mas também pelo facto de o regime geral das contra-ordenações determinar a aplicação subsidiária do processo penal ... e equiparar os poderes instrutórios em processo de contra-ordenação aos poderes da polícia de investigação criminal (art. 48º, n.º 2), negando implicitamente qualquer recurso subsidiário ao Direito Administrativo."¹. ---

Também Simas Santos e Lopes de Sousa defendem esta posição: "Este artigo 41.º, insere-se nas normas gerais do processo contra-ordenacional e, por isso, as remissões nele feitas reportam-se tanto à fase de investigação da contra-ordenação, a que serão aplicáveis subsidiariamente as normas do processo de inquérito e instrução, como à fase de julgamento, no caso de recurso judicial da decisão administrativa de aplicação da coima."²³. ---

A este propósito L. Dantas entende que "A razão de ser da norma daquele artigo 19.º parece-nos, de facto, outra. Na verdade, o apelo ao código de procedimento administrativo em sede de actividade sancionatória deriva da natureza das infracções em causa e do facto de muitas delas serem constatadas em procedimentos de natureza administrativa que seguem os termos do respectivo código. Esta circunstância justifica que se tenha pretendido aproveitar essa forma de procedimento e, sobretudo os actos já levados a cabo no contexto do mesmo para sancionar as infracções em causa, afastando, em relação a elas, o processamento típico das contra-ordenações."⁴. ---

¹ "O Ilícito de Mera Ordenação Social e a erosão do princípio da subsidiariedade da Intervenção Penal", in RPOC, ano 7, Fasc. 1º, Jan-Março 1997, p. 81.

² in Contra-Ordenações, Anotações ao Regime Geral, 2ª ed., Vislis, p. 267.

³ Neste sentido ainda António Bepi Pereira, no «Regime Geral das Contra-Ordenações e Coimas», Alameda 2001, pág. 88; Teresa Beleza, no «Direito Penal», AAFDL, vol. I, 2.ª edição, pág. 131; José P. F. Cardoso da Costa, «O Recurso para os Tribunais Judiciais da aplicação das Coimas pelas Autoridades Administrativas», 1991, pp. 57 e segs. e José Gonçalves da Costa, «Contra-Ordenações», CEJ, Set. 1995, pp. 46 e segs., s/ a «estrutura e conteúdo da decisão». ---

⁴ comunicação proferida em 3.06.05 num Seminário sobre Direito Europeu da Concorrência, promovido pela Procuradoria Geral da República, que teve lugar no CCB, Lisboa.

Em suma, no caso dos autos, em que está em causa uma alegada infracção contra-ordenacional, não há que recorrer às normas do CPA mas sim às normas do RGCO. ---

2.1.2 – Do regime das nulidades

Nas suas alegações a AdC alega que a arguida não pode invocar as nulidades que suscita e que não existem nulidades insanáveis no direito contra-ordenacional. ---

Em primeiro lugar convém clarificar que pode haver nulidades insanáveis no processo contra-ordenacional. A AdC invoca, para sustentar a sua posição em contrário, o Assento 1/2003 de 25 de Janeiro de 2003. A jurisprudência obrigatória firmada pelo Assento é a que consta do dispositivo do mesmo e não a que consta da respectiva fundamentação. Ora no dispositivo do referido Assento não se consagra a inexistência de nulidades insanáveis no domínio das contra-ordenações. Aliás, nem na respectiva fundamentação tal é afirmado, não fazendo o aresto mais do que citar autores que defendem que pode haver tais nulidades e autores que defendem o contrário. ---

Em segundo lugar há que esclarecer que o Assento 1/2003 também não uniformiza jurisprudência no sentido de que se o arguido se defender de facto e de direito contra a acusação que lhe é dirigida, já não pode arguir nulidades (tal não consta do dispositivo do Assento). No caso sobre que versou o Assento estava a ser tratada apenas a questão da nulidade decorrente da incompletude ou insuficiência da notificação operada ao abrigo do art. 50º do RGCO, nada mais. Não é, pois, lícito, fazer quaisquer extrapolações e pretender que o Assento consagra a impossibilidade de arguição de nulidades quando simultaneamente é exercida a defesa de facto e de direito.

Acresce que, se na decisão final a autoridade recorrida introduzir factos novos, factos relevantes para a imputação da prática contra-ordenacional e que não constavam da nota de ilicitude, há uma violação do direito de defesa da arguida, na medida em que nessa parte não lhe foi dada a possibilidade de se pronunciar. Neste caso o recurso de impugnação da decisão final é a sede própria para arguir essa violação. ---

Por outro lado saber se as nulidades são ou não argúveis em sede de recurso de impugnação judicial da decisão final depende da nulidade invocada e, se for sanável, se a arguição é tempestiva. Logo, tal questão deverá ser equacionada relativamente a cada uma das nulidades suscitadas. ---

*

2.1.3 – O art. 50º do RGCO

Segundo os ensinamentos de Eduardo Correia e Figueiredo Dias, o direito contra-ordenacional abrange as condutas que violam interesses erigidos pelo Estado como fundamentais para uma vivência social boa e ordenada. Abrange condutas que são tipificadas como proibidas e, consequentemente ilícitas, correspondendo-lhes, porém, uma neutralidade ética, ou seja, têm uma carga valorativa negativa que não vai além do desvalor que lhe é atribuído pelo simples facto de violarem deveres prescritos pelo Estado (cfr. Direito Penal e Direito de Mera Ordenação Social, Boletim da FDUC, vol. XLIX, p. 257-281 e O

Movimento de Descriminalização e o Ilícito de Mera Ordenação Social, Jornadas de Direito Criminal, CEJ, p. 3217 e segs., respectivamente). ---

Este ramo do direito surgiu na sequência do movimento mais lato de descriminalização do direito penal e autonomizou-se deste sempre partindo da ideia da não relevância ética das condutas que o integram. Esta autonomização assenta, pois, na neutralidade ética do ilícito: o ilícito não é axiologicamente neutral, e por isso se trata de um direito sancionatório, mas a conduta em si mesmo considerada, divorciada da proibição legal, é-o. ---

Daqui resulta, como tem sido aliás reconhecido abundantemente pelo Tribunal Constitucional, que não há uma estreita equiparação entre o ilícito contra-ordenacional e o ilícito criminal, não obstante a "necessidade de serem observados determinados princípios comuns que o legislador contra-ordenacional será chamado a concretizar dentro de um poder de conformação mais aberto do que aquele que lhe caberá em matérias de processo penal." (Ac. Tribunal Constitucional nº 469/97; no mesmo sentido se pronunciaram inúmeros arestos do Tribunal Constitucional, indicando-se, a título de exemplo, os Ac. 158/92, 344/93; 473/01; 581/04; 325/2005 e 637/06). ---

Pode assim afirmar-se que as regras processuais penais não têm aplicação *in totum* no direito contra-ordenacional, como não poderia deixar de ser sob pena de não haveria qualquer diferenciação entre os dois tipos de ilícito, diferenciação essa que, como vimos já, existe e é significativa. ---

O art. 50º do RGCOC dispõe que *Não é permitida a aplicação de uma coima ou de uma sanção acessória sem antes se ter assegurado ao arguido a possibilidade de, num prazo razoável, se pronunciar sobre a contra-ordenação que lhe é imputada e sobre a sanção ou sanções em que incorre.* ---

Este artigo visa garantir ao arguido no processo de contra-ordenação que é ouvido sobre os factos que lhe são imputados, permitindo-lhe assim organizar a sua defesa. Trata-se, pois, de um direito que decorre do princípio geral do contraditório, exigência fundamental de um Estado de Direito Democrático e que constitui hoje uma garantia consagrada de forma expressa na Lei Fundamental: *Nos processos de contra-ordenação (...) são assegurados ao arguido os direitos de audiência e defesa* (art. 32º, nº 10). ---

Em anotação a este preceito Jorge Miranda afirma que "O nº 10 garante aos arguidos em quaisquer processos de natureza sancionatória os direitos de audiência e defesa. Significa ser inconstitucional a aplicação de qualquer tipo de sanção (...) sem que o arguido seja previamente ouvido e possa defender-se das imputações que lhe são feitas. A defesa pressupõe a prévia acusação, pois que só há defesa perante uma acusação. A Constituição proíbe absolutamente a aplicação de qualquer tipo de sanção sem que ao arguido seja garantida a possibilidade de se defender."⁵. ---

A propósito da extensão e conteúdo deste direito, e da sua diferenciação face ao direito do arguido em processo penal, já o Tribunal Constitucional se pronunciou por diversas vezes, sempre concluindo que a diferente natureza dos ilícitos e a menor ressonância ética do ilícito de mera ordenação social fazem com que as garantias em ambos os regimes não tenham que ser iguais (cfr. Ac.

⁵ in Constituição Portuguesa Anotada, Coimbra Editora, Tomo I, 2005, p. 363.

TC 659/06 de 28.11.06 e demais jurisprudência aí citada), sem prejuízo de haver um núcleo essencial e intocável de respeito pelo princípio do contraditório. ---

No citado aresto refere-se que: "Diga-se, desde já, que o invocado n.º 10, na sua directa estatuição, é de todo irrelevante para o presente caso. Com a introdução dessa norma constitucional (efectuada pela revisão constitucional de 1989, quanto aos processos de contra-ordenação, e alargada, pela revisão de 1997, a quaisquer processos sancionatórios) o que se pretendeu foi assegurar, *nesses tipos de processos, os direitos de audiência e de defesa* do arguido, direitos estes que, na versão originária da Constituição, apenas estavam expressamente assegurados aos arguidos em processos disciplinares no âmbito da função pública (artigo 270.º, n.º 3, correspondente ao actual artigo 269.º, n.º 3). Tal norma implica tão-só ser inconstitucional a aplicação de qualquer tipo de sanção, contra-ordenacional, administrativa, fiscal, laboral, disciplinar ou qualquer outra, sem que o arguido seja previamente ouvido (direito de audição) e possa defender-se das imputações que lhe são feitas (direito de defesa), apresentando meios de prova e requerendo a realização de diligências tendentes a apurar a verdade (...) É esse o limitado alcance da norma do n.º 10 do artigo 32.º da CRP, tendo sido rejeitada, no âmbito da revisão constitucional de 1997, uma proposta no sentido de consagrar o asseguramento ao arguido, "nos processos disciplinares e demais processos sancionatórios", de "todas as garantias do processo criminal". ---

Expressivo sobre o ponto de vista do Tribunal Constitucional é ainda o Ac. 278/99 de 5 de Maio de 1999, posteriormente citado em abundância noutros arestos do mesmo tribunal, onde se refere: "... A preservação das garantias de defesa do arguido passa, nos parâmetros do Estado de Direito democrático, além do mais, pela observância do contraditório, de modo a que sempre possa ser dado conhecimento ao arguido da acusação que lhe é feita e se lhe dê oportunidade para se defender. A intangibilidade deste núcleo essencial compadece-se, no entanto, com a liberdade de conformação do legislador ordinário que, designadamente na estruturação das fases processuais anteriores ao julgamento, detém margem de liberdade suficiente para plasticizar o contraditório, sem prejuízo de a ele subordinar estritamente a audiência: aqui tem o princípio a sua máxima expressão (como decorre do n.º 5 do artigo 32º citado), nessa fase podendo (e devendo) o arguido expor o seu ponto de vista quanto às imputações que lhe são feitas pela acusação, contraditar as provas contra si apresentadas, apresentar novas provas e pedir a realização de outras diligências e debater a questão de direito. (...)

Ou seja, ressalvado esse núcleo essencial – que impede a prolação da decisão sem ter sido dada ao arguido a oportunidade de "discutir, contestar e valorar" (parecer n.º 18/81 da Comissão Constitucional, in Pareceres da Comissão Constitucional, 16º vol., pág. 154) – não existe um espartilho constitucional formal que não tolere certa maleabilização do exercício do contraditório...". ---

Concretizando este direito o art. 25º, n.º 1, da Lei 18/2003 dispõe que, se a AdC, terminado o inquérito, der início à instrução do processo, procede à notificação das empresas. Por seu turno, o n.º 1 do art. 26º da mesma lei determina que, nessa notificação, a Autoridade fixa às arguidas um prazo razoável para

que se pronunciem por escrito sobre as acusações formuladas e as demais questões que possam interessar à decisão do processo, bem como sobre as provas produzidas. ---

O nº 2 deste preceito acrescenta que *A audição por escrito a que se refere o número anterior pode, a solicitação das empresas ou associações de empresas arguidas, apresentada à Autoridade no prazo de cinco dias a contar da notificação, ser completada ou substituída por uma audição oral, a realizar na data fixada para o efeito pela Autoridade, a qual não pode, em todo o caso, ter lugar antes do termo do prazo inicialmente fixado para a audição por escrito.* --

Feito o percurso pelas regras legais aplicáveis, podemos concluir que o direito constitucional de audição e defesa em sede contra-ordenacional impõe que à arguida seja dada a possibilidade de se pronunciar sobre as acusações que lhe são imputadas, considerando-se que tal possibilidade só lhe é efectivamente dada se na notificação que lhe for feita pela autoridade administrativa incluir todos os elementos de facto e de direito relevantes para a decisão. ---

Como é que se concretiza este direito? Notificando a arguida da nota de ilicitude, que deverá conter todos os *elementos necessários para que se fique a conhecer a totalidade dos aspectos relevantes para a decisão, nas matérias de facto e de direito*, e dando-lhe a possibilidade de, sobre a matéria de facto e de direito dela constantes, se pronunciar num *prazo razoável*. É este o conteúdo do direito de audiência e defesa, direito que é, ele próprio, expressão do princípio do contraditório. ---

Tendo em mente este enquadramento há que analisar se a AdC violou este núcleo essencial e intocável do direito de defesa da arguida. ---

2.1.4 – A violação do direito de defesa no plano dos factos

2.1.4.1 - Alega a arguida que na decisão recorrida foram consideradas diversas realidades como "factos" que não foram referidas em qualquer das duas notas de ilicitude e relativamente aos quais não teve possibilidade de se pronunciar. ---

A AdC, por sua vez, entende não assistir razão à PTC a quem foram comunicados todos os elementos de facto e de direito relevantes para a decisão e dado prazo para se pronunciar sobre todos os elementos constantes do processo. Acrescenta a AdC que a PTC confunde divergência quanto à valoração da prova com omissão do direito de defesa. ---

Antes de apreciar cada um dos alegados "factos novos" há que esclarecer alguns pontos sobre o processado da chamada fase administrativa do processo de contra-ordenação. ---

O processo contra-ordenacional tem início oficiosamente, mediante participação elaborada pelas autoridades policiais/agentes de fiscalização ou por denúncia de particulares (art. 54º, nº 1º, do RGCO e 24º da Lei 18/03). Aberto um processo contra-ordenacional são praticados os actos de investigação reputados de necessários com vista à decisão final (citado art. 54º, nº 2º). Terminada a investigação e concluindo o titular do processo (autoridade administrativa) que há fortes indícios da prática de uma contra-ordenação e de

quem é o seu autor, profere uma decisão, usualmente designada de nota de ilicitude, na qual identifica o arguido e os factos praticados, subsumindo-os ao direito aplicável, e indica as sanções aplicáveis (art. 5º da Lei 18/03). Tal decisão tem de ser notificada ao arguido a quem tem de ser dada a possibilidade de sobre ela se pronunciar em tempo razoável (citado art. 50º do RGCO e 26º da Lei 18/03). ---

Neste caso pode o arguido, se não se conformar com a nota de ilicitude, exercer o seu direito de defesa, que passa não só pela resposta aos factos que lhe são imputados e respectivo enquadramento jurídico, como pela apresentação da prova que entender necessária e/ou pelo requerimento de realização de diligências de prova. ---

Exercido o direito de defesa e realizadas as provas que a autoridade reputar de necessárias, será proferida decisão final que tanto poderá ser de arquivamento do processo como de aplicação de uma coima (art. 54º, nº 2, do RGCO e 28º da Lei 18/03). Sendo proferida uma decisão condenatória pode o arguido interpor recurso judicial junto da entidade recorrida, que, se mantiver a decisão, enviará os autos ao Ministério Público junto do Tribunal competente (art. 59º e 62º do RGCO). Caberá então ao Ministério Público apresentar os autos a juízo, valendo este acto como acusação (art. 62º, nº 2, do RGCO). ---

No que às diligências complementares de prova respeita refere o art. 26º da Lei 18/03 que podem ter lugar a solicitação da arguida ou por determinação da própria AdC e que as mesmas podem ter lugar após ter sido exercido o direito de defesa pela arguida desde que à mesma seja dada a possibilidade de exercer o contraditório (nº 1 e 3). ---

Significa isto que é lícito à AdC realizar diligências de prova mesmo após notificar a arguida da nota de ilicitude desde que permita à arguida pronunciar-se sobre esse meios de prova. Ora se estes meios de prova forem realizados em momento posterior ao da notificação à arguida da nota de ilicitude (como permite o citado art. 26º) é manifesto que não podem ser referidos nessa mesma nota de ilicitude. Sendo a própria lei que permite a sua realização em momento posterior ao do exercício do direito de defesa escrito ou oral da arguida é evidente que não há qualquer irregularidade no facto de virem a ser usados como meio de prova na decisão final apesar de não terem sido mencionados na nota de ilicitude desde que tenham sido dados a conhecer à arguida que sobre eles se pôde pronunciar. --

Aliás o que não pode surgir "ex novo" na decisão é matéria factual e não a referência a meios de prova. Os meios de prova estão referenciados no processo, o processo pode ser consultado pela arguida, assistindo-lhe o direito de requerer outros meios de prova de modo a contraditar os existentes no processo. ---

Em suma, o facto de na decisão final se fazer referência a meios de prova que não foram mencionados na nota de ilicitude não é, só por si, elemento violador dos direitos de defesa da arguida. ---

A jurisprudência obrigatória emanada do Assento 1/2003 é a seguinte: "Quando, em cumprimento do disposto no artigo 50.º do regime geral das contra-ordenações, o órgão instrutor optar, no termo da instrução contra-ordenacional, pela audiência escrita do arguido, mas, na correspondente notificação, não lhe fornecer todos os elementos necessários para que este fique a conhecer a

totalidade dos aspectos relevantes para a decisão, nas matérias de facto e de direito, o processo ficará doravante afectado de nulidade, dependente de arguição, pelo interessado/notificado, no prazo de 10 dias após a notificação, perante a própria administração, ou, judicialmente, no acto de impugnação da subsequente decisão/acusação administrativa.”. ---

Nem do art. 50º, nem desta jurisprudência nem tão pouco da abundante jurisprudência do Tribunal Constitucional relativa a esta matéria, resulta que todos os factos constantes da decisão têm que estar já enunciados na nota de ilicitude. O que se extrai da jurisprudência firmada sobre o direito de audiência e defesa é que a nota de ilicitude tem de fornecer ao arguido a *totalidade dos aspectos relevantes*, tanto no que toca ao enquadramento fáctico como no que toca ao enquadramento jurídico, ou seja, o que tem que constar são os elementos essenciais relativos ao cometimento da infracção e aos seus autores, acrescidos do respectivo enquadramento jurídico. --

Os "factos" que a PTC entende terem surgido *ex novo* na decisão recorrida são os seguintes: ---

- a) diligências complementares de prova efectuadas pela AdC: os pedidos de informação que a AdC dirigiu a diversas entidades após a dedução da segunda nota de ilicitude e respectivas respostas tais como, os pedidos e respostas da Tvtel, Cabovisão, Bragatel, OniTelecom e da Novis (art. 78º e 79º); ---
- b) estudo referido nos artigos 80º e 81º da decisão, elaborado, a pedido da AdC, por uma empresa consultora cuja identidade foi considerada confidencial, relativo aos custos para implementação de células de televisão por cabo, com base no qual a AdC tira uma série de conclusões fácticas (por ex. art. 221º a 227º); ---
- c) estudo referido no artigo 82º da decisão, elaborado pela AdC em Setembro de 2006, sobre a viabilidade de investimento em infra-estruturas próprias, com base no qual a AdC tira uma série de conclusões fácticas (por ex. art. 484º a 487º); ---
- d) estudo interno referido no artigo 83º da decisão, elaborado pela AdC, sobre os efeitos das recusas objecto da decisão, concluído em 20 de Novembro de 2006, e com base no qual a AdC retira uma série de conclusões fácticas (por ex. artigos 764º a 766º); ---
- e) facto (dado como provado) constante no artigo 291º da decisão; ---
- f) factos (dados como provados) constantes dos artigos 322º a 332º da decisão e que respeitam à regulação sectorial do mercado; ---
- g) facto (dado como provado) constante no 373º da decisão; ---
- h) facto (dado como provado) constante no artigo 388º da decisão no qual se estabelece que o silêncio da PTC durante um prazo não razoável equivale a uma "forma de recusa"; ---
- i) factos (dados como provados) constantes nos artigos 410º e 411º da decisão e relativos aos alegados tempos médios de prazo de resposta da PTC aos pedidos de acesso a condutas na região Norte, Centro e Sul; ---
- j) factos (dados como provados) constantes nos artigos 457º a 459º e relativos às razões que, na opinião da AdC, fundamentam a "recusa de ligações em fibra óptica"; ---

k) facto (dado como provado) constante no artigo 497º da decisão e relativo ao pretenso exclusivo da CATVP no segmento de mercado de instalação de rede de televisão por cabo em novas urbanizações; e ---

l) "factos" conclusivos constantes nos artigos 523º e seguintes (Secção II.A.8 Culpa) da decisão e relativos à construção pela AdC da alegada culpa da Arguida. ---

Analisemos então os "factos" a que a PTC se refere, análise que terá de ser feita por "grupos" de "factos". ---

Diz a arguida que não foram referidos na nota de ilicitude nem teve oportunidade de se pronunciar sobre: ---

a) diligências complementares de prova efectuadas pela AdC: os pedidos de informação que a AdC dirigiu a diversas entidades após a dedução da Segunda Nota de Ilicitude e respectivas respostas tais como, os pedidos e respostas da Tvtel, Cabovisão, Bragatel, OniTelecom e da Novis (art. 78º e 79º); ---

b) estudo referido nos artigos 80º e 81º da decisão, elaborado, a pedido da AdC, por uma empresa consultora, cuja identidade foi considerada confidencial, relativo aos custos para implementação de células de televisão por cabo, com base no qual a AdC tira uma série de conclusões fácticas (por ex. art. 221º a 227º); ---

c) estudo referido no artigo 82º da decisão, elaborado pela AdC em Setembro de 2006, sobre a viabilidade de investimento em infra-estruturas próprias, com base no qual a AdC tira uma série de conclusões fácticas (por ex. art. 484º a 487º); ---

d) estudo interno referido no artigo 83º da decisão, elaborado pela AdC, sobre os efeitos das recusas objecto da decisão, concluído em 20 de Novembro de 2006, e com base no qual a AdC retira uma série de conclusões fácticas (por ex. artigos 764º a 766º).

Quer as diligências referidas em a) quer os três estudos referidos em b), c) e d) são efectivamente, posteriores à notificação à arguida da segunda nota de ilicitude. A segunda nota de ilicitude foi deduzida no dia 5 de Julho de 2005 e notificada à arguida por carta enviada a 14 de Julho de 2005 (fls. 3297 e 3438). Após a referida data a AdC solicitou várias informações a várias empresas, organismos e instituições, designadamente as referidas pela PTC, ou seja os pedidos de informação dirigidos às empresas Tvtel, Cabovisão, Bragatel, OniTelecom e da Novis – pedidos datados de 28.03.06 - fls. 5399, 5396, 5386, 5392 e 5394, respectivamente – a que as mesmas deram resposta – respostas a fls. 5425, 5618, 5414/5422/5613, 5491, 5606/5656/5674/5870, respectivamente, juntas ao processo entre 13.04.06 e 18.09.06. -

Os estudos a que a PTC se refere foram juntos ao processo em 5.07.06 (relativo aos custos para implementação de células de televisão por cabo – fls. 5678), em 2.10.06 (sobre a viabilidade de investimento em infra-estruturas próprias, elaborado em Setembro de 2006 – fls. 5883) e em Novembro de 2006 (sobre os efeitos das recusas objecto da decisão, elaborado em Novembro de 2006 – fls. 6173). ---

Não há, pois, dúvida, de que quer as diligências feitas junto de empresas quer os estudos elaborados pela AdC ou por si ordenados não aparecem

4

mencionados na segunda nota de ilicitude nem poderiam aparecer dado que à data da notificação da mesma não constavam do processo (sendo certo que, conforme já referido, a realização de diligências probatórias após a notificação da nota de ilicitude não é, em si mesmo, ilícita). ---

Sucede que as diligências e respectivos resultados e os estudos aqui em causa foram comunicados à PTC por ofício da AdC datado de 20 de Dezembro de 2006 (fls. 6270), ofício esse no qual a AdC dá à PTC prazo para se pronunciar especificamente sobre esses meios de prova, prazo esse que foi por mais do que uma vez prorrogado a pedido da PTC (cfr. fls. 6282, 6283, 6289, 6302 e 6303) tendo esta acabado por se pronunciar sobre os elementos de prova aqui em causa a 29 de Janeiro de 2007 (fls. 6305). ---

Acresce que após a junção aos autos de todos estes elementos e a notificação formal da arguida da sua realização a mesma consultou o processo e pediu várias cópias que lhe foram fornecidas (cfr. fls. 6286, 6289, 6292, 6294, 6298 e 6299). ---

Significa isto que a argumentação da arguida de que não se pôde pronunciar sobre estes elementos de prova não corresponde à verdade. A arguida foi notificada dos mesmos, consultou o processo, pediu e recebeu cópias das partes que solicitou e apresentou resposta escrita sobre os mesmos, tendo nessa resposta analisado separadamente os elementos que considerou relevantes (cfr. fls. 6305). ---

Na decisão final a AdC faz referência às diligências complementares de prova no capítulo sob a epígrafe "Meios de Prova" (arts. 78º e 79º) assim como faz referência a todos os outros meios de prova produzidos. Faz igualmente referência aos três estudos *supra* mencionados no mesmo capítulo (arts. 80º a 83º) e na fundamentação da decisão suporta parte das suas conclusões relativas à substituíbilidade do lado da oferta e concorrência potencial (arts. 221º a 227º), à caracterização das condutas da PTC enquanto infra-estrutura essencial (arts. 484º a 487º) e às vantagens para a PTC da alegada infracção (arts. 764º a 766º) em cada um dos três estudos. --

Esta actuação da AdC não viola o direito de defesa da arguida. O essencial da conduta imputada à arguida está contido na nota de ilicitude. As diligências posteriores de prova vieram reforçar a tese da AdC. Realizadas as provas, à arguida foi dado conhecimento do seu teor e dada a possibilidade de se pronunciar, ou seja, a arguida teve conhecimento do teor dos estudos e informações e foi-lhe dada a possibilidade de os contraditar, o que esta fez na sua resposta de fls. 6305. Logo, da decisão final não consta qualquer matéria factual (e, repita-se, não se pode confundir o resultado de diligências probatórias com imputação de factos *ex novo*) sobre a qual a PTC não tenha tido conhecimento prévio e relativamente à qual não tenha podido exercer o direito do contraditório.

Não houve, pois, neste particular, qualquer violação do direito de defesa da arguida. ---

*

Para além dos referidos meios de prova diz a PTC que a AdC inclui na decisão factos novos que não constavam nas notas de ilicitude. Analisemos os referidos factos. -

8

a) Art. 291º da decisão: "A recusa de acesso a condutas da PT Comunicações para efeitos de passagem de cabos de operadores de televisão por subscrição concorrentes limita ainda o desenvolvimento das redes de televisão por cabo nos restantes municípios do território nacional, em que os operadores concorrentes são oferta potencial de serviços de Internet por cabo e concorrem com uma oferta de Internet via ADSL da PT Comunicações de âmbito nacional".

Ora, ao contrário do que pretende a PTC não está em causa um facto novo dado que a matéria dele constante estava já contida na segunda nota de ilicitude, designadamente nos seus artigos 182º (Os municípios em que os operadores concorrentes do Grupo PT têm autorização para operar e em que, simultaneamente, tem autorização para operar o Grupo PT com base na rede de televisão por subscrição, são afectados porque a recusa de acesso a condutas da PTC para efeitos de passagem de cabos limita o desenvolvimento das redes dos operadores concorrentes do Grupo PT, redes essas que são construídas faseadamente e numa sequência económica de proximidade), 203º (A recusa de acesso a condutas da PTC para efeitos de passagem de cabos de operadores de televisão por subscrição concorrentes limita o desenvolvimento das redes de televisão por cabo nestes municípios), 206º (A recusa de acesso a condutas da PTC para efeitos de passagem de cabos de operadores de televisão por subscrição concorrentes limita ainda o desenvolvimento das redes de televisão por cabo nos restantes municípios do território nacional, em que os operadores concorrentes são oferta potencial de serviços de Internet por cabo e concorrem com uma oferta de Internet via ADSL de âmbito nacional) e 207º (A concorrência resultante da operação dos restantes operadores de Internet, nomeadamente por ADSL, abrange também todo o território nacional, que apresenta condições homogéneas de concorrência). ---

Está pois a matéria vertida no art. 291º da decisão presente na segunda nota de ilicitude. ---

b) arts. 322º a 332º da decisão e que respeitam à regulação sectorial do mercado. ---

Nos arts. 322º a 325º da decisão final a AdC limita-se a referir que até à aprovação da Lei 5/04 de 10 de Fevereiro não se encontrava prevista regulamentação sectorial específica, que tal regulamentação surge com o referido diploma designadamente o seu art. 26º, e que já anteriormente o contrato de concessão garantia o acesso à funcionalidade da rede básica de telecomunicações, incluindo as condutas. ---

Esta matéria está vertida na nota de ilicitude. Com efeito, o facto de não haver regulamentação sectorial específica resulta claro de toda a nota de ilicitude, designadamente do facto de não ser referida qualquer regulamentação sectorial específica e de ser mencionado que a ICP-ANACOM reconhece não estarem estabelecidos critérios de regulação até à Lei 5/04 (art. 372º). As referências à Lei 5/04 e ao contrato de concessão aparecem expressamente referidas nos artigos 372º e 399º da nota de ilicitude. ---

Nos arts. 326º e seguintes da decisão a AdC relata a factualidade relativa à imposição pela ICP-ANACOM de uma Oferta de Referência de Acesso a Condutas (ORAC) à PTC (várias deliberações da ICP-ANACOM: 17.7.04,

02.09.05, 26.5.06 e 5.11.06) e à reacção da PTC (acção e providência cautelar e várias versões da ORAC). -

A deliberação da ICP-ANACOM de 17 de Julho de 2004 vem referida na nota de ilicitude, nos arts. 369º e 370º. Já as deliberações de 2 de Setembro de 2005, 25 de Maio e de 5 de Novembro de 2006 não são mencionadas na nota de ilicitude nem o poderiam ser uma vez que as mesmas são posteriores à própria nota de ilicitude. ---

A referência à reacção judicial da PTC perante a deliberação de 17 de Julho de 2004 é mencionada no art. 370º da nota de ilicitude na qual se refere que tal deliberação foi objecto de suspensão de eficácia por despacho judicial, encontrando-se nos autos cópia dos despachos de citação (cfr. fls. 2131 e 2136). -

A referência à ORAC surge nos arts. 369º e 370º da nota de ilicitude nos quais se refere que a ICP-Anacom impôs à PTC a apresentação de uma oferta de acesso às suas condutas através da deliberação de 17 de Julho de 2004, estando a referida deliberação bem como o relatório de consulta prévio à mesma junto ao processo (cfr. fls. 2084 a 2121). ---

Não constam da nota de ilicitude as referências às várias versões da ORAC nem, conforme já referido, às restantes deliberações da ICP-ANACOM. Mas essa omissão viola de alguma maneira os direitos de defesa da PTC? A resposta não pode deixar de ser negativa. Por um lado o histórico dos factos relativos à regulação sectorial do mercado não fazem parte da concreta imputação que lhe é feita, isto é, não estão e causa factos usados para dedução da acusação. Trata-se, apenas, daquilo que se poderá chamar "enquadramento histórico". ---

Por outro lado todas as realidades em causa, desde as deliberações da ICP-Anacom até às várias versões da ORAC, são do conhecimento da arguida dado ter a mesma sido parte activa no processo: as deliberações da ICP-Anacom dirigiam-se à arguida e as ORAC foram elaboradas pela arguida. Logo, não pode agora a PTC pretender não ter delas conhecimento ou pretender que a sua referência na decisão final constitui uma "surpresa" e, nessa medida, viola os seus direitos de defesa. ---

É óbvio que se trata de realidades relevantes e é igualmente óbvio que não podiam estar espelhadas na nota de ilicitude por serem posteriores à mesma. Aliás, mesmo a própria 1ª versão da ORAC, datada de 23 de Novembro de 2004, só foi junta ao processo após a notificação da nota de ilicitude (cfr. fls. 3297 e 4276), sendo certo que no momento em que a nota foi proferida ainda não tinha sido decidida a providência cautelar intentada pela PTC solicitando a suspensão da eficácia da deliberação (a decisão foi proferida a 5.8.05), pelo que não faria sentido a AdC enfatizar a deliberação da ICP-Anacom. ---

Aliás, que não se trata de matéria surpresa mas pelo contrário de matéria de que a PTC estava perfeitamente ciente, demonstra-o a resposta à nota de ilicitude na qual é a própria arguida que delimita com precisão as questões relacionadas com a regulação sectorial do mercado, mencionando designadamente os diplomas existentes, a Lei 5/04, a deliberação da ICP-Anacom e a primeira ORAC (cfr. arts. 21º a 53º da resposta à nota de ilicitude). -

Em suma, por se tratarem de factos pessoais e/ou de que a PTC tinha perfeito conhecimento, por se tratarem de realidades na sua maioria posteriores à dedução da nota de ilicitude e por não estarem em causa factos relevantes para a imputação da infracção à PTC nem usados como tal, não há qualquer violação dos seus direitos de defesa resultante da sua não inclusão na nota de ilicitude. ---

c) art. 373º: "A construção de uma rede de infra-estruturas implica elevados custos de investimento, cujos montantes têm que ser considerados atendendo à rentabilidade permitida pelos preços dos serviços a jusante. Ora o facto de a rede de condutas da PTC ter sido construída quando a empresa não tinha concorrência nos mercados a jusante, permitiu-lhe ganhar uma dimensão que lhe confere, actualmente, economias de escala, de gama e de rede muito superiores a qualquer dos restantes operadores que tenha iniciado a construção da rede após a liberalização dos serviços de comunicações electrónicas.". ---

Pretende a PTC que esta matéria é nova e que sobre a mesma não teve oportunidade de se pronunciar. É certo que na nota de ilicitude não há um artigo que tenha a redacção do art. 373º da decisão final. Mas daí não resulta que esteja em causa matéria nova. Este artigo insere-se numa secção que tem a epígrafe "A detenção de posição dominante no mercado retalhista da Internet de banda larga" e no qual a AdC, nos arts. 368º a 378º, expõe as razões pelas quais entende ter a PTC a referida posição dominante. Ora tal secção, com exactamente a mesma epígrafe, existe na nota de ilicitude complementar, nos arts. 267º a 276º, nos quais são expostas as mesmas razões que levam a AdC a concluir ter a PTC a referida posição dominante. ---

Para efeitos de salvaguarda do tal núcleo essencial de que se falou *supra*, tal é quanto basta, ou seja, tendo a PTC sido notificada da nota de ilicitude e constando da mesma o grupo de factos essenciais que levam a AdC a concluir ter a mesma posição dominante no mercado referido (são eles: ter quotas de mercado largamente maioritárias nos segmentos cabo e ADSL; não ter havido alterações significativas nas referidas quotas entre 2001 e 2004; ter a posse de uma rede básica de telecomunicações e de uma rede de condutas de âmbito nacional; fazer parte de um grupo cuja integração vertical reforça o carácter independente da sua actuação no mercado, que actua em diversos mercados de comunicações electrónicas e de conteúdos o que reforça a sua autonomia bem como o seu poder negocial e financeiro, que tem grandes economias de escala na prestação do serviço de televisão por subscrição, que tem uma grande capacidade de financiamento e que não vê a sua actuação limitada por um forte contra-poder) está perfeitamente salvaguardado o seu direito de defesa, não lhe sendo lícito vir agora invocar que não se pôde defender da imputação de ter uma posição dominante neste mercado. ---

Acresce que a referência ao facto de a PTC ter tido um monopólio legal e ter sido nessa altura que a rede básica de comunicações foi construída já constava da nota de ilicitude, designadamente do seu artigo 234º. ---

Assim, não há aqui qualquer violação do princípio do contraditório. ---

d) art. 388º: "No universo das Tabelas I, II e III (das quais consta um total de 52 pedidos) provou-se que a totalidade dos pedidos relativamente aos quais se afirmava na Nota de Ilcitude que a PTC não tinha respondido (8 pedidos),

2007 110 1235000 03 00 23
1000 02 00 00 1000000
1000 02 00 00 1000000

tinham sido, efectivamente, em 7 casos, objecto de resposta pela PTC e num objecto de desistência da interessada. No entanto, estes pedidos foram objecto de resposta num prazo não razoável, constituindo o silêncio da PTC até à sua resposta uma forma de recusa." ---

Considera a PTC que neste caso o entendimento da AdC de que o seu silêncio durante um prazo não razoável equivale a uma forma de recusa não constava da nota de ilicitude. ---

Ora, ao contrário do que pretende a PTC não está em causa um facto novo dado que a matéria dele constante estava já contida na nota de ilicitude complementar, designadamente nos seus artigos 493º "A PT Comunicações recusa desde 2001 até ao presente acesso à sua rede de condutas, através de ausências de resposta a pedidos de instalação de cabos e atrasos nessas respostas, sem justificação objectiva." e 494º "As ausências de resposta a pedidos de instalação e atrasos nessas respostas efectuados pelos operadores de redes de televisão por subscrição são recusas tácitas de acesso ou, quando se transformem em recusas expressas, são uma prática abusiva pela recusa expressa e pela ausência de resposta temporária." Destes dois artigos da segunda nota de ilicitude resulta claramente que já na nota de ilicitude a AdC demonstrou entender que os atrasos nas respostas configuram em si mesmo uma forma de recusa. ---

Está pois a matéria vertida no art. 388º da decisão presente na segunda nota de ilicitude pelo que não há aqui qualquer violação do direito de defesa da arguida. ---

e) artigo 410º "O prazo de resposta da PTC aos pedidos de acesso a condutas na região Norte varia entre 182 e 478 dias, na região Centro e Sul o prazo médio é 170 dias, sendo o máximo de 669 dias, e em Lisboa o prazo médio é 113 dias e o máximo 562 dias (informação dos operadores a fls. 392 e 546-556)" e 411º "Os pedidos da Cabovisão constantes de fls. 1912 a 1919 sofreram um tempo de apreciação superior a 200 dias. Os pedidos constantes das Tabelas II e III demoraram um tempo médio de apreciação de respectivamente 194 e 107 dias (cálculo da AdC com base em dados dos operadores)." --

Mais uma vez não está em causa um facto novo dado que a matéria dele constante estava já contida na nota de ilicitude complementar, designadamente nos seus artigos 314º "A Cabovisão declara existirem atrasos e que o prazo de resposta aos pedidos de acesso a condutas na região Norte varia entre 182 e 478 dias, na região Centro e Sul o prazo médio é 170 dias, sendo o máximo de 669 dias, e que em Lisboa o prazo médio é 113 dias e o máximo 562 dias. (fls. 392 e 546-556)", 317º "Os pedidos da Cabovisão constantes de fls. 1912 a 1919 sofreram um tempo de apreciação superior a 200 dias." e 318º "Os pedidos constantes das Tabelas II e III, que ainda não obtiveram resposta, demoraram até ao dia 23.3.2005 um tempo médio de apreciação de 180 dias, mantendo-se sem resposta." ---

Está pois a matéria vertida nos arts. 410º e 411º da decisão presente na segunda nota de ilicitude pelo que não foi cometida qualquer violação dos direitos de defesa da arguida. ---

f) art. 457º "A PT Comunicações recusa ligações em fibra óptica e, em alternativa, propõe "o recurso ao aluguer de circuitos para transmissão de sinais" (referido a fls. 393, 561, 1723, 1738, 1767, 1768 e 2153).", 458º "A PT Comunicações apenas autoriza fibra óptica na rede de transporte - i.e., não dentro das próprias células - na qual, em alternativa à instalação de cabos cede apenas capacidade de transmissão de sinal ou circuitos alugados (fls. 618, 629 e 1133)." e 459º "A limitação de instalação de fibra óptica não é uma limitação técnica, mas apenas uma opção subjectiva da PT Comunicações (fls. 393, 561, 618, 629, 1133, 1723, 1738 e 2153)." ---

De novo e ao contrário do que pretende a PTC esta matéria estava já contida na segunda nota de ilicitude, designadamente nos seus artigos 354º, "Esta recusa é atestada com base no fax enviado pela PT Comunicações à Cabovisão a 2.10.2001, no qual aquela sugere, em alternativa àquelas ligações efectuadas em fibra óptica, "o recurso ao aluguer de circuitos para transmissão de sinais" (referido a fls. 393).", 355º "A PT Comunicações apenas autoriza fibra óptica na rede de transporte - i.e., não dentro das próprias células - na qual, em alternativa à instalação de cabos cede apenas capacidade de transmissão de sinal ou circuitos alugados. (fls. 618, 629, 1133)" e 362º "A limitação de instalação de fibra óptica não é uma limitação técnica, mas apenas uma opção subjectiva da PT Comunicações." ---

Está pois a matéria vertida nos arts. 457º a 459º da decisão presente na segunda nota de ilicitude sendo improcedente a alegada violação dos direitos de defesa da arguida. ---

g) art. 497º: "Em especial, a prática teve como efeito o facto de a CATVP ter o exclusivo no segmento de mercado de instalação de rede de televisão por cabo em novas urbanizações (fls. 29 e 1899)." ---

Também aqui e ao contrário do que pretende a PTC não está em causa um facto novo dado o mesmo constar da segunda nota de ilicitude, designadamente no seu artigo 420: "Em especial, a prática tem tido como efeito o facto de a CATVP ter o exclusivo no segmento de mercado de instalação de rede de televisão por cabo em novas urbanizações". ---

Por conseguinte, estando o facto vertido no art. 497º da decisão presente na segunda nota de ilicitude, não houve qualquer violação do direito de defesa da arguida. -

h) Por último entende a PTC que a matéria vertida nos arts. 523º e segs. da decisão não constam da nota de ilicitude. ---

Uma vez que no ponto seguinte se vai apreciar precisamente esta questão que a arguida invocou com mais pormenor, passa-se a apreciar esta alegada omissão conjuntamente com o restante alegado sobre o elemento subjectivo do tipo. ---

*

2.1.4.2 – Relativamente à culpa e ao elemento subjectivo do tipo alega a arguida que: ---

- a AdC introduziu nos arts. 523º e segs. factos que não constavam da nota de ilicitude; ---

- tais "factos" são conclusivos", consubstanciando conclusões retiradas pela AdC de factos que considerou provados; ---

- a conclusão de que a arguida agiu com dolo não se encontra suportada por factos concretos mas apenas por conclusões e presunções; ---

- no que à medida da pena respeita a AdC praticamente limita-se a enunciar os critérios legais sem indicar factos concretos e apresentando meras conclusões. ---

Conclui então a PTC que a AdC violou o princípio da presunção de inocência bem como o seu direito de defesa e o princípio do contraditório. ---

Analisemos. ---

Antes de mais há que precisar que o direito ao contraditório não é, no entender do tribunal, um direito distinto do direito de defesa, como parece ser o entendimento da arguida. Conforme já referido, o direito de defesa é um direito que decorre do princípio geral do contraditório. O direito de defesa consagrado constitucionalmente é ele próprio a expressão do direito ao contraditório. Trata-se, pois, de um único direito com várias vertentes. ---

A arguida neste concreto ponto confunde conceitos e realidades. Por um lado diz que foram introduzidos novos factos mas depois refere que não são factos mas sim conclusões. Ora se é verdade que os factos relevantes não podem ser introduzidos *ex novo* na nota de ilicitude já o mesmo não sucede com as conclusões retiradas de factos dos quais foi oportunamente dado conhecimento à arguida. ---

Alega a PTC que a AdC sustenta parte da acusação em conclusões e que presumiu que a arguida tinha conhecimento dessas conclusões, assim violando o princípio da presunção de inocência. ---

O princípio da presunção da inocência é um princípio com assento constitucional: *Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa*, (art. 32º da Const. Rep. Portuguesa) - sendo aliás um dos direitos fundamentais dos cidadãos (cf., art.º 18.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa; 11.º, da Declaração Universal dos Direitos do Homem; 6.º, n.º 2, da CEDH, e 14.º, n.º 2, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos). ---

Dele decorre que, até ser definitivamente dado como provado que uma pessoa cometeu um crime, se presume que não o cometeu, presunção que não corresponde a uma presunção propriamente dita mas antes a um verdadeiro direito do arguido: enquanto não for demonstrada a culpabilidade do arguido, não é admissível a sua condenação. --

Este princípio da presunção da inocência refere-se, sempre, a factos, nunca a conclusões ou a qualificações jurídicas. ---

Corolário deste princípio é o *princípio in dubio pro reo*, princípio probatório de acordo com o qual a dúvida em relação à matéria de facto é sempre valorada em sentido favorável ao arguido. Assim, perante factos incertos que criam no julgador uma dúvida razoável e irremovível ou "patentemente insuperável" (Ac. STJ de 16-06-00), o julgador terá de favorecer o arguido, não dando tais factos como provados, e, consequentemente, absolvendo-o da

infracção que lhe é imputada. Resumindo, só a prova de todos os elementos constitutivos de uma infracção permite a sua punição. ---

A arguida esgrime estes princípios fora do seu respectivo contexto. A questão de a AdC ter, no entender da arguida, sustentado parte da acusação em conclusões não suportadas factualmente e ter presumido que a arguida tinha conhecimento dessas suas conclusões, não contende minimamente com o princípio da presunção de inocência, não se alcançando sequer a que propósito é o mesmo invocado nesta sede. ---

De igual modo aquilo que tem que constar da nota de ilicitude são factos. Quaisquer conclusões que a AdC faça na decisão recorrida são legítimas e não tinham que constar já da nota de ilicitude. Saber se essas conclusões estão ou não devidamente sustentadas (em factos) é questão diversa que não colide com o direito de defesa (é vício que pode relevar em sede de falta de fundamentação da decisão recorrida). O direito de defesa é exercido perante factos e não perante conclusões. ---

Nesta sede pode haver violação do direito de defesa da arguida, caso haja factos relevantes que sustentem a acusação e dos quais não foi dado conhecimento à arguida. Mas não pode, por se tratar de realidade diversa, haver violação do princípio da presunção de inocência dado estarem em causa tão só a enunciação de conclusões. ---

Não se verifica, pois, qualquer violação do princípio da presunção de inocência.

A PTC defende que a conclusão de que agiu com dolo não está minimamente fundada em factos concretos. ---

A culpa traduz-se na censura ético-jurídica dirigida a um sujeito, que praticou um determinado facto, por não ter agido de outro modo. Entre nós vigora o princípio *nulla poena sine culpa*, isto é, o princípio de que toda a pena tem que ter como suporte axiológico-normativo uma culpa concreta (art. 29º, nº 1, da Const. Rep. Portuguesa). ---

É por todos conhecida a discussão doutrinária que o conceito de culpa envolve. Enquanto para uns autores o dolo não faz parte da culpa, entendendo estes que a culpa integra tão só a imputabilidade e a consciência da ilicitude, para outros, o dolo integra como elemento emocional a consciência da ilicitude e faz, ele próprio, parte da culpa. Não é esta seguramente a sede própria para tomar posição sobre a questão, havendo que enquadrar a insuficiência da nota de ilicitude nesta matéria à luz de qualquer uma das duas posições. Os conceitos aqui em presença poderão ser definidos em traços gerais do seguinte modo: ---

A imputabilidade consiste num conjunto de qualidades pessoais necessárias para que seja possível a censura ao agente por não ter actuado de modo diverso. Há sempre que atender a dois elementos: o cognitivo (saber se o agente tem capacidade para distinguir o lícito do ilícito) e a vontade (para que o agente seja imputável é necessário que, na sua actuação, se possa auto-determinar por tal cognoscibilidade).

A consciência da ilicitude equivale a conhecimento do sentido da ilicitude, ou seja, a conhecimento do carácter ilícito da conduta. --

O dolo integra um elemento cognitivo (relacionado com o conhecimento/representação do facto), um elemento volitivo (relacionado com a intenção) e, como já se referiu, para alguns autores um elemento emocional: a consciência da ilicitude. ---

Relativamente à culpa e ao elemento subjectivo do tipo, da nota de ilicitude consta que (arts. 557º e 558º):

- "A arguida agiu livre, consciente e voluntariamente na prática da infracção, i.e., com consciência dos actos que praticava (consciente que estava a recusar acesso aos operadores concorrentes), com intenção de praticar os actos de recusa de acesso (ou seja, com vontade de praticar os actos que praticou, nos termos em que os praticou) ou, pelo menos, representando que o não acesso, a restrição da concorrência e o impedimento de os operadores passarem cabos ou concorrerem, seriam consequência necessária ou possível da sua conduta, conformando-se com aquela realização".

- "Do exposto resulta que a arguida agiu com dolo, já que, conhecendo as normas legais aplicáveis, não se absteve de praticar de forma deliberada os actos descritos no art. 3.º do Decreto-Lei n.º 371/93, no art. 6.º da Lei n.º 18/2003 e no 82.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia, traduzidos numa prática continuada, levando a cabo uma conduta que preenche todos os elementos do tipo legal de contra-ordenação.". ---

Neste trecho está perfeitamente explicitada a posição da AdC que a leva a concluir pelo dolo: a PTC tinha consciência de que estava a recusar o acesso aos operadores concorrentes, quis recusar esse acesso e sabia ou representou como possível que o não acesso pelos restantes operadores os impediria de passarem cabos ou concorrerem, e fê-lo conhecendo as normas legais aplicáveis. Não é pois correcto afirmar, como faz a PTC, que a AdC na nota de ilicitude se tenha limitado a reproduzir a fórmula legal e doutrinal do dolo. Fê-lo mas explicando, concretizando e situando cada um dos elementos do dolo presentes na definição legal e doutrinal. Logo, não pode a PTC vir agora argumentar que a imputação na decisão final da prática da infracção a título de dolo directo constituiu uma surpresa. Tal caracterização estava já presente na nota de ilicitude. --

Quanto à "culpa", entende a PTC que nos arts. 523º e segs. são expostas uma série de conclusões que serviram para imputar a prática da contra-ordenação, conclusões que não têm suporte factual e que não lhe foram comunicadas. Invoca a este propósito o art. 534º (embora o faça a título de exemplo o certo é que não aponta qualquer outro artigo de alegada conclusão que não tenha sustentação fáctica e da qual não lhe tenha sido dado conhecimento), que tem a seguinte redacção: ---

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

Da simples leitura do artigo resulta claro que efectivamente a AdC concluiu que a PTC sabia ou tinha obrigação de saber que sem acesso às condutas onde está instalada a rede básica de comunicações os operadores não podem prestar os serviços aqui em causa ou não o podem fazer de forma competitiva. Sucede que o referido artigo remete para os arts. 149º a 155º da decisão (que correspondem aos artigos 81º a 87º da segunda nota de ilicitude), artigos dos quais consta: ---

- "considerado o carácter alternativo das redes de infra-estruturas de empresas prestadoras de serviços em rede, de entidades públicas e de outros operadores de redes de comunicações electrónicas"; ---

- "Analisou-se se existia uma coincidência geográfica entre os troços de condutas pedidos ... tendo-se em conta que, mesmo quando exista uma coincidência parcial num determinado troço, o mero facto de essa coincidência existir com uma rede descontínua aumenta os custos dos operadores concorrentes, limitando a sua capacidade de concorrer nos mercados a jusanle

- "uma eventual instalação de um troço de rede em condutas de um operador X, troço esse ligado a um troço subsequente instalado em condutas da PT Comunicações ou em postes de electricidade, ainda quando geograficamente possível, traduz-se num aumento de custos dos operadores de televisão por subscrição, atentos os custos de interconexão, interligação e coordenação"; ---

- "a manutenção da rede do operador cujos cabos estejam instalados em condutas diferentes ... tem, por inerência, custos muito superiores, gerando ineficiências e maior dificuldade de resposta, nomeadamente em situações de avaria. Os custos de coordenação envolvidos afastam o carácter alternativo desta solução de utilização de redes de condutas diversas". ---

Está pois devidamente fundada a conclusão da AdC de que "sem acesso às condutas onde está instalada a rede básica de comunicações os operadores não podem prestar os serviços aqui em causa ou não o podem fazer de forma competitiva". Quanto à conclusão de que a PTC tinha conhecimento dessa realidade ou devia ter obrigação de ter, a mesma está suportada ao longo de vários passos da decisão nos quais a AdC procede à caracterização da empresa, do seu papel e do grupo em que se insere nos mercados que considerou relevantes, do seu papel como detentora de redes básicas de telecomunicações e do anterior monopólio por si detido, do seu conhecimento da legislação aplicável, do contrato de concessão de que foi parte, das deliberações da ICP-Anacom relativas a esta matéria, da obrigatoriedade imposta de regulamentar a concessão através de ORAC. De todos estes factos é retirada pela AdC a conclusão relativa ao conhecimento que a PTC tem do sector e da indispensabilidade para os operadores das condutas da rede básica de telecomunicações. ---

Não é, pois, correcto afirmar que a AdC se limita a tecer conclusões e a presumir que a PTC delas tem conhecimento. A AdC sustenta as suas conclusões em factos que constam da decisão e que já constavam da nota de ilicitude e sobre os quais a PTC não só pôde exercer o contraditório como efectivamente o fez. ---

E o que se diz a propósito do art. 534º citado pela PTC é válido para o restantes artigos deste capítulo da decisão recorrida relativamente aos quais a PTC se limita a alegar genericamente tratarem de matéria nova e conclusiva, sem

especificar, e em relação aos quais se dá por reproduzida a argumentação ora exposta não se vislumbrando haver qualquer facto novo ou qualquer conclusão não suportada factualmente. ---

No que concerne aos critérios para determinação da medida da coima, mesmo que assistisse razão à arguida quanto a não terem sido atendidos determinados factores na determinação da culpa e na fixação da medida concreta da coima, ou de na decisão não haver factos concretos mas apenas conclusões, tal nunca importaria a anulação da decisão recorrida e muito menos a sua nulidade por violação dos direitos de defesa. Nesse caso, e porque foi interposto recurso de impugnação judicial da decisão final, caberia ao Tribunal atender a tais circunstâncias e, caso as considerasse relevantes, concluir em conformidade (ou seja, absolvendo a arguida, reduzindo a coima ou substituindo a coima por uma admoestação, consoante a relevância que atribuisse a cada factor). ---

Sucedo, porém, que nessa fase e quanto a esta valoração da AdC, não está já em causa o direito de defesa da arguida. Neste ponto estamos num momento subsequente: o da valoração feita na decisão recorrida dos elementos carreados para os autos pela arguida e pela AdC e o da valoração de vários factores em sede de determinação da medida da coima. Significa isto que aí a questão releva em sede de eventual erro de julgamento por parte da autoridade e/ou erro na apreciação da prova não da violação do direito de defesa que se afere em momento prévio. ---

Quaisquer interpretações, valorações ou consequências extraídas pela Autoridade da defesa apresentada pela arguida ou a não relevância dada pela autoridade a elementos constantes dessa mesma defesa são passíveis de ser sindicadas pelo Tribunal, e, estando em causa um recurso de impugnação, vão seguramente sê-lo, i.e., o tribunal verifica se a AdC fez o correcto enquadramento fáctico e jurídico da conduta imputada à arguida, analisa todos os factores que a AdC considerou relevantes em sede de medida da coima, quer como agravantes quer como atenuantes e vai, obviamente, considerar a defesa da arguida na sua totalidade. Por outras palavras, o tribunal vai sindicar se houve ou não por parte da AdC erros de julgamento e de apreciação da prova e decidir em conformidade com as conclusões a que chegar. ---

Existindo esta fase de recurso jurisdicional as garantias processuais da arguida não ficam minimamente beliscadas com quaisquer interpretações e/ou valorações que a Autoridade faça ou qualquer "omissão" da decisão recorrida. Garantida que foi à arguida a possibilidade de se pronunciar, deu-se cumprimento ao disposto no art. 50º do RGCO, respeitando-se assim o seu direito de audiência e defesa da arguida. ---

*

Em suma, não houve qualquer preterição dos direitos de defesa da PTC no plano dos factos. ---

*

2.1.5 – A violação dos direitos de defesa no plano das provas

Nesta sede a PTC invoca a violação do seu direito de audiência e defesa por três ordens de razões que vão ser conhecidas separadamente. ---

2.1.5.1 - A recusa de acesso pela arguida a documentos que a AdC classificou como confidenciais

Alega a PTC que a AdC ao recusar-lhe o acesso a documentos que classificou como confidenciais violou o seu direito de defesa na medida em que, por um lado, estão em causa elementos relevantes para determinação do alegado abuso de posição dominante/impacto do comportamento da PTC no mercado, dos prejuízos sofridos pelas empresas que se arrogam lesadas e pelos consumidores, e, por outro lado, elementos classificados como "documentos internos" mas que podem revestir muita utilidade quer para defesa da arguida quer para o próprio tribunal na perspectiva da reconstituição do *iter cognoscitivo* e decisório da AdC.

Alega ainda que a partir do momento em que o arguido é notificado para apresentar defesa cessa o segredo de justiça tendo o arguido pleno acesso aos autos. ---

Acrescenta que mesmo na decisão instrutória a AdC classifica algumas informações como confidenciais sem indicar qualquer fundamento para o efeito e que não é possível aferir com exactidão quais os factos que lhe são imputados que se baseiam em elementos confidenciais e aqueles que se baseiam em documentos que constam da parte acessível do processo por a AdC não ter especificado em relação a cada um dos factos o meio de prova que o sustenta. ---

Esta violação imputada à AdC é balizada pela arguida em dois momentos distintos. Um primeiro reportado a 3 de Agosto de 2005, data em que a AdC lhe negou o acesso a vários documentos, tendo a PTC interposto recurso judicial desse despacho, recurso que se encontra pendente no 1º juízo do Tribunal do Comércio de Lisboa (proc. 1308/05.4TYLSB). Um segundo reportado a momento posterior quando a AdC não lhe deu acesso a documentos solicitados após a notificação para se pronunciar sobre os meios complementares de prova. -

Por haver que distinguir as duas situações, eles devem ser apreciadas autonomamente. Antes, porém, fazer uma apreciação sobre o regime da confidencialidade no domínio do direito contra-ordenacional. ---

*

2.1.5.1.1 - Da consagração legal da protecção da confidencialidade

A matéria respeitante à confidencialidade foi pela ora signatária tratada no processo 766/06.4TYLSB deste 2º juízo, decisão aliás citada pela arguida --

Por ter aqui inteira aplicação o raciocínio expandido na referida decisão, reproduz-se o que ali se escreveu: --

"A AdC, constituída como pessoa colectiva de direito público, foi criada precisamente para *assegurar a aplicação das regras da concorrência em Portugal, no respeito pelo princípio da economia de mercado e de livre concorrência, tendo em vista o funcionamento eficiente dos mercados, a repartição eficaz dos recursos e os interesses dos consumidores* (art. 1º dos Estatutos da AdC). ---

No âmbito do exercício das suas funções a AdC dispõe de poderes sancionatórios, de supervisão e de regulamentação (art. 7º dos Estatutos). No exercício dos primeiros cabe-lhe, designadamente, *identificar e investigar as práticas susceptíveis de infringir a legislação da concorrência nacional e*

comunitária, proceder à instrução e decidir sobre os respectivos processos, aplicando, se for caso disso, as sanções previstas na lei (art. 7º, nº 2, al. a), Dos Estatutos). ---

Para tanto, à AdC foram conferidos os mesmos direitos e faculdades, por um lado, e os mesmos deveres e obrigações, por outro, dos órgãos de polícia criminal, podendo designadamente (art. 17º, nº 1, als. a) e b) da Lei 18/2003): ---

- *Inquirir os representantes legais das empresas ou das associações de empresas envolvidas, bem como solicitar-lhes documentos e outros elementos de informação que entenda convenientes ou necessários para o esclarecimento dos factos;* ---

- *Inquirir os representantes legais de outras empresas (que não a arguida) ou associações de empresas e quaisquer outras pessoas cujas declarações considere pertinentes, bem como solicitar-lhes documentos e outros elementos de informação.* ---

No que concerne aos processos relativos a práticas proibidas a AdC, no exercício dos seus poderes sancionatórios, procede à abertura de um inquérito e, se entender que há indícios suficientes de infracção, dá início à instrução do processo (arts. 24º e 25º da Lei 18/2003). Nesta instrução a autoridade procede às diligências de prova que entende necessárias, oficiosamente e a requerimento das arguidas, caso entenda que as diligências que efectuou na fase de inquérito são insuficientes ou podem e devem ser complementadas. ---

Quando a AdC, no exercício dos poderes que lhe são conferidos pelo citado art. 17º, nº 1, al. b), solicita às empresas informações e documentos, deve informá-las de que *deverão identificar, de maneira fundamentada, as informações que considerem confidenciais, juntando, sendo caso disso, uma cópia não confidencial dos documentos em que se contenham tais informações* (art. 18º, nº 1, al. d), da Lei 18/2003), sendo certo que a falta de resposta das empresas ou a resposta falsa inexacta ou incompleta está tipificada como contra-ordenação (art. 43º, nº 3, al. b), da Lei 18/2003). ---

Sobre a AdC incumbe o ónus de acautelar o *interesse legítimo das empresas na não divulgação dos seus segredos de negócio* (art. 26º, nº 5, da Lei 18/2003), ónus esse que está directamente relacionado com o sigilo a que os órgãos da Autoridade e o "seu pessoal" estão obrigados (art. 36º dos seus Estatutos: *Os titulares dos órgãos da Autoridade, bem como o seu pessoal, estão especialmente obrigados a guardar sigilo dos factos cujo conhecimento lhes advenha pelo exercício das suas funções e que não possam ser divulgados, nos termos da lei.*). ---

Da simples leitura das supra citadas disposições legais resulta a evidência que está expressamente prevista a possibilidade de num processo de contra-ordenação haver elementos que não podem ser disponibilizados à arguida, ou seja, que a confidencialidade é, em abstracto, admissível e lícita, estando a AdC obrigada a respeitá-la e a fazê-la respeitar. A questão que se coloca é a de determinar qual a extensão que tal confidencialidade pode ter. ---

Entende a arguida que, quando em confronto com os direitos de defesa, os interesses subjacentes à confidencialidade têm que ceder dado que aqueles, fazendo parte do núcleo dos direitos fundamentais, são sempre prevaletentes. ---

A situação não é, porém, tão linear como a arguida pretende. É indiscutível que os direitos de defesa da arguida fazem parte dos direitos fundamentais (art. 32º, nº 10, da CRP, inserido no Capítulo I – Direitos, liberdades e garantias pessoais -, do Título II – Direitos, liberdades e garantias -, da Parte I – Direitos e Deveres Fundamentais). ---

Mas também é certo que a salvaguarda da não divulgação dos segredos de negócio das empresas, designadamente das concorrentes das arguidas, é indispensável para que a AdC possa cumprir as suas funções (assegurar a aplicação das regras da concorrência) e, consequentemente, para que o Estado assegure a realização de uma das suas incumbências prioritárias: assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, garantir a equilibrada concorrência entre as empresas e reprimir práticas lesivas do interesse geral (art. 81º, al. f), da CRP). Com efeito, só se pode exigir da parte dos operadores no mercado que colaborem com a AdC e lhe transmitam documentos e informações que são confidenciais, já que são elementos nos quais se baseiam as respectivas actividades económicas, se lhes for dada a garantia de que não vai ser dada publicidade a tais elementos, nomeadamente no que às suas concorrentes respeita. ---

Por conseguinte, entende o Tribunal que assiste razão à AdC quando defende que, quando os direitos de defesa e o interesse na não divulgação dos segredos de negócio estão em confronto, há que fazer uma "ponderação sobre a prevalência de um ou de outro desses interesses, face ao caso concreto". ---

A necessidade de ponderação tem também sido defendida pela jurisprudência comunitária, citando-se a título de exemplo o Ac. do TPI de 29.06.95, Proc. T-30/91: "A este respeito deve recordar-se em primeiro lugar que, segundo um princípio geral que se aplica no decurso do procedimento administrativo e de que o artigo 214.º do Tratado bem como diversas disposições do Regulamento n.º 17 constituem a expressão, as empresas têm direito à protecção dos seus segredos de negócios (V. acórdãos do Tribunal de Justiça de 24 de Junho de 1986, Akzo Chemie/Comissão, 53/85, Colect., p. 1965, n.º 28, e de 19 de Maio de 1994, SEP/Comissão, C-36/92 P, Colect., p. I-1911, n.º 36). O Tribunal considera, todavia, que este direito deve ser equilibrado com a garantia dos direitos de defesa."

Cita-se, ainda, a este propósito, o Despacho do Presidente da 5ª secção do TPI de 15.06.06, Proc. T-271/03 "para apreciar as condições em que pode ser atribuído um tratamento confidencial a certos elementos dos autos, é necessário ponderar, relativamente a cada peça processual ou excerto de peça processual para a qual seja pedido um tratamento confidencial, a preocupação legítima da recorrente de evitar que os seus interesses comerciais sejam afectados de forma grave e a preocupação, igualmente legítima, das intervenientes de dispor das informações necessárias para poderem cabalmente invocar os seus direitos e expor a sua tese perante o juiz comunitário". ---

Em suma, casos haverá em que o interesse da salvaguarda do segredo de negócio tem que ceder perante o direito de defesa da arguida. Mas tal só em concreto pode ser aferido, *i.e.*, só procedendo a uma análise dos elementos considerados confidenciais e da sua relevância para o processo, quer enquanto elemento de prova a ser usado pela acusação, quer enquanto elemento que possa

ser usado pela defesa, é que se pode concluir que, no caso concreto, o interesse legítimo dos terceiros tem de ceder sob pena de se violarem os direitos de defesa da arguida." ---

Este enquadramento mantém-se plenamente válido e do mesmo resulta claro que não tem razão a arguida quando defende que a AdC não pode invocar o segredo de negócio. Em abstracto a AdC não só pode invocar e proteger o segredo de negócio de terceiro, como deve fazê-lo, estando aliás por lei a tanto obrigada. ---

Defende a PTC que a partir do momento em que o processo é tornado público cessa o segredo de justiça e os autos podem ser livremente consultados. -

Tem razão a arguida. Com efeito, a partir do momento em que o processo passa a ser público (e no processo crime tal sucede em princípio quando termina a fase de inquérito -art. 86º, nº 1, Cod. Proc. Penal), passa o arguido a ter o direito de "consulta do auto e obtenção de cópias, extractos e certidões de quaisquer partes dele" (art. 86º, nº 2, al. c), e 89º, nº 1, ambos do Cod. Proc. Penal) e isto porque a partir desse momento estão ultrapassados os motivos que levam à consagração do segredo de justiça (salvaguarda da investigação e da prova recolhida e protecção dos envolvidos). ---

Sucede que esta questão nada tem a ver com a da protecção da confidencialidade e da salvaguarda do segredo de negócio. O processo é público naquilo que não deva ser legitimamente considerado confidencial, ou seja, o arguido tem direito de acesso a todo o processo na parte em que o mesmo é público. ---

Tal como já referido, também aqui há que harmonizar os direitos em presença de molde a, por um lado, garantir ao arguido o efectivo exercício do direito de defesa e, por outro lado, garantir a protecção da confidencialidade devida perante segredo de negócio de terceiros. Não é, pois, correcto afirmar que a partir do momento em que o processo é tornado público o arguido tem pleno acesso aos autos---

E tal em nada viola os direitos de defesa da arguida conforme decorre do explanado na mesma decisão proferida pela ora signatária e que aqui se aplida inteiramente: ---

"Com efeito, tendo a arguida conhecimento de quais os elementos que estão em causa (sendo junta aos autos uma listagem com a identificação dos documentos sabe-se de que documentos se está a falar, embora não se saiba o seu conteúdo) pode verificar se os mesmos deviam ou não ser qualificados como confidenciais, por um lado, e se podem conter informações para si relevantes (já que sabendo quais os elementos em causa, pode aferir se os mesmos são ou não importantes para a sua defesa e pode perceber a que tipo de prova em contrário se pode socorrer caso sejam elementos relevantes para a acusação), por outro. É, pois, a arguida quem, em 1ª mão, controla a actuação da Autoridade nesta matéria, embora seja um controle limitado. ---

Numa segunda fase surge o Tribunal a quem cabe o controle pleno e absoluto sobre esta matéria. ---

Caso a arguida pretenda ter acesso a um qualquer elemento que tenha sido qualificado como confidencial pela AdC, apresenta um requerimento solicitando o acesso aos elementos que entende poderem interessar-lhe. A AdC apreciará o requerimento e proferirá um despacho, devidamente fundamentado, deferindo ou indeferindo o pedido de levantamento da confidencialidade, decisão a que chegará depois de ponderar qual, no caso concreto, o interesse que deve prevalecer: se o da arguida se o dos terceiros. ---

Se a decisão da AdC for no sentido do indeferimento do pedido e a arguida não se conformar, restar-lhe-á recorrer para tribunal, nos termos previstos nos arts. 50º, nº 2, da Lei 18/2003 e 55º do RGCOG. Caso seja interposto recurso, a AdC remeterá a Tribunal certidão das partes relevantes do processo bem como os elementos confidenciais que estiverem em causa. Neste tipo de recursos o tribunal tem poderes de plena jurisdição, cabendo-lhe fazer não só um controle de legalidade mas também de mérito, no âmbito dos quais se insere, designadamente, o de examinar os meios de prova a fim de determinar se houve violação dos direitos de defesa (Ac. TJ 07.01.04, Proc. C-204/00). ---

Consequentemente, cabe ao tribunal proceder à análise dos documentos que foram qualificados pela Autoridade como confidenciais e verificar, por um lado, se a sua divulgação põe em risco o interesse legítimo dos terceiros na não divulgação dos seus segredos de negócio, e por outro lado, se o facto de a arguida não ter tido acesso aos mesmos violou os seus direitos de defesa. ---

Tem, pois, o tribunal que fazer a ponderação a que *supra* se referiu sendo indiscutível que, se o interesse dos terceiros for legítimo e não tiverem sido violados os direitos de defesa da arguida, cabe ao tribunal zelar pela protecção desses interesses e não levantar a confidencialidade dos mesmos, ou seja, este interesse, sendo legítimo, tem de ser salvaguardado também pelo tribunal. Este entendimento está aliás expresso na Comunicação da Comissão sobre a Cooperação entre a Comissão e os Tribunais dos Estados-membros (a propósito da aplicação dos artigos 81º e 82º e do Reg. da Comissão nº 1/2003) que prevê expressamente que sendo solicitadas pelo Tribunal à Comissão informações ou documentos por esta qualificados como confidenciais, a Comissão só os envia se o Tribunal em questão garantir expressamente a protecção da confidencialidade (cfr. § 25º). ---

Se o tribunal entender que a confidencialidade não é justificada, decidirá em conformidade, determinando a que documentos deve ser dado acesso à arguida." ---

Face ao exposto, conclui-se, tal como na referida decisão, que o regime legal vigente não viola, em abstracto, os direitos de defesa da arguida e que o facto de ser a AdC quem analisa e qualifica os documentos como confidenciais, não constitui qualquer violação desses mesmos direitos já que, para além da possibilidade que assiste à arguida de fazer um controle preliminar, tem sempre a garantia do controle jurisdicional. ---

2.1.5.1.2 - Da não fundamentação da decisão que classifica os documentos como confidenciais

4

Ainda do ponto de vista processual a PTC refere que a AdC classificou informações como confidenciais sem indicar qualquer fundamento para o efeito.

Mais uma vez e por ser inteiramente aplicável transcreve-se parte da sentença proferida no processo 766/06.4TYLSB: ---

" Concluimos já que, nesta sede, pode haver interesses de terceiros a considerar: os interesses resultantes da protecção dos seus segredos de negócio. Para que estes interesses, legítimos, sejam efectivamente assegurados, é evidente que é a AdC quem, em primeira-mão, faz a análise dos elementos e os qualifica como confidenciais (uma vez que é ela a autoridade que está a proceder à investigação e que, por conseguinte, recebe os elementos enviados pelas empresas). Mas daqui não resulta que esta análise da Autoridade não seja sindicável. Em abstracto é-o, quer pela arguida quer pelo tribunal. Vejamos. ---

De acordo com o regime legal vigente as empresas, ao remeterem informações ou documentos relativamente aos quais pretendam que seja salvaguardada a confidencialidade, devem fazer tal indicação e fazê-lo de forma fundamentada (art. 18º da Lei 18/2003). Por sua vez a AdC tem que analisar os elementos que estiverem em causa e, se entender estar justificado o pedido, assegurar a requerida confidencialidade. Tal implica, no entender do Tribunal, que a AdC, ao "retirar" do processo que vai estar acessível à arguida determinados elementos, deve elaborar uma listagem que junta ao processo, na qual identifica os documentos que reputa de confidenciais. Dessa listagem devem constar as razões que levaram a que os elementos em causa fossem qualificados como confidenciais, sendo certo que tal fundamentação muitas vezes resulta da própria natureza dos documentos (neste sentido Ac. TPI de 29-06-1995, Proc. T-30/91). ---

É certo que não há nenhuma disposição específica que imponha esta actuação mas, no entender do tribunal, trata-se de uma obrigação que resulta do dever geral de fundamentação dos actos, designadamente dos actos decisórios (equiparando-se aqui os despachos da Autoridade aos despachos do Ministério Público proferidos na fase de inquérito - art. 97º, nº 2 e 4, do Cod. Proc. Penal⁶)."

No caso pretende a PTC que a AdC não fundamentou a classificação de confidencialidade que fez quanto a certos documentos. Sucede, porém, que mesmo que tal corresponda à realidade, isto é, mesmo que a AdC tenha classificado determinados elementos como confidenciais sem fundamentar tal decisão, tal não viola os direitos de defesa da arguida. Como se decidiu na citada sentença: ---

"No entender do Tribunal a arguida não coloca devidamente esta questão. Com efeito, e salvo melhor opinião, este problema concreto tem de ser resolvido a outro nível que não o da violação dos direitos de defesa. A violação dos direitos de defesa prende-se com a importância e relevância dos elementos que foram considerados confidenciais e que, por conseguinte, não constam do processo que se encontra à disposição da arguida. A existir qualquer irregularidade a este nível

⁶ Hoje art. 97º, nº 3 e 4 do Cod. Proc. Penal. ---

a mesma consubstanciará um vício de natureza material que vai ser apreciado adiante. ---

Mas este problema só se coloca a jusante. A questão aqui em apreciação é prévia: estamos neste momento a analisar quais as consequências da falta de elaboração de uma listagem identificando os elementos qualificados como confidenciais e respectiva fundamentação, i.e., estamos a analisar as irregularidades processuais no tratamento da qualificação dos elementos como confidenciais. Ou seja, estamos perante a existência de um vício de natureza processual. ---

E que vício é este? Em nosso entender estamos perante uma mera irregularidade. Recorrendo às regras do Cod. Proc. Penal (dada a inexistência de qualquer norma que verse sobre esta questão quer na Lei 18/2003 quer no RGCO), temos como ponto de partida o princípio básico de que a violação ou inobservância das disposições da lei de processo *só determina a nulidade do acto quando esta for expressamente cominada na lei*, sendo certo que *Nos casos em que a lei não cominar a nulidade, o acto ilegal é irregular* (art. 118º, nº 1 e 2 do Cod. Proc. Penal). ---

A decisão da Autoridade relativa à qualificação dos documentos como confidenciais equivale a um acto decisório do Ministério Público, ou seja a um despacho, e, por conseguinte, carece de fundamentação, i.e., deve especificar os seus fundamentos de facto e de direito (cfr. art. 97º, nº 2 e 4, do Cod. Proc. Penal)⁷. Sucede que não há nenhum preceito que comine a falta de fundamentação dos despachos do Ministério Público com a nulidade. Logo, vigorando em processo penal o princípio da taxatividade das causas de nulidade (citado art. 118º), é forçoso concluir que tal falta de fundamentação equivale a uma mera irregularidade (neste sentido Ac. RL de 26.09.06, Proc. 6008/2006.5).

Ora a irregularidade *só determina a invalidade do acto a que se refere e dos termos subsequentes que possa afectar quando tiver sido arguida pelos interessados no próprio acto ou, se a este não tiverem assistido, nos três dias seguintes a contar daquele em que tiverem sido notificados para qualquer termo do processo ou intervindo em algum acto nele praticado* (art. 123º, nº 1, do Cod. Proc. Penal). ---

Ora em momento algum do processo, com excepção do recurso de impugnação, a PTC veio invocar perante a AdC a irregularidade resultante da deficiente ou inexistente fundamentação da decisão de classificar determinados documentos/elementos como confidenciais. ---

Não o tendo feito senão em sede de recurso da decisão final a irregularidade em causa, a ter sido cometida, considera-se sanada pois face à intervenção da PTC no processo, às consultas por si efectuadas, às notificações dos despachos que não lhe deram acesso a elementos considerados confidenciais e à própria notificação da decisão final, o prazo de três dias para arguir uma eventual irregularidade terminou muito antes da interposição do presente recurso.

Concluindo, a falta de fundamentação relativa à classificação de elementos/informações/documentos constantes do processo como confidenciais

⁷ Hoje art. 97º, nº 3 e 4 do Cod. Proc. Penal. ---

constitui uma mera irregularidade que, no caso, a ter existido, se considera neste momento sanada por não ter sido arguida no prazo legal. ---

2.1.5.1.3 - Não acesso aos elementos confidenciais

Passemos então à apreciação da questão de fundo, sendo aqui de considerar a argumentação da arguida que separa dois grupos de elementos/documentos: por um lado refere-se aos documentos que a AdC apelida de documentos internos, entendendo que o conhecimento dos mesmos podia ser útil à sua defesa; por outro lado refere-se a documentos que foram usados pela AdC para sustentar parte da acusação. ---

Deve aqui distinguir-se os elementos a que a arguida não teve acesso e que poderiam relevar para a sua defesa, dos elementos a que a arguida não teve acesso e que serviram de suporte à acusação. Com efeito, estão em causa situações distintas que, enquanto tal, têm de ser objecto de tratamento diferenciado, conforme aliás tem sido reconhecido pela jurisprudência comunitária: "há que distinguir (...) entre o acesso a documentos susceptíveis de ilibar a empresa e o acesso a documentos que demonstrem a existência da infracção imputada." (Ac. TJ 07-01-04, Proc. 204/00; no mesmo sentido Ac. TPI de 29-06-95, Proc. T-37/91 e Ac. TPI de 29-06-95, Proc. T-30/91). ---

Relativamente ao primeiro grupo de documentos, não estão em causa documentos de terceiros, relativamente aos quais a AdC entendeu haver segredo de negócio a proteger, mas sim documentos que a autoridade refere serem "documentos internos", sendo que só estes são invocados pela PTC como passíveis de relevar na sua defesa. ---

Para apreciar esta questão é de considerar a seguinte factualidade: ---

1 - A PTC solicitou à AdC cópia de fls. 2080 a 2083 e 3271 a 3296 por requerimento datado de 3 de Agosto de 2005 (fls. 3567). ---

2 - A AdC respondeu à arguida por ofício datado de 9 de Agosto de 2005 nos seguintes termos (fls. 3722): ---

"Fls. 2080 a 2083 - Informação elaborada pelos instrutores e dirigida ao Conselho da AdC sobre o pedido de prorrogação de prazo apresentado pela PT Comunicações a 21.9.2004 e sobre o pedido de consulta do processo apresentado pela PT Comunicações na mesma data. Despacho do Conselho exarado sobre a mesma informação a 9.11.2004, objecto de notificação à PT Comunicações por fax de 6.10.2004 (FAX/927/2004/DMA/ADC). Esta informação é segunda via da Informação constante de fls. 1865 a 1868, sendo ambas originais.

Fls. 3271 a 3296 - Informação ao Conselho sobre a estratégia processual subsequente à defesa da PT à nota de ilicitude - descrição da defesa da PT e apresentação de estratégia.

Estes documentos correspondem a (...) documentos confidenciais por se tratar de documentos de reflexão interna da AdC". ---

Diz a arguida que os referidos documentos integravam o processo quando a nota de ilicitude foi emitida e que a argumentação de se tratar de documentos internos não é válida sendo que a partir do momento em que o processo se torna público todos os actos da AdC praticados no processo passam a ser públicos. ---

Não tem razão a arguida. Que o processo é público a partir da notificação da nota de ilicitude não há dúvida. Mas daí não resulta que todos os actos praticados por força do processo o sejam. Os actos públicos, usando a terminologia da arguida, são aqueles que se prendem com a instrução do processo, com a investigação, com a produção de prova. Quanto a estes não há dúvida que se trata de actos "públicos" no sentido de que têm que estar referenciados e espelhados no processo (podendo embora não ser dado deles conhecimento à arguida se estiverem em causa segredos de negócio conforme já referido). Já os actos que não se prendam com nenhum dos aspectos referidos e que se destinem somente à organização "interna" do processo (seja informação prestada aos superiores hierárquicos pelos instrutores, seja instruções pedidas aos superiores hierárquicos, seja apontamentos destinados a circular entre os vários departamentos da AdC tendo como objectivo definir e delinear a "estratégia" da AdC) não podem ser considerados actos do processo e, por conseguinte, actos públicos.

É certo que não é correcto inseri-los no processo e depois retirá-los. Neste aspecto tem razão a arguida. No entender do tribunal estes não são actos do processo e, por conseguinte, não têm nem devem estar nele referenciados (até para evitar situações como a dos autos). Mas daí não resulta que a terem sido juntos, mal, ao processo, não possam depois ser dele retirados. ---

Por conseguinte, o entendimento do tribunal é que este tipo de documentos não faz parte do processo, por não respeitar nem a matéria de prova nem a matéria relacionada com a investigação, pelo que não tem que fazer parte do processo nem tem de ser dado a conhecer a terceiros, designadamente aos arguidos. ---

Entende a PTC que estas "reflexões internas" poderiam revestir utilidade para a defesa da arguida e para o tribunal perceber o *iter cognoscitivo* e *decisório* da autoridade". ---

Mais uma vez não tem razão a arguida. Os elementos úteis para a defesa da arguida são aqueles que respeitam à factualidade que lhe é imputada, ou seja, aqueles que se prendem com os factos de que é acusada, por um lado, e aqueles que permitem afastar a imputação e o juízo de censurabilidade, por outro. ---

Ora informações dadas pelos instrutores do processo ao Conselho da AdC, instruções dadas por este àqueles, definição do modo de actuação dos instrutores, etc., não são elementos que permitam ao arguido impugnar a factualidade que lhe é imputada e, assim, afastar a punição. Logo, não são nem podem ser elementos úteis para a defesa.

Por outro lado são também elementos absolutamente irrelevantes para o Tribunal que, aliás, não pode sequer recorrer a quaisquer elementos que não a decisão recorrida para apreciar os factos, ou seja, o tribunal apenas pode atender à decisão recorrida e aos factos dela constantes e é perante os mesmos que aprecia a inteligibilidade e suficiência da decisão. Com efeito, ou essa decisão é clara, completa, objectiva e suficiente, e deste modo permite ao tribunal reconstituir o "*iter cognoscitivo e decisório da AdC*" ou não o é e, neste caso, a decisão poderá estar inquinada e, eventualmente, vir a ser declarada nula. ---

Em suma, a retirada dos documentos apelidados de "documentos internos" do processo não constitui qualquer violação dos direitos de defesa da arguida pelo simples facto de que os mesmos não fazem parte do "processo" contra-ordenacional. ---

*

Relativamente ao segundo grupo de documentos, elementos que a arguida alega terem sido usados na acusação, há que considerar separadamente os que são objecto do recurso pendente no 1º juízo deste tribunal dos restantes. ---

Relativamente àqueles há que ter em atenção a seguinte factualidade: ---

1 - A PTC solicitou à AdC cópia de fls. 2169 a 2185 e 3123 a 3139 por requerimento datado de 3 de Agosto de 2005 (fls. 3567). ---

2 - A AdC respondeu à arguida por ofício datado de 9 de Agosto de 2005 nos seguintes termos (fls. 3722): ---

"Fls. 2169 a 2185 - Informações da Tvtel reveladoras de segredos de negócio consideradas confidenciais: prejuízos sofridos pela Tvtel.

Fls. 3122 a 3139 - Informações da Tvtel reveladoras de segredos de negócio consideradas confidenciais: prejuízos sofridos pela Tvtel.

Em ambos os casos, as informações constantes das mesmas não correspondem a factos e provas que estejam na base das acusações formuladas ou de questões que possam interessar à decisão do processo. Na realidade, todos os factos e argumentos subjacentes a uma futura decisão têm que constar da Nota de Ilícitude. Os factos objecto de referência nas folhas do processo cujas cópias são agora requeridas pela PTC não constam da Nota de ilicitude nem estarão subjacentes à decisão final. Logo, não é o conhecimento dos mesmos relevante para o exercício do direito de defesa da PTC, que em nada é lesado pela qualificação dos documentos em causa como confidencial.

Acresce que, por despacho das Instrutoras do processo de 9.8.2005, foram desentranhados do processo PRC-02/03, os documentos de fls. 2169 a 2185 e 3122 a 3139, os quais foram devolvidos à empresa Tvtel Grande Porto Comunicações, S.A., por serem irrelevantes para o processo que corre termos na Autoridade da Concorrência." ---

3 - No dia 9 de Agosto de 2005 as instrutoras do processo fizeram constar do mesmo que retiravam do processo os documentos de fls. 2169 a 2185 e 3122 a 3139 por verificar que "dos mesmos não constam factos e provas que estejam na base das acusações formuladas ou das demais questões que possam interessar à decisão do processo PRC-02/03" e que os devolviam à empresa Tvtel (fls. 3720).

4 - A fls. 3721 está junta a cópia da carta enviada pela AdC à Tvtel na qual se refere que se devolvem os originais dos documentos de fls. 2169 a 2185 e 3122 a 3139.

Da factualidade exposta resulta que os documentos aqui em causa são documentos que a AdC considerou integrarem segredo de negócio, por respeitarem aos prejuízos invocados pela Tvtel, e não serem relevantes para o processo. ---

68

A PTC entende que os prejuízos das empresas concorrente, como é o caso da Tvtel, são relevantes para o suposto impacto do alegado comportamento abusivo. ---

Poderá até a PTC ter razão. Sucede que a eventual relevância destes documentos não pode aqui ser considerada. Com efeito, a AdC analisou os documentos e considerou que os mesmos continham segredo de negócio. Por conseguinte, estava a AdC obrigada a garantir a sua confidencialidade. Mais considerou a AdC que a informação constante dos documentos não era relevante para o processo e por isso decidiu devolvê-los, ou seja, garantiu a sua confidencialidade e não se serviu da informação neles contida para sustentar a acusação deduzida contra a PTC. Significa isto que não está em causa qualquer violação do direito de defesa da arguida, violação essa que mesmo em abstracto só poderia existir se a AdC se tivesse servido da informação neles contida para fundamentar a acusação deduzida contra a PTC. ---

Assim, no que a este conjunto de documentos respeita, não foram violados os direitos de audição e defesa da arguida. ---

Para além destes documentos vem a PTC alegar que foram ainda considerados confidenciais outros documentos/elementos de que a AdC se serviu para deduzir a acusação, designadamente para basear as suas conclusões relativas ao impacto do seu comportamento no mercado e aos prejuízos causados aos concorrentes e aos consumidores, não podendo a arguida saber qual a extensão da relevância dada a estes elementos por a AdC não ter especificado em relação a cada facto o meio de prova que o sustenta. ---

Estão nesta situação os seguintes documentos: ---

a) fls. 5414 e 5424 – correspondem aos elementos transmitidos pela Bragatel à AdC, em 12 de Abril de 2006, sobre a sua facturação e sobre os principais produtos concorrentes; --

b) fls. 5425 a 5428 – correspondem aos dados transmitidos pela Tvtel à AdC, em 4 de Maio de 2006, sobre valores de custos, número de casas activadas e passadas, receita média por casa, justificações da estimativa de casas cabladas na ausência da recusa de acesso e utilização das condutas e ofertas de serviços nos mercados televisão por subscrição, acesso em banda larga à Internet e telefonia fixa; ---

c) fls. 5491 – corresponde aos elementos transmitidos pela OniTelecom à AdC, em 16 de Maio de 2006, sobre as suas ofertas empresariais; ---

d) fls. 5606 – corresponde aos elementos transmitidos pela Novis à AdC, em 19 e 30 de Junho de 2006 sobre a sua actividade, em especial sobre as suas ofertas residenciais e empresariais; ---

e) fls. 5613 – corresponde aos elementos transmitidos pela Bragatel à AdC, em 21 de Junho de 2006 sobre os principais produtos concorrentes; ---

f) fls. 5618 – corresponde aos elementos transmitidos pela Cabovisão à AdC, em 22 de Junho de 2006 com informações sobre a actividade daquela empresa; ---

g) “*Estudo de Custos de Implementação de Células CATV*”, datado de 17 de Maio de 2006, elaborado a pedido da AdC por um consultor seleccionado e

cuja identidade foi considerada confidencial, o que nem sequer permite apreciar a idoneidade da referida entidade; ---

h) anexos ao *"Estudo de Custos de Implementação de Células CATV"*, datado de 17 de Maio de 2006, com demonstrações consideradas confidenciais pela AdC, nomeadamente, informações sobre distâncias, componentes e custos de construção, que se supõem fundamentar as análises nele contidas; e ---

i) fls. 6173 e seguintes – correspondem ao estudo intitulado *"Estimativa do impacto económico em resultado das práticas restritivas da concorrência verificadas"*, datado de Novembro de 2006, o qual foi junto numa versão dita *"Não Confidencial Para Grupo Portugal Telecom"*. ---

A PTC não questiona da bondade da decisão da AdC ao invocar que todos estes elementos são confidenciais. Logo, tal questão não vai aqui ser apreciada. O que a PTC questiona é que tenham sido considerados confidenciais elementos relevantes para a acusação e, por esse motivo, não lhe tenha sido dado conhecimento dos mesmos. ---

Mais uma vez e por ser inteiramente aplicável se transcreve o que se escreveu na sentença proferida no processo 766/06.4TYLSB: ---

"Relativamente aos documentos nos quais se baseia a acusação, a jurisprudência comunitária entende que: "O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem precisou, no entanto, que o respeito do princípio do contraditório, como o das restantes garantias processuais consagradas no art. 6º, nº 1, da CEDH, visa unicamente o processo jurisdicional num «tribunal», sem implicar nenhum princípio geral e abstracto segundo o qual as partes devem ter, em todos os casos, a faculdade de assistir às conversações ocorridas ou de receber a comunicação de todos os documentos tidos em conta, que comprometam outras pessoas ...

A não comunicação de um documento apenas constitui violação dos direitos de defesa se a empresa em causa demonstrar, por um lado, que a Comissão se baseou nesse documento para fundamentar a sua acusação relativa à existência de uma infracção...e, por outro, que essa acusação só poderia ser provada por referência ao dito documento...

Se existirem outras provas documentais de que as partes tomaram conhecimento ao longo do procedimento administrativo, que sirvam especificamente de apoio às conclusões da comissão, a eliminação, enquanto elemento de prova, do documento de acusação não comunicado não invalida a procedência das acusações formuladas na decisão impugnada ...

Assim, incumbe à empresa em questão demonstrar que o resultado a que a Comissão chegou na sua decisão teria sido diferente se devesse ser afastado, enquanto meio de prova de acusação, um documento não comunicado no qual a Comissão se baseou para incriminar essa empresa." (Ac. TJ de 07.01.04, Proc. C-204/00). ---

Também o Ac. do TPI de 27-09-06, Proc. T-43/02 vai no mesmo sentido: "A partir do momento em que a Comissão tenciona basear-se numa passagem de uma resposta à comunicação de acusações ou num documento anexo a essa resposta para concluir pela existência de uma infracção num processo de

aplicação do art. 81º, nº 1, CE, deve ser dada às outras partes no processo a possibilidade de se pronunciarem sobre esse elemento de prova. Nestas circunstâncias, a passagem em questão de uma resposta à comunicação de acusações ou o documento anexo a essa resposta constitui, na verdade, um elemento de acusação contra as diferentes partes que participaram na infração. (...) Assim, incumbe à empresa em questão demonstrar que o resultado a que a Comissão chegou na sua decisão teria sido diferente se for rejeitado como meio de prova da acusação um documento não comunicado no qual a Comissão se tenha baseado para incriminar essa empresa". ---

Da jurisprudência citada podem extrair-se duas conclusões. Em primeiro lugar, a falta de comunicação de documentos que sustentam a acusação só justifica uma eventual anulação do processado, por violação dos direitos de defesa da arguida, se, para além deles, não existirem no processo outras provas que sirvam de apoio às conclusões da Autoridade. Se existirem, eliminam-se os não comunicados como meio de prova mas tal não invalida a procedência das acusações imputadas na acusação (neste sentido também Ac. TJ 09-11-83 Proc. 322/81; Ac TJ 25-10-83, Proc. 107/82 e Ac. TJ 07-06-83, proc. 100/80 a 103/80).

Em segundo lugar, se se provar que a falta de comunicação dos elementos em questão pode ter influenciado o decurso do processo e a decisão acusatória, em detrimento da arguida, conclui-se pela violação dos seus direitos de defesa. --

Note-se que aqui o que está em causa é a eventual violação dos direitos de defesa da arguida por a acusação ser parcialmente sustentada em elementos aos quais a mesma não teve acesso, questão que nada tem a ver com a irregularidade de que falámos supra relativa à não fundamentação da decisão de qualificação dos elementos como confidenciais nem com a existência de elementos confidenciais que a arguida pudesse usar em sua defesa." ---

Regressando ao caso dos autos constata-se que, de todos os documentos elencados, a PTC só menciona especificamente (a propósito da relevância para os autos) os relativos ao número de casas da Cabovisão, da Tvtel e do Grupo Parfitel invocando que deles terá a AdC retirado as conclusões que formulou quanto ao impacto do comportamento da PTC no mercado e aos prejuízos causados aos consumidores. ---

A este propósito alega ainda a PTC que na decisão recorrida a AdC não especifica em relação a cada facto ou conjunto de factos o meio de prova que o sustenta. ---

Perante o concretamente alegado pela PTC o que é colocado à apreciação do tribunal é saber se os documentos/informações considerados pela AdC confidenciais relativos ao número de casas dos concorrentes da PTC foram usados pela AdC para concluir que a conduta da PTC teve impacto nos mercados relevantes e qual a medida desse impacto, e se a mesma causou prejuízos aos concorrentes e ao consumidor e, em caso afirmativo, caberá ainda ao Tribunal verificar se tais conclusões são extraídas apenas desses elementos ou se, pelo contrário, são sustentadas noutros meios de prova. Relativamente aos restantes documentos nada foi em concreto questionado pela PTC pelo que sobre eles o tribunal não se vai pronunciar. ---

Está pois em causa saber quais os elementos de prova a que a AdC atendeu para concluir que a actuação da PTC tem um carácter anti-concorrencial.

No que à posição dominante da PTC no mercado de acesso a infra-estruturas respeita, a AdC não se socorreu de qualquer elemento considerado por si confidencial como se pode constatar da leitura dos arts. 334º a 349º da decisão recorrida. ---

Já no que toca à sua posição dominante nos mercados considerados relevantes a AdC expõe ao longo dos arts. 350º a 386º da decisão uma série de afirmações e conclusões, parte das quais assente nas quotas de mercado de cada uma das empresas que actuam no sector, sendo que quanto a estas quotas de mercado não são disponibilizados os dados relativos a cada uma das empresas (cfr. arts. 358º e 359º). ---

Sucede que, para além dos elementos questionados pela PTC (número de casas de cada operador) não serem os elementos usados para determinar as quotas de mercado, a conclusão de que a PTC tem nos mercados uma posição dominante não resulta apenas da quota de mercado que a mesma detém em cada um dos mercados relevantes. Por conseguinte, não só os documentos aqui postos em causa não são utilizados para concluir pela posição dominante da PTC, como os elementos em que a AdC se baseou nessa sede não foram em exclusivo os confidenciais. ---

No que à prática imputada à arguida respeita, a AdC invoca factos relativos a (arts. 390º a 491º): ---

- autorização de passagem de cabos de forma descontínua; ---
- tempos de resposta não justificado e excessivo aos pedidos de acesso; --
- instalação de cabos em condutas nas quais inicialmente havia sido negado o acesso por falta de espaço; ---
- limitação de cedência de acesso à rede entre cabeceiras de rede, entre a cabeceira e as células e entre as células;
- falta de transparência dos critérios de acesso; ---
- diferenças de grau no processo e no formalismo contratual; ---
- inexistência de justificação do não acesso relacionada com a remuneração do mesmo. ---

Ao contrário do que alega a PTC relativamente a esta factualidade a AdC expõe-na por grupos e em relação a cada um remete para os respectivos documentos de suporte, documentos esses que não estão no grupo de informações confidenciais aqui em causa (cfr. arts. 390º a 398º, 400º a 407º, 410º a 423º, 427º a 435º, 437º, 438º, 442º a 445º, 447º, 449º, 450º, 452º a 454º, 457º a 460º, 466º, 467º a 477º). ---

Relativamente à caracterização das condutas da PTC enquanto infra-estrutura essencial não se baseou a AdC nos documentos aqui postos em causa pela arguida (cfr. arts. 479º a 487º e 149º a 207º). ---

Significa isto que no que concerne aos actos que no entender da AdC constituem o abuso de posição dominante para além de não haver qualquer falha no que concerne à remissão para os meios de prova, não foram utilizados elementos considerados confidenciais. ---

Expostos os factos e caracterizada a posição dominante da PTC, a AdC conclui que está em causa uma prática anti-concorrencial já que as recusas da PT tiveram como objecto e efeito a criação de barreiras ao desenvolvimento da rede da Tvtel e da Cabovisão, na medida em que integraram um abuso de posição dominante (art. 492º a 510º) e concretiza esta conclusão referindo que: ---

- "como consequência das recusas de acesso à rede os concorrentes do Grupo PT não tiveram a possibilidade de cablar zonas residenciais novas (fls. 29 e 1899)" – art. 496º; ---

- "Em especial, a prática teve como efeito o facto de a CATVP ter o exclusivo no segmento de mercado de instalação de rede de televisão por cabo em novas urbanizações (fls. 29 e 1899)" – art. 497º; ---

- "Como consequência das recusas de acesso à rede os concorrentes do Grupo PT não tiveram a possibilidade de efectuar a expansão da respectiva rede nos termos previstos e possíveis sem os entraves colocados à instalação de cabos nas condutas da PT Comunicações (fls. 6)" – art. 498º; ---

- "Como consequência das recusas de acesso à rede, os concorrentes do Grupo PT perderam receita pelos assinantes que deixaram de ter (fls. 1670 e 1747 a 1749)" – art. 499º; ---

- "Como consequência das recusas de acesso à rede os concorrentes do Grupo PT incumpriram, pelo menos potencialmente, os objectivos de cobertura que lhes foram impostos pelo ICP-ANACOM (fls. 297 e 610)" – art. 500º; ---

- "Como consequência das recusas de acesso à rede os concorrentes do Grupo PT e, em concreto, a Tvtel, sofreram consequências negativas em termos de risco de crédito ao nível de financiamento bancário em virtude do incumprimento dos respectivos objectivos e projectos, do qual depende o desenvolvimento das respectivas redes (fls. 1316, 1332, 1333 e 1344)" – art. 501º.

Acrescenta que, como consequência da actuação da PTC, os operadores concorrentes da CATVP viram travada a expansão das suas redes, concretizando:

- "O plano de construção da rede da Tvtel correspondente aos pedidos da Tabela I permitiria construir cerca de 30 células, abrangendo cada célula cerca de 1700 a 2000 casas, o que perfaz um total aproximado de 55.500 casas, as quais não foram cabladas (Tabela I e fls. 10 e 1947)" – art. 503º; ---

- "O plano de construção da rede da Cabovisão correspondente aos pedidos da Tabela II permitiria construir cerca de 27.646 casas, das quais não foram cabladas 18.027 (Tabelas II e fls. 10 e 1947)" – art. 504º. ---

Mais uma vez a AdC factualiza o impacto que no seu entender a prática teve nos concorrentes da CATVP, designadamente esclarecendo qual o número de casas que deixaram de ser por elas cabladas em função da actuação da PTC, e fá-lo indicando quais os meios de prova que considerou relevantes, nenhum dos quais se inclui no grupo dos documentos confidenciais. ---

Pretendia a PTC que fossem revelados os concretos números relativos às operadoras de cabo, isto é, pretendia que lhe fosse dado conhecimento do número de casas de cada um dos concorrentes da CATVP. Ora tal informação foi prestada à AdC pelas empresas respectivas que solicitaram a confidencialidade

por estarem em causa segredos de negócio, tendo a AdC concordado com tal classificação, que aliás a PTC não questiona. ---

Para o presente caso não há necessidade de saber qual em concreto a quota de mercado de cada uma das concorrentes. Basta saber a quota de mercado da CATVP e esta é indicada pela AdC com referência ao número de casas do Grupo PT no universo da totalidade das casas cabladas em 2004, conforme tabela V, sendo que os números da CATVP e ao Grupo PT são por esta confirmáveis e os números totais foram retirados de informação da ICP-ANACOM que estão no processo (cfr. fls. 5703 e segs. e 5867 e segs.). Logo, é possível à PTC, com os elementos que estão nos autos, confirmar a quota de mercado da CATVP e do Grupo PT e é apenas esta que interessa, sendo para o efeito irrelevante as quotas individuais dos outros operadores (dado que, sabendo-se a quota da CATVP, sabe-se a quota conjunta dos outros operadores). ---

Quanto à quantificação dos prejuízos causados aos concorrentes não se trata, no entender do tribunal, de um elemento determinante por não se relacionar com a prática concreta imputada à arguida nem dele depender a subsunção dos factos ao direito aplicável, sendo certo que dos factos alegados pela AdC, se provados, é possível concluir pela existência de prejuízos. Logo, prejudicou os consumidores. ---

De igual modo no que ao prejuízo para os consumidores respeita, não é necessário recorrer a elementos abrangidos pelo segredo de negócio das empresas concorrentes da CATVP até porque tal prejuízo é uma decorrência lógica da restante factualidade alegada: se a PTC impediu os concorrentes da CATVP de entrar no mercado contribuiu para a existência de um quase monopólio de facto nos mercados em causa e, conseqüentemente, possibilitou a interferência no regime da livre fixação de preços subjacente a um mercado em concorrência. ---

Assim, no entender do tribunal todos os elementos relevantes e que sustentam a acusação estão no processo e deles foi dado conhecimento à arguida.

Aliás, invocar nesta sede a violação do direito de defesa por falta de acesso a elementos confidenciais quando a PTC soube da sua existência em data anterior a 20.12.06, foi notificada para se pronunciar, pediu cópias que não lhe foram concedidas, apresentou requerimento escrito de pronúncia sobre as diligências complementares de prova, nas quais se incluem as informações confidenciais aqui em causa, e nele nada diz quanto à referida confidencialidade nem suscita qualquer vício nem tão pouco recorre do despacho que incide sobre a classificação dos documentos e que lhe foi notificado (ao contrário do que fez quanto ao primeiro grupo de documentos), é, da parte da PTC, uma actuação processual desleal, exactamente pelos motivos que também este juízo foi feito na sentença proferida no processo já citado: ---

"Aliás, tendo tido um comportamento totalmente passivo nesta matéria desde que foi notificada da nota de ilicitude⁸, o facto de vir agora suscitar esta

⁸ Leia-se, no caso, "desde que foi notificada do despacho que recusa o acesso aos elementos invocando a confidencialidade".

questão (irregularidade processual⁹) raia a violação dos seus deveres de diligência e boa fé processuais. "O primeiro obriga os sujeitos processuais a «reagir contra nulidades ou irregularidades que consideram cometidas e entendam relevantes ... não podendo naturalmente escudar-se na sua própria negligência no acompanhamento das diligências ou audiências para vir reclamar o cumprimento da lei relativamente a *actos em* que estiveram presentes e de que, agindo com a prudência normal, não puderam deixar de se aperceber». O segundo impede que os sujeitos processuais «possam aproveitar-se de alguma omissão ou irregularidade porventura cometida ao longo dos *actos* processuais em que tiveram intervenção, guardando-a como um «trunfo» para, em fase ulterior do processo, se e quando tal lhes pareça conveniente, a suscitarem e obterem a anulação do processado»" (João Conde Correia, Contributo para a Análise da Inexistência e das Nulidades Processuais Penais, *in* *Studia Iuridica* 44, Cª Ed., p.148, n. 328). ---

Acrescenta ainda este autor, a propósito da razão de ser do regime que permite a sanção dos vícios por falta de arguição, que tal regime se destina também a "evitar que o interessado, em vez de arguir de imediato a nulidade, guarde esta possibilidade para utilizar no momento mais oportuno, se e quando for necessário. Conduta processual que, para além de ser muito reprovável, teria como consequência necessária a inutilização de todo o processado posterior, muitas vezes apenas na sua fase decisiva e no fim de uma longa marcha, que só com muito custo poderá ser refeita." (op. cit. p. 179). ---

No caso dos autos é esta a situação: a arguida teve conhecimento de uma circunstância que no seu entender inquina o processo com nulidade, não a suscitou atempadamente mediante recurso de impugnação nos termos do art. 55º do RGCOG (como fez aliás relativamente ao primeiro grupo de elementos confidenciais) e vem agora, em sede de recurso de impugnação judicial da decisão final, requerer a anulação do processado por não ter tido acesso a elementos confidenciais. ---

Concluindo, no entender do tribunal a AdC, ao não dar acesso à arguida dos documentos supra referenciados que classificou de confidenciais, não violou o direito de audiência e defesa que a esta assiste dado, por um lado, não estarem em causa elementos essenciais para prova da infracção imputada à PTC e, por outro lado, os factos essenciais relevantes para o processo estarem sustentados pela AdC noutros elementos constantes do processo. Significa isto que o caso dos autos não é, do ponto de vista fáctico, idêntico ao do proc. 766/06.4TYLSB invocado pela PTC pelo que o seu desfecho não pode ser idêntico. ---

Ainda neste âmbito e relativamente ao estudo relativo à implementação de células CATV diz a arguida que, tendo sido considerada confidencial a identidade do seu autor, não pode sequer aferir da idoneidade do documento. ---

Tem razão a arguida, tal idoneidade não pode ser aferida. De facto, não se sabendo quem elaborou o estudo não é possível considerar o mesmo isento e imparcial, podendo, no limite, colocar-se a (legítima) dúvida sobre se o mesmo não terá sido elaborado por uma empresa com interesse na questão aqui em causa

⁹ Leia-se "nulidade processual". ---

Q

e, eventualmente, na condenação da PTC. Mas daqui não resulta violado o seu direito de defesa. Trata-se de um documento junto aos autos que o tribunal valorará em sede de decisão final de acordo com a credibilidade que o mesmo lhe merecer e em consonância com a restante prova produzida, sendo certo que desconhecendo-se o seu autor a sua força probatória fica em grande medida afectada, necessitando a factualidade nela vertida de ser confirmada por outros meios de prova. ---

Está, pois, em causa, a força probatória de um elemento de prova, elemento esse que a arguida tem, em sede de julgamento, oportunidade de questionar e contraditar, não estando, por conseguinte, preterido qualquer direito de defesa da arguida. ---

Em suma, não foi preterido neste domínio o direito de audição e defesa da arguida pelo que nenhuma nulidade foi cometida. ---

2.1.5.2 - A violação do direito à informação procedimental

A este propósito alega a PTC que o acesso aos autos pela arguida pode ser enquadrado como manifestação do direito fundamental à informação procedimental consagrado no art. 268º, nº 1, da Constituição da República, também regulado no art. 62º do CPA. ---

O citado art. 268º, nº 1, da CRP dispõe que *Os cidadãos têm o direito de ser informados pela Administração, sempre que o requeiram, sobre o andamento dos processos em que sejam directamente interessados, bem como o de conhecer as resoluções definitivas que sobre eles forem tomadas.* ---

Este preceito constitucional, inserido no Título IX da Lei Fundamental cuja epígrafe é "Administração Pública" é reproduzido na íntegra no art. 61º, nº 1, do CPA e tem como escopo "facultar aos interessados o exercício do direito à informação, não apenas em relação à decisão final (ou às resoluções definitivas), mas também em relação ao próprio decurso do procedimento, ao seu *andamento*, permitindo-lhes manter-se a par do *iter* da formação da respectiva decisão" (Mário Esteves de Oliveira, i Código de Procedimento Administrativo, comentado, 2ª ed., Almedina, p. 327). ---

Trata-se, pois, de um princípio fundamental de direito administrativo cujas formas típicas, como refere o autor citado, são a informação directa (art. 61º, nº 2, do CPA), a consulta do processo (art. 62º do CPA) e as certidões dos documentos (art. 63º do CPA). --

Sucedem que, conforme já se referiu *supra*, não têm aqui aplicação as regras do direito administrativo. O direito subsidiário aplicável é o RGCO e ainda, por força do art. 41º desde diploma, o Código de Processo Penal. Ora o direito contra-ordenacional consagra por si só, no seu art. 50º, o direito de audiência e defesa, sendo este preceito a concretização do direito constitucional consagrado no art. 32º, nº 10, da CRP. As regras respeitantes à consulta do processo e à obtenção de cópias e certidões aqui aplicáveis são as previstas para o processo penal (cfr. arts. 86º, nº 6, al. c), 89º), regime que define e regulamente estas questões com absoluta suficiência e completude, ou seja, que não padece de qualquer lacuna. --

41

Não é, pois, lícito à arguida invocar a violação do direito à informação procedimental consagrado nos arts. 268º da CRP e 61º e segs. do CPA por tais normas não serem aqui aplicáveis. ---

Assim, julgó improcedente o vício suscitado. ---

2.1.5.3 - A concessão de prazo de exame e pronúncia inferior ao solicitado

Alega a PTC que a AdC não lhe concedeu o prazo por si solicitado para se pronunciar sobre os documentos e diligências probatórias realizadas e que, por essa razão, não pôde contraditar cabalmente os novos documentos. ---

Para apreciar esta questão é de considerar a seguinte facticidade: ---

a) a 20 de Dezembro de 2006 a AdC notificou a PTC dos pedidos de informação e diligências probatórias realizadas, as quais identificou remetendo para as páginas do processo: de fls. 3443 (com data de 11.08.05) a 6268 (com data de 14.12.06), e concedeu-lhe o prazo de 5 dias úteis para exercício do contraditório (fls. 6270). ---

b) no dia 22 de Dezembro a AdC notificou a arguida de que, na sequência de solicitação telefónica o prazo referido em 1) era prorrogado por 10 dias úteis (fls. 6281).

c) no dia 22 de Dezembro a PTC solicitou à AdC a prorrogação do mesmo prazo por mais 20 dias úteis (fls. 6283). ---

d) no dia 28 de Dezembro a PTC pediu várias cópias e requereu a consulta do processo (fls. 6286). ---

e) no dia 4 de Janeiro de 2007 a AdC notificou a arguida de que o prazo referido em a) era prorrogado por mais 10 dias úteis, informou que as cópias solicitadas podiam ser levantadas e que o processo estava disponível para consulta (fls. 6289). ---

f) no dia 5 de Janeiro a PTC procedeu ao levantamento das cópias (fls. 6292). ---

g) no dia 12 de Janeiro a PTC requereu novas cópias, solicitou um esclarecimento quanto à numeração de uma página que lhe foi enviada, solicitou de novo cópias de elementos que referiu ter já solicitado no pedido referido em d) (por não lhe terem sido enviados) e voltou a requerer a consulta do processo (fls. 6292). ---

h) no dia 17 de Janeiro de 2007 a AdC notificou a PTC de que conforme já informado a 4 de Janeiro o processo estava disponível para consulta, de que as cópias solicitadas não enviadas anteriormente podiam ser levantadas, que o estudo em relação ao qual a PTC alegava faltar uma página lhe foi notificado na versão não confidencial a que não faltava nenhuma página e esclareceu a questão que lhe foi colocada quanto à numeração de uma página (fls. 6294). ---

i) no dia 18 de Janeiro a PTC procedeu ao levantamento das cópias (fls. 6292). --

j) por e-mail enviado a 26 de Janeiro a PTC pediu a prorrogação do prazo para se pronunciar sobre os elementos de prova por um dia útil (fls. 6302). ---

k) por e-mail datado do mesmo dia a AdC comunicou à PTC que deferia a prorrogação solicitada por um dia (fls. 6303). ---

l) no dia 29 de Janeiro a PTC enviou ao processo a sua pronúncia relativa aos elementos que lhe foram comunicados em 20 de Dezembro de 2006 (fls. 6305). ---

m) antes da notificação referida em a) e depois de notificada da nota de ilicitude a PTC pediu cópias de vários elementos do processo, nomeadamente nas seguintes datas: 20.07.02 (fls. 3488), 27.07.05 (fls. 3507), 2.08.05 (fls. 3560), 3.08.05 (fls. 3506), 12.08.05 (fls. 3751), 25.10.05 (fls. 4182), 16.12.05 (fls. 5288), 23.12.05 (fls. 5302) e 3.1.06 (fls. 5306). ---

n) e nesse período a PTC consultou o processo em 25.10.05 (fls. 4179) e 23.12.05 (fls. 5302). --

o) a AdC, por ofícios de 29.07.05 (fls. 3520), 3.08.05 (fls. 3568 e 3572), 22.08.05 (fls. 3785), 28.10.05 (fls. 4189), 21.12.05 (fls. 5297), 6.1.06 (fls. 5307), comunicou à PTC que as cópias pedidas nas datas referidas em m) estavam disponíveis para entrega. ---

Da factualidade transcrita resulta suficientemente demonstrado que a AdC não impediu a PTC de se pronunciar cabalmente sobre os meios de prova realizados após a emissão da nota de ilicitude. ---

Nos termos do disposto no art. 26º, nº 4, da Lei 18/2003 *A Autoridade pode ordenar oficiosamente a realização de diligências complementares de prova, mesmo após a audição a que se referem os nºs 1 e 2, desde que assegure às arguidas o respeito pelo princípio do contraditório.* ---

A citada disposição legal limita-se a impor que seja concedido o contraditório sem referir qual o prazo a conceder para o efeito, sendo a fixação desse prazo deixada ao critério da AdC que terá de o fixar de acordo com critérios de razoabilidade em função das concretas diligências complementares de prova que estiverem em causa. ---

A AdC começou por dar à PTC o prazo de 5 dias úteis, prazo que, admite-se, é curto face à extensão dos elementos em causa. Sucede que na sequência dos pedidos da PTC tal prazo veio a ser prorrogado várias vezes, tendo a AdC acabado por conceder à PTC 26 dias úteis (5+10+10+1), o que corresponde a 40 dias de calendário, ou seja, a AdC acabou por conceder à PTC mais um dia do que o prazo que tinha por esta sido inicialmente solicitado (25 dias). ---

Acresce que o processo esteve sempre disponível para consulta pela arguida, consulta que esta que foi efectuada várias vezes, designadamente em 25.10.05 e 23.12.05, e ao longo do tempo a PTC pediu cópias de várias partes do processo. Pelo menos desde 23 de Dezembro de 2005 (data em que a arguida consultou o processo) que a PTC tinha conhecimento de todos os elementos referidos na notificação de 20 de Dezembro juntos ao processo até aquela data (ou seja, até fls. 5302) e para além de ter esse conhecimento solicitou e obteve cópias de todos os elementos que entendeu relevantes. ---

Por conseguinte, à data da notificação para se pronunciar sobre os elementos de prova, já a PTC tinha conhecimento de grande parte dos elementos relativamente aos quais naquela data foi expressamente notificada para se

pronunciar. Quanto aos que não conhecia, teve a arguida 26 dias úteis para proceder à sua análise e emitir a sua pronúncia. ---

Assim, por o prazo total concedido à PTC para se pronunciar sobre os meios complementares de prova (sendo aqui irrelevante a questão de o prazo ter sido concedido de uma só vez ou ter sido prorrogado a pedido da arguida) ser um prazo perfeitamente razoável e apto a que esta exercesse o contraditório (26 dias úteis), até porque a PTC tinha desde 23 de Dezembro de 2005 (cerca de um ano antes da notificação aqui em causa) conhecimento de grande parte das diligências referidas na notificação para pronúncia, não há aqui qualquer violação do seu direito de defesa. ---

Assim, julgo improcedente a arguida nulidade. ---

*

2.1.6 – A violação dos direitos de defesa no plano do direito

A este propósito diz a PTC que a AdC na decisão recorrida apresentou uma abordagem jurídica das questões suscitadas e uma subsunção dos comportamentos da arguida ao tipo muito diferente da que tinha apresentado anteriormente nas notas de ilicitude, não lhe tendo sido dada possibilidade de se defender quanto a esta última versão. ---

Sobre esta alegada violação a PTC nada mais diz, designadamente, não esclarece de que versões está a falar, qual a nova abordagem jurídica feita na decisão recorrida, qual a subsunção que aqui é feita e que diverge das subsunções apresentadas nas notas de ilicitude e quais as concretas subsunções do seu comportamento ao tipo haviam sido feitas nas notas de ilicitude. ---

Em suma, sobre a alegada violação do direito de defesa no plano do direito a PTC não invoca qualquer facto concreto limitando-se a invocar generalidades, considerações e conclusões. ---

Como já se referiu *supra*, o processo de contra-ordenação não é um processo-crime, sendo-lhe aplicáveis as regras do processo penal apenas a título subsidiário e sempre com as necessárias adaptações. No processo penal o objecto do processo é definido essencialmente pela acusação. Já o mesmo não se passa nos recursos de impugnação judicial de decisões que condenam pela prática de uma contra-ordenação. Nestes procedimentos predominam regras relativas a um recurso, o recurso judicial de impugnação, pelo que o objecto do processo acaba por ser delimitado essencialmente pelas alegações de recurso, razão pelas quais as mesmas têm que conter alegações e conclusões (cfr. art. 59º, nº 3, do RGCOC). ---

A este propósito o Tribunal da Relação de Lisboa decidiu já que “O objecto de apreciação do recurso a que aludem os arts. 59º e ss. RGCOC não é – como aconteceria com um processo criminal puro – a apreciação da procedência ou improcedência da acusação em que se traduz a decisão administrativa – mas a apreciação das questões colocadas pelo arguido nas suas conclusões de recurso, por forma a conhecer da procedência ou improcedência deste.” (Ac. de 14.12.2004, in www.dgsi.pt). ---

Ora no que toca ao vício em apreciação constata-se que o mesmo consta do requerimento de recurso mas de um modo totalmente genérico e conclusivo. A arguida invoca a título de conclusão que foi feita uma diferente subsunção dos

factos e que a AdC adopta uma abordagem jurídica diversa, mas não indica a que abordagem e subsunção concretas se refere, impedindo assim o tribunal de conhecer do alegado. Não é seguramente ao tribunal que cabe percorrer os 572 artigos da nota de ilicitude e os 827 artigos da decisão final para tentar descobrir qual a abordagem jurídica e que subsunção constam da decisão e não constam da nota de ilicitude ou constam de moldes diferentes.

Assim, por não ter a arguida respeitado o ónus que sobre si recai de alegar factos concretos, no caso respeitantes à conclusão de que a AdC omitiu, na nota de ilicitude, informações relevantes para a defesa que incluiu na decisão final, não é possível ao tribunal, por falta de elementos concretos, conhecer do referido vício nos moldes alegados. ---

De qualquer modo sempre se dirá que analisando a segunda nota de ilicitude (e é a esta que aqui se tem de atender) e a decisão recorrida, no confronto das duas não descortina o tribunal a que abordagem jurídica a arguida se refere nem tão pouco qual a subsunção do seu comportamento ao tipo legal que terá variado de uma peça processual para a outra. -

Assim, por a arguida não ter respeitado o ónus que sobre si recai de alegar factos concretos e por não se vislumbrar qualquer alteração do ponto de vista jurídico entre o conteúdo da nota de ilicitude e o da decisão recorrida, não há qualquer vício a conhecer nesta sede. ---

*

2.1.7 – A violação dos direitos de defesa no plano da sanção

Argumenta a PTC que o seu direito de audiência e defesa foi violado na medida em que, em nenhuma das notas de ilicitude, foi indicado o sentido provável da decisão quanto à coima, não tendo sequer sido indicadas as balizas da "moldura", não tendo sido referida a intenção de aplicar uma sanção acessória de publicidade nem uma sanção pecuniária compulsória, tendo-se a AdC limitado a indicar as sanções abstractamente aplicáveis. ---

Acrescenta que não foram previamente comunicados à arguida os elementos relevantes para a dosimetria da sanção não sendo possível perceber a razão pela qual a AdC optou por aplicar uma coima que tem por medida entre 5% e 20% da coima máxima, o que impediu a arguida de se defender convenientemente da sanção que lhe foi aplicada. ---

De novo a PTC pretende dar ao direito de defesa consagrado no art. 50º do RGOC e no art. 32º, nº 10, da Constituição, uma amplitude que o mesmo não tem. ---

Em primeiro lugar e conforme já se referiu *supra*, é de referir que nem do art. 50º do RGOC, nem do Assento 1/2003 nem tão pouco da abundante jurisprudência do Tribunal Constitucional relativa a esta matéria, resulta que todos os factos constantes da decisão têm que estar já enunciados na nota de ilicitude. O que se extrai da jurisprudência firmada sobre o direito de audiência e defesa é que a nota de ilicitude tem de fornecer ao arguido a *totalidade dos aspectos relevantes*, tanto no que toca ao enquadramento fáctico como no que toca ao enquadramento jurídico, ou seja, o que tem que constar são os elementos essenciais relativos ao cometimento da infracção e aos seus autores, acrescidos do respectivo enquadramento jurídico. ---

①

Depois, é de realçar que não existe, no domínio do direito contra-ordenacional, a obrigação de notificar o arguido do projecto de decisão. Tal imposição existe no âmbito dos processos administrativos, nos termos do art. 100º, nº 1 do CPA, mas este diploma não é, repete-se, direito subsidiário do regime legal das contra-ordenações. Neste domínio está consagrado o direito de audiência e defesa que impõe que ao arguido não seja aplicada uma coima sem lhe ser assegurada a possibilidade de se pronunciar, não havendo qualquer norma que imponha que o arguido seja notificado do projecto de decisão. Ora ao notificar o arguido da nota de ilicitude está-se a assegurar o seu direito de audiência e defesa, não impondo este direito que se notifique o arguido do projecto de decisão. ---

O que tem que se ser dado a conhecer ao arguido para efeitos de permitir o direito de defesa é o conjunto de factos que a autoridade administrativa entende terem sido praticados e que considera serem integradores de um tipo contra-ordenacional bem como o respectivo enquadramento legal. No que a este enquadramento respeita à arguida tem que se ser dado a conhecer o quadro normativo de onde resulta, no entender da autoridade administrativa, subsumida uma infracção bem como as sanções aplicáveis em abstracto. Pretender mais do que isto é pretender algo que a lei não prevê. ---

Com efeito, impor à autoridade administrativa a obrigação de notificar a arguida da coima e sanção acessória que considera vir a aplicar é impor-lhe a obrigação de comunicar à arguida o projecto de decisão final, imposição essa que não existe. De facto, só após a defesa apresentada pela arguida é considerada a globalidade da prova produzida, incluindo a produzida pela arguida e, por conseguinte, só nesse momento tem a autoridade condições para determinar as sanções concretas que julga serem as adequadas. Logo, com a nota de ilicitude a autoridade não pode notificar a arguida da sanção que pensa vir a aplicar pelo simples facto de que, nesse momento, ainda não dispõe de todos os elementos necessários para o efeito. Aliás, se a AdC, com a nota de ilicitude, comunicasse à arguida qual o montante da coima que tencionava aplicar, então sim, estaria a fazer um juízo sobre a ilicitude e culpabilidade da arguida absolutamente fora de tempo, daí resultando que a audição da arguida para se pronunciar não seria mais do que o cumprimento de uma formalidade. ---

Significa isto que com a nota de ilicitude a autoridade administrativa apenas tem que dar a conhecer à arguida as sanções abstractamente aplicáveis caso conclua que a contra-ordenação imputada à arguida foi por esta cometida. Ora no presente caso a AdC, na nota de ilicitude refere claramente como se define a moldura abstractamente aplicável (art. 569º - que se limita a referir que o montante máximo corresponde a 10% do volume de negócios, por não poder nesta fase quantificar esses 10% dado que os mesmos são apurados em função do volume no ano anterior ao da aplicação da coima e no momento da notificação da nota de ilicitude a autoridade não sabia ainda quando ia ser proferida a decisão final), quais os critérios para determinação da medida da coima (art. 570º) e qual a sanção acessória que pode ser aplicada (art. 571º). ---

Ou seja, a AdC fez exactamente aquilo que lhe competia, não relevando aqui a falta de referência à sanção pecuniária compulsória pelo simples facto de a

mesma não ser uma punição mas tão só uma medida destinada a garantir o cumprimento das sanções aplicadas. ---

Não foi, pois, cometida qualquer nulidade nesta sede. ---

*

2.1.8 – A não concentração da acusação num único acto processual

Entende a PTC que se verificou o desrespeito das suas garantias de defesa traduzido na não concentração num único acto processual de toda a acusação. Alega que a AdC tem o dever de concentrar a acusação num único acto processual não havendo qualquer disposição legal que lhe permita apresentar duas notas de ilicitude sem que tal se justifique por uma alteração não substancial ou substancial dos factos de que dispunha. ---

Acrescenta que a segunda nota de ilicitude foi usada para colmatar as lacunas existentes na acusação e que nela levou em conta os argumentos apresentados pela PTC na sua defesa escrita. Admitir este procedimento equivale a permitir à AdC usar a nota de ilicitude para ganhar conhecimento da defesa da PTC e esvaziá-la na fase de instrução. Conclui que a emissão de duas notas de ilicitude viola os padrões de boa fé que aqui se impõem. ---

Para apreciar esta questão é de considerar a seguinte factualidade: ---

1 – O presente processo teve início em 20 de Junho de 2003 com apresentação de uma denúncia pela Tvtel (fls. 2). ---

2 – A AdC efectuou várias diligências e notificou a PTC em por carta registada enviada a 13 de Dezembro de 2004 e recebida pela arguida em 14 de Setembro de 2004 da nota de ilicitude, que aqui se dá por reproduzida (fls. 1839 e 1858). ---

3 – No dia 10 de Novembro de 2004 deu entrada na AdC a uma denúncia apresentada pela Cabovisão (fls. 1893). ---

4 – No dia 11 de Novembro de 2004 a PTC apresentou a sua defesa escrita relativa à nota de ilicitude referida em 2). ---

5 – No dia 5 de Julho de 2005 foi a PTC notificada de nova nota de ilicitude, que aqui se dá por reproduzida (fls. 3297). ---

6 – No dia 26 de Setembro de 2005 a PTC apresentou a sua defesa escrita relativa à nota de ilicitude referida em 5) (fls. 3897). ---

7 – Na referida resposta a PTC não suscitou qualquer vício resultante da dedução pela AdC de duas notas de ilicitude (fls. 3897). ---

*

Antes de mais há que apurar se a arguição desta nulidade em sede de recurso da decisão final é admissível. ---

A AdC goza dos mesmos direitos, faculdades e deveres dos órgãos de polícia criminal e, no exercício dos seus poderes sancionatórios, tem, conforme já explanado, competência para instruir processos de contra-ordenação por violação das regras da concorrência e aplicar as respectivas coimas e sanções acessórias (arts. 17º, 22º a 28º da Lei 18/2003 e 7º, nº 2, al. a), dos seus Estatutos, aprovados pelo Dec.lei 10/2003 de 18 de Janeiro). ---

Quando no exercício destas suas funções a Autoridade pratica actos decisórios, actos esses que afectam ou são susceptíveis de afectar direitos, importa apurar qual o modo de reacção possível por quem se sentir afectado. ---

68

A regra geral em qualquer ramo do direito é a de que só os despachos (que não de mero expediente) e as sentenças podem ser objecto de recurso. Tal faz todo o sentido uma vez que só estes configuram actos decisórios e, por conseguinte, só estes podem afectar direitos das partes. ---

Querendo um arguido questionar a validade de actos praticados pela Autoridade, terá que começar por o fazer perante a própria Autoridade, i.e., a Autoridade é a primeira entidade que vai conhecer dos vícios suscitados. E tal faz todo o sentido dado que a autora do acto é quem está mais bem posicionada para apreciar, num primeiro momento, da sua validade, podendo considerar assistir razão à parte e, consequentemente, diligenciar de imediato pela sanção do vício que estiver em causa. Assim se procedendo, não só a reposição da legalidade do acto é mais eficaz e célere, como se evita o recurso desnecessário a Tribunal. ---

Neste sentido se pronunciou o Ac. RL de 16-01-07 nos seguintes termos: "Acréscitar-se-á que a regra geral em matéria de nulidades, incluindo em processo penal, é a de que elas são sempre suscitadas perante a entidade que as cometeu e por esta conhecidas e reparadas, se reconhecida a sua existência. Só da decisão que as não reconhece é que o interessado pode recorrer para outra entidade ou tribunal, pois até aí não há decisão recorrível sobre essa matéria. Só as nulidades da sentença é que deverão ser arguidas em recurso, nos termos do art. 379º, nº 2, do CCP." (Proc. 5807/2006-5). Note-se que o próprio Assento 1/2003 o referia expressamente no parágrafo IV do ponto 13 da respectiva fundamentação. ---

Temos, pois, um requerimento dirigido à Autoridade e um despacho desta a conhecer o ou os vícios que tiverem sido suscitados. Se o despacho da Autoridade julgar improcedentes os vícios invocados, caberá então, e só então, recorrer judicialmente desta decisão, ao abrigo do disposto no art. 55º do RGCO. No caso das contra-ordenações da concorrência, a possibilidade de recurso deste despacho está prevista no art. 50º, nº 2, da Lei 18/2003, que atribui competência para conhecer do mesmo ao Tribunal do Comércio de Lisboa. ---

Nos casos em que a AdC opta por conhecer das nulidades invocadas na nota de ilicitude na decisão final, então o recurso dessa decisão deverá ser feito no próprio recurso de impugnação judicial da decisão final. ---

Para além de não fazer qualquer sentido obrigar a arguida a interpor dois recursos paralelos de uma mesma decisão, um relativo à parte que julgou improcedentes as invalidades suscitadas e outro relativo à parte que a condenou pela prática de uma infracção, não é legalmente admissível interpor dois recursos de uma mesma decisão, e é indiscutível que no caso estamos perante uma decisão una. Recorde-se que a propósito da oportunidade de arguição da nulidade por violação do art. 50º do RGCO, o Assento 1/2003 determina como jurisprudência obrigatória, que a mesma pode ser arguida "pelo interessado/notificado, no prazo de 10 dias após a notificação, perante a própria administração, ou, judicialmente, no acto de impugnação da subsequente decisão/acusação administrativa". Por paralelismo de situações, entende-se que qualquer outra nulidade que a AdC só conheça na decisão final pode ser suscitada no recurso de impugnação. ----

No caso dos autos a PTC, notificada da segunda nota de ilicitude apresentou resposta/defesa escrita, na qual se pronuncia sobre os factos que naquela lhe são imputados e sobre o respectivo enquadramento jurídico, não fazendo qualquer alusão à inadmissibilidade da segunda nota de ilicitude. Nem nessa resposta (que consta de 126 páginas, 531 artigos) nem em qualquer outro momento, excepto no presente recurso, a PTC pôs em causa a existência das duas notas de ilicitude ou invocou que por terem sido emitidas duas notas de ilicitude o seu direito de audiência e defesa foi posto em causa. ---

Não pode, pois, a PTC vir agora e em sede de recurso, invocar a dita nulidade resultante da existência de duas notas de ilicitude. A existir alguma nulidade a arguida dela teve conhecimento no momento em que foi notificada da segunda nota de ilicitude pelo que a deveria ter suscitado perante a AdC no prazo de 10 dias e, só do despacho por esta proferido sobre a arguição, é que poderia ser interposto recurso para tribunal. ---

Mas, mesmo que assim não se entendesse, o certo é que a pretensão da arguida nunca poderia proceder. ---

A PTC entende que a simples existência de duas notas de ilicitude viola o seu direito de defesa, direito esse que também se manifesta no princípio da concentração da acusação. ---

A violação do direito de defesa do arguido em processo contra-ordenacional tem o conteúdo que supra se delimitou e que essencialmente se resume ao princípio de que não pode ser aplicada qualquer sanção por violação de uma norma contra-ordenacional sem que ao arguido seja dada a possibilidade de sobre ela se pronunciar, ou seja, sem que ao arguido seja dada a possibilidade de "discutir, contestar e valorar". ---

No entender do tribunal este direito pode ser violado e tal violação tanto pode enquadrar-se numa nulidade insanável como numa nulidade sanável. Vejamos. ---

Vigora entre nós, no que concerne às nulidades, o princípio da tipicidade, princípio esse que tem duas vertentes: um acto só é nulo quando a nulidade for expressamente cominada na lei (art. 118º, nº 1 do Cod. Proc. Penal) e a nulidade só é insanável se a lei a cominar como tal (art. 119º do Cod. Proc. Penal). ---

Se estivermos perante um caso em que não há uma intervenção processual do arguido por não lhe ter sido formulada, como devia, a comunicação de elementos integrantes do processo e considerados relevantes para a imputação que lhe é feita, a fim de tomar posição sobre os factos que lhe são imputados (situação que tanto pode ocorrer por não lhe ser de todo comunicada a nota de ilicitude como por não lhe serem dados a conhecer aspectos essenciais do processo), o caso é equiparável à ausência processual do arguido e, nessa medida, passível de enquadramento no art. 119º, al. c), do Cod. Proc. Penal, ou seja, de ser considerado uma nulidade insanável. ---

Se a situação não for a de ausência processual do arguido mas estivermos perante um caso em que ao arguido não é dada a possibilidade de exercer a sua defesa por a comunicação que lhe é feita padecer de um qualquer vício enquadável no art. 283º, nº 3, do Cod. Proc. Penal, está em causa uma nulidade sanável (assento 1/03), expressamente enunciada no citado art. 283º. ---

4

No caso em apreciação trata-se de apurar se a dedução de duas notas de ilicitude constitui uma nulidade. ---

Ora se é certo que, como diz a arguida, não há nenhuma regra que permita que uma autoridade administrativa, após uma primeira nota de ilicitude, a subsequente produção de prova e apresentação de defesa pela arguida, emita uma segunda nota de ilicitude, não é menos certo que não há nenhuma disposição que o proíba nem, muito menos, que determine que a dedução de duas notas de ilicitude constitui uma nulidade. - Logo, por força do princípio da tipicidade, a simples dedução de duas notas de ilicitude não constitui, por si só, uma nulidade.

A nulidade poderá existir se verificada uma das duas situações acima referenciadas, ou seja, se nem sequer for notificada à arguida ou se ocorrer outro vício equiparável à ausência processual do arguido, caso em que se estará perante uma nulidade insanável, ou se não respeitar o conteúdo previsto no art. 283º, nº 3, do Cod. Proc. Penal, caso em que se estará perante uma nulidade sanável. ---

No presente caso nenhuma das duas situações se verifica. A AdC após deduzir a segunda nota de ilicitude notificou a PTC para exercer o seu direito de defesa, respeitando esta segunda nota de ilicitude o disposto no art. 283º, nº 3, do Cod. Proc. Penal, tendo a arguida exercido plenamente essa defesa. Ou seja, nem estamos perante uma situação de falta de comunicação dos elementos relevantes à arguida nem perante uma situação de comunicação deficiente ou parcial dos elementos relevantes. ----

Por conseguinte, da dedução de duas notas de ilicitude não resultou qualquer violação ao direito de defesa da arguida susceptível de ser enquadrado como nulidade. --

Pretende a PTC que a actuação da AdC neste particular é atentatória dos princípios da boa fé na medida em que não só não houve qualquer alteração dos factos de que dispunha que o justificasse como aproveitou para colmatar as deficiências da primeira nota de ilicitude, levar em consideração os argumentos apresentados na defesa escrita e esvaziar essa defesa na fase de instrução. ---

A PTC faz esta invocação mas escusa-se de alegar qualquer facto concreto, designadamente não indica quais os factos por si alegados na defesa que a AdC considerou na segunda nota de ilicitude, quais as concretas deficiências colmatadas, como, porquê e em que medida o seu direito de defesa foi esvaziado na fase de instrução. A arguida cabia concretizar e factualizar estas conclusões, o que não fez. ---

Já no que concerne à alegação de que não houve qualquer alteração de factos que justificasse a dedução da segunda nota de ilicitude, o tribunal julga que tal alegação se deve a lapso manifesto da arguida já que esta tem perfeito conhecimento de que após ser notificada da primeira nota de ilicitude deu entrada uma nova queixa na AdC, apresentada pela Cabovisão, na qual são imputados à arguida factos em tudo semelhantes aos que lhe eram imputados pela Tvtel e que originaram a abertura do processo. Tem, pois, a arguida pleno conhecimento de que houve uma alteração da matéria factual em apreciação e que essa alteração justifica a apresentação de uma segunda nota de ilicitude dado estar em causa, na perspectiva da AdC, o mesmo ilícito, praticado em período coincidente e sucessivo, e que por conseguinte justifica a existência de um único processo. ---

Em suma, no caso concreto a dedução de duas notas de ilicitude teve uma justificação objectiva (apresentação de nova denúncia pela prática do mesmo tipo de factos no mesmo espaço temporal) e em nada afectou o direito de defesa da arguida (dado ter a mesma sido novamente notificada para se pronunciar). ---

2.1.9 - Inconstitucionalidade

Vem a arguida invocar a inconstitucionalidade dos arts. 50º do RGCO, 19º, nº 1 e 26, da Lei 18/03, por violação do art. 32º, nº 5 e 10, e 205º, nº 1, ambos da Constituição, quando interpretados no sentido de que a autoridade administrativa não tem que dar ao arguido a oportunidade de:

- se pronunciar sobre os novos factos constantes da decisão instrutória antes de esta ser proferida, apresentando a sua versão dos mesmos;
- contraditar todas as provas constantes do processo, incluindo aquelas que, neste caso, a AdC classificou como confidenciais;
- se pronunciar sobre a versão e o enquadramento jurídico que a autoridade administrativa pretenda aplicar aos factos praticados pelo arguido;
- se pronunciar sobre a sanção (ou sanções) que a autoridade administrativa considera dever ser aplicada ao arguido no caso concreto.

Prevê o artigo 205º, nº 1, da Constituição que *As decisões dos tribunais que não sejam de mero expediente são fundamentadas na forma prevista na lei.* -

Ora, e não entrando sequer na apreciação da bondade da equiparação da decisão final da autoridade administrativa a uma sentença para este efeito, não se entende em que medida é que a interpretação dos artigos relativos à extensão do direito de defesa da arguida em processo contra-ordenacional e nomeadamente na fase administrativa do processo, podem de alguma forma contender com o princípio constitucional que determina que as decisões têm de ser fundamentadas. ---

Não se vislumbra, pois, a existência de qualquer violação do art. 205º, nº 1, da Constituição, afigurando-se que a sua invocação terá resultado de mero lapso por parte da arguida. ---

Quanto ao art. 32º, invoca a arguida os seus números 5 e 10. O citado nº 5 reza o seguinte: *O processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os actos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório.* ---

Da simples leitura do preceito resulta evidente a sua inaplicabilidade aos processos de contra-ordenação. Com efeito, nele estão consagrados o princípio acusatório (1ª parte) e o princípio do contraditório (2ª parte), dois princípios essenciais do processo penal. ---

Sucedê que o princípio do acusatório (que proíbe que o juiz de instrução seja o órgão de acusação, que o órgão de acusação seja o órgão julgador e que o órgão de instrução seja o órgão de julgamento) não é válido no direito contra-ordenacional (no qual na fase administrativa é o mesmo órgão quem acusa, investiga e sanciona). Por seu turno, o princípio do contraditório está consagrado no nº 10 deste artigo, não havendo, por conseguinte, que recorrer ao nº 5. Em suma, dos vários números do art. 32º da Constituição apenas o nº 10 respeita aos processos de contra-ordenação. ---

Ora quanto à amplitude da garantia constitucional plasmada neste art. 32º, nº 10, já se referiu supra no ponto 2.1.3 que "Tal norma implica tão-só ser inconstitucional a aplicação de qualquer tipo de sanção, contra-ordenacional, administrativa, fiscal, laboral, disciplinar ou qualquer outra, sem que o arguido seja previamente ouvido (direito de audição) e possa defender-se das imputações que lhe são feitas (direito de defesa), apresentando meios de prova e requerendo a realização de diligências tendentes a apurar a verdade", ---

Por conseguinte, tendo o tribunal concluído que a AdC respeitou o direito de audiência e defesa da arguida, a interpretação feita do art. 50º do RGCOC e dos arts. 19º e 26º da Lei 18/03 é uma interpretação conforme à constituição, inexistindo, por conseguinte, a invocada constitucionalidade. ---

*

2.1.10 – Ininteligibilidade da decisão recorrida

Entende a PTC que a decisão recorrida é ininteligível, começando por invocar o art. 133º, nº 2, do CPA e terminando pugnando pela nulidade da decisão recorrida por falta de fundamentação nos termos dos arts. 58º, nº 1, al. b), do RGCOC, 374º, nº 2 e 379º, nº 1, al. a) e b) do Cod. Proc. Penal e 205º, nº 1, da Const. Rep. Portuguesa. ---

A este propósito refere a PTC que quer as notas de ilicitude quer a decisão final contêm várias contradições, não sendo perceptível se o abuso de posição reside ao nível dos troços ou da rede; se a AdC considera infra-estrutura cada troço/condução ou a rede da PTC; qual o conceito de recusa; qual o número de infracções efectivamente cometido, confundindo a AdC práticas com infracções; qual a metodologia seguida pela AdC para encontrar a coima aplicada e finalmente qual a definição de "silêncio prolongado". Por todas estas contradições, insuficiências e imprecisões a PTC ficou impedida de exercer cabalmente o seu direito de defesa. Conclui assim que quer as notas de ilicitude quer a decisão final são ininteligíveis e, conseqüentemente, são aquelas peças processuais nulas por falta de fundamentação. ---

No que concerne a uma eventual falta de fundamentação das notas de ilicitude a questão está neste momento ultrapassada. Com efeito, quanto a estas nem se pode recorrer ao art. 58º do RGCOC nem muito menos ao art. 374º do Cod. Proc. Penal. A nota de ilicitude não é uma decisão final e apenas poderia ser, para os efeitos que aqui relevam, equiparável à acusação. Ora os requisitos da acusação estão enunciados no art. 283º, nº 3, do Cod. Proc. Penal, que dispõe que a acusação que não contiver os elementos ali consagrados é nula. Por força do princípio da tipicidade já citado, a nulidade aqui em causa, por não estar prevista como insanável (art. 119º do Cod. Proc. Penal), é uma nulidade dependente de arguição. Logo, por a PTC não ter arguido qualquer nulidade das notas de ilicitude por falta de fundamentação nos momentos em que processualmente o devia ter feito (art. 120º, nº 3, do Cod. Proc. Penal), a haver tal nulidade a mesma estaria já sanada. ---

De novo a arguida vem invocar o CPA, nomeadamente o seu art. 133º, quando tal diploma não é aqui aplicável, conforme já amplamente referido. Para

aferir da falta de fundamentação da decisão não há que recorrer ao CPA mas sim, única e exclusivamente, ao RGCOC. ---

Antes de mais há que clarificar o regime relativo à fundamentação da decisão recorrida. ---

O art. 58º do RGCOC, dispositivo que elenca o núcleo essencial dos elementos que a decisão da autoridade administrativa deve conter, dispõe que: ---

1 - A decisão que aplica a coima ou as sanções acessórias deve conter:

a) *A identificação dos arguidos;*

b) *A descrição dos factos imputados, com indicação das provas obtidas;*

c) *A indicação das normas segundo as quais se pune e a fundamentação da decisão;*

d) *A coima e as sanções acessórias.*

"Os requisitos previstos neste artigo visam assegurar ao arguido a possibilidade de exercício efectivo dos seus direitos de defesa, que só poderá existir com um conhecimento perfeito dos factos que lhe são imputados, das normas legais em que se enquadram e condições em que pode impugnar judicialmente aquela decisão.

Por isso as exigências aqui feitas deverão considerar-se satisfeitas quando as indicações contidas na decisão sejam suficientes para permitir ao arguido o exercício desses direitos" (Simas Santos e Lopes de Sousa, "Contra-Ordenações, Anotações ao Regime Geral", 2ª ed., Vislis, em anotação ao art. 58º). ---

A propósito da necessidade de fundamentação das decisões da Comissão é também este o entendimento do Tribunal de 1ª instância da Comunidade: "a fundamentação exigida pelo art. 253º CE deve ser adaptada à natureza do acto em causa e deixar transparecer, de forma clara e inequívoca, o raciocínio da instituição comunitária, autora do acto impugnado, de forma a permitir aos interessados conhecerem as razões da medida adoptada, de modo a defenderem os seus direitos, e ao órgão jurisdicional comunitário exercer a sua fiscalização. A exigência da fundamentação deve ser apreciada em função das circunstâncias do caso em preço, nomeadamente, do conteúdo do acto, da natureza dos fundamentos invocados e do interesse que os destinatários ou outras pessoas a quem o acto diga directa e individualmente respeito possam ter em receber explicações." (Proc. T-155/04 de 12-2-06). ---

Face à previsão do art. 58º citado não há que recorrer, nesta matéria, isto é, no que concerne ao conteúdo da decisão que aplica uma coima, a qualquer regime subsidiário, designadamente ao art. 374º do Cod. Proc. Penal que dispõe sobre o conteúdo da sentença penal. Não havendo qualquer lacuna no art. 58º não há que recorrer a qualquer outro normativo nesta sede. ---

Já no que concerne à consequência da inobservância do preceito em análise, não se preceitua nesta norma (art. 58º), nem em nenhuma outra do regime das contra-ordenações, qual a consequência para a inobservância da disposição legal que delimita o conteúdo da decisão. ---

Para alguns autores, designadamente Beça Pereira, a inobservância do art. 58º não é sancionada com nulidade. Alega o citado autor que a haver um regime de nulidades, teria de ser um só, o que não é possível com as decisões das autoridades administrativas que podem ou não converter-se em acusação,

consoante seja ou não interposto recurso. Acrescenta ainda que nos termos do disposto no art. 118º, nº 1, do Cod. Proc. Penal, só existem as nulidades que como tal estiverem expressamente previstas (*in* Regime Geral das Contra-Ordenações e Coimas, 2ª ed., 1996, p. 99).---

Assim, para este autor, a omissão na decisão da Autoridade da Concorrência da fundamentação traduz uma mera irregularidade que, enquanto tal, se considera sanada dado não ter sido arguida pela interessada no prazo estabelecido no art. 123º, nº 1, do Cod. Proc. Penal. ---

Para outros autores, nomeadamente Simas Santos e Lopes de Sousa (*op. cit.*, p.334) cuja opinião perfilhamos, aplicam-se aqui as regras processuais penais referentes à sentença, *ex vi* do art. 41º, nº 1, do RGCO designadamente os arts. 379º e 380º. Assim, é nula a decisão que não contiver, designadamente, a respectiva fundamentação (neste sentido Ac. RL de 28.04.04, Proc. 1947/2004-3). ---

Trata-se de uma nulidade dependente de arguição dado não estar enunciada nas nulidades insanáveis nem o art. 379º do Cod. Proc. Penal a classificar como tal. As nulidades dependentes de arguição têm de ser suscitadas, nos termos do art. 120º, nº 3. No caso de arguição de nulidade de sentença tem-se entendido que o interessado a pode invocar, caso interponha recurso, no prazo para a respectiva motivação (Ac. STJ 21 de Junho de 1989, Proc. 10023/3ª; Ac. STJ de 5 de Junho de 1989, Proc. 40094/3ª e Assento nº 1/2003). ---

Adaptando esta regra às contra-ordenações, concluímos que o interessado pode invocar a nulidade da decisão no prazo de interposição de recurso, isto é, actualmente, no prazo de 20 dias a contar do conhecimento da decisão por parte do arguido, o que foi feito neste caso. ---

Uma vez que a arguida suscitou a nulidade da decisão, cabe então apreciar a decisão recorrida e verificar se a mesma padece, efectivamente, de falta de fundamentação, caso em que deverá ser declarada nula. --

A ininteligibilidade da fundamentação de uma decisão pode acarretar a nulidade da mesma por falta de fundamentação. Com efeito a decisão tem de ser clara, objectiva, passível de ser facilmente entendida e compreendida, isto é, tem de ser inteligível. Se não o for, isto é, se for obscura e não entendível, então a decisão poderá considerar-se como não fundamentada e, por conseguinte, nula. --

Sucede que analisando a decisão recorrida não se pode concluir ser a mesma ininteligível ao contrário do que pugna a PTC. ---

• Relativamente ao abuso de posição dominante a decisão é perfeitamente clara e a arguida pretende encontrar contradições onde elas não existem. A decisão define quais os mercados relevantes e conclui ter a PTC posição dominante nos mercados que considera relevantes, estando a sua posição em súmula expressa nos arts. 568º a 570º da decisão, no capítulo com a epígrafe "A detenção de posição dominante nos mercados relevantes" de moldes perfeitamente claros: ---

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

inicialmente correspondiam essencialmente a serviços de telefonia fixa, tendo posteriormente surgido os serviços de televisão por subscrição e Internet."; ---

- "A PT Comunicações actua no mercado de acesso a condutas para efeitos de instalação de redes de televisão por subscrição de forma autónoma dos restantes operadores, não tendo concorrência relevante."; ---

- "Também nos mercados do serviço de televisão por subscrição, da Internet de banda larga e dos serviços de telefone fixos, o Grupo PT actua de forma livre e independente, não se verificando existir um contra-poder dos concorrentes, clientes ou consumidores."; ---

Ora se é nestes mercados a que a AdC entende ter a PTC uma posição dominante é neles que se verifica o abuso, não havendo, por conseguinte, qualquer dúvida nesta matéria, o que aliás resulta expresso da forma como a PTC rebateu esta questão no seu recurso. ---

• No que ao que a AdC entende ser infra-estrutura essencial também não se percebe a alegada ininteligibilidade. Pretende a PTC que não conseguiu perceber se para a AdC a infra-estrutura essencial era cada troço/conduto ou se era a própria rede. ---

Com efeito, no art. 588º, sob a epígrafe "As condutas da PT Comunicações enquanto infra-estrutura essencial, a AdC diz o seguinte: ---

- "As condutas são infra-estruturas que permitem a passagem de cabos e, tendo em conta a necessidade de interligação dos cabos, estas condutas constituem uma rede de condutas interconectada. A rede de condutas não tem alternativas e é insusceptível de replicação em termos economicamente razoáveis, para efeitos da instalação de cabos para prestação de serviços com base numa rede cabo."; ---

Daqui resulta inequívoco que a infra-estrutura essencial é a própria rede de condutas, isto é, o conjunto formado pelas condutas que estão interconectadas. A decisão é, pois, também neste ponto, perfeitamente clara e perceptível. ---

• No que toca ao número de infracções a PTC pretende que não é possível compreender o *iter cognoscitivo* da AdC no que respeita ao número de infracções que a PTC cometeu. ---

Neste ponto a decisão recorrida não prima, efectivamente, pela perfeição. Mas daí não resulta que seja ininteligível. Com efeito, depois de referir que houve várias recusas e vários tempos de resposta de tal modo longos que equivalem a recusa (sendo para o efeito que aqui apreciamos irrelevante saber se o enquadramento feito pela AdC relativo ao tempo de resposta está ou não correcto) a AdC conclui de forma perfeitamente clara que cada recusa (entendida aqui em sentido lato) não corresponde a uma infracção isolada mas antes a uma infracção continuada. Face às datas em que as recusas tiveram lugar, à decisão proferida na providência cautelar intentada pela Tvtel e à alteração legislativa entretanto operada, a AdC conclui que a arguida cometeu duas infracções sobre a forma continuada. Esta conclusão é perfeitamente cognoscível e resulta dos arts. 732º a 735º da decisão que, sob a epígrafe "Prática contra-ordenacional continuada" rezam: ---

- "As recusas de acesso à rede pela PT Comunicações à Tvtel e à Cabovisão, identificadas nas Tabelas I e II, foram sequenciais entre 17.8.2001 e

29.5.2003, constituem o primeiro conjunto de recusas que representam uma realização plúrima do mesmo tipo de contra-ordenação, executada de forma essencialmente homogénea e inserindo-se num circunstancialismo inerente ao próprio processo ou seja, no quadro de uma mesma solicitação exterior. O conjunto destas recusas consubstancia uma prática continuada."; ---

- "O quadro de recusa assumiu uma dimensão diferente com a providência cautelar que correu termos na 17.ª Vara Cível, 2.ª Secção, em Lisboa (Processo n.º 5776/03.OTVLSB) e a apresentação da queixa à AdC, divulgada nos jornais pela Tvtel. A entrada em vigor da Lei n.º 18/2003 dá também novo enquadramento à questão da recusa de acesso a infra-estruturas essenciais."; ---

- "Assim, o segundo conjunto de recusas de acesso à rede pela PT Comunicações, iniciando-se em 31.7.2003 e mantido até à decisão judicial de 9 de Fevereiro de 2004 no caso dos pedidos da Tvtel, e até 16.9.2005 no caso dos pedidos da Cabovisão, constitui um novo conjunto de infracções, que por sua vez representam também uma realização plúrima do mesmo tipo de contra-ordenação, executada de forma essencialmente homogénea e inserindo-se num circunstancialismo inerente ao próprio processo ou seja, no quadro de uma mesma solicitação exterior. O conjunto destas recusas consubstancia uma prática continuada."; ---

- "É, consequentemente, aplicável o regime das práticas continuadas a cada uma das práticas continuadas, a primeira subsumível no artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 371/93 e a segunda subsumível no artigo 6.º da Lei n.º 18/2003.".

A mesma ideia (isto é, que as recusas integram duas infracções sob a forma continuada) volta a estar expressa nos arts. 771º, 803º e 812º. ---

Assim, e pese embora a AdC nem sempre refira ter a PTC cometido duas infracções sob a forma continuada, usando por vezes a expressão "prática" no lugar de infracção, o certo é que da decisão resulta de forma absolutamente clara e entendível qual o número de infracções que a AdC entende ter sido praticado (duas sob a forma continuada, a primeira integrada por 30 recusas de acesso e a segunda por dezanove recusas de acesso) e por que número de infracções foi a arguida condenada. ---

Logo, também nesta sede se terá de concluir ser a decisão inteligível. ---

• Em relação à determinação da medida da coima pretende a PTC que a decisão é ininteligível dado não ser possível compreender a metodologia usada para alcançar a fórmula de cálculo da coima, reportando-se a arguida aos anexos VI e VII da decisão. --

Não lhe assiste razão. A PTC pode discordar da metodologia seguida pela AdC mas daí não resulta que a decisão não seja perceptível. ---

A AdC enuncia, a partir do art. 748º da decisão, os factores a considerar para efeitos de determinação da coima concreta e a dado passo, concluindo que a conduta da arguida é particularmente grave, conclui ser de aplicar a cada recusa uma coima entre 5% e 20% do montante máximo da coima legalmente aplicável, o que no seu entender se justifica "pelo facto de a conduta ter elevada gravidade em virtude das barreiras erguidas à actuação dos concorrentes, que os impediram de expandir a sua actuação em várias zonas do território nacional, mas não ter a máxima gravidade (que corresponderia à total eliminação de concorrentes do

mercado, o que não aconteceu)." (art. 802º). A aplicação de uma percentagem entre 5% e 20% variará em função do número de casas abrangido pela recusa (art. 801º). ---

Os anexos VI e VII mais não são do que a exemplificação prática deste entendimento. Neles a AdC faz uma tabela na qual identifica cada uma das recusas, indica qual o número de casa abrangidas pela recusa, aplica-lhes uma percentagem entre 5% e 20% do montante máximo da coima aplicável (montante esse que definiu nos art. 799º) e expressa o resultado dessa operação em euros. --

Assim, não só é possível entender o *iter* cognoscitivo da AdC no que à determinação da medida da coima respeita como o mesmo está perfeitamente plasmado na decisão. Falece, pois, também esta argumentação da arguida. ---

• Pretende a PTC haver uma contradição insanável entre o art. 65º da decisão e os arts. 388º e 727º da mesma peça. ---

A postura da PTC neste caso raia a má fé. Com efeito, duma leitura medianamente atenta da decisão resulta claro que no art. 65º a AdC não está a imputar qualquer facto à arguida. No art. 65º a AdC não faz mais do que reproduzir o que constava da segunda nota de ilicitude, o que se depreende do simples facto de tal artigo estar inserido no capítulo "Nota de Ilicitude". Logo, e sem necessidade de qualquer outro considerando, resulta claro que não há qualquer contradição possível entre este artigo e qualquer outro da decisão referente às recusas da arguida, pelo simples facto de que o mencionado artigo se enquadra no que se pode chamar de "histórico do processo", parte da decisão em que a AdC faz um resumo de tudo o que ocorreu desde a primeira denúncia. ---

Sempre se dirá, no entanto, que neste ponto a decisão é muito clara. A AdC entende que a demora na resposta equivale em si mesmo a uma forma de recusa. Logo, não há qualquer contradição entre os arts. 388º e 727º da decisão. Pode-se discordar deste entendimento assim como se pode considerar que a AdC não concretizou o que considera silêncio prolongado. Mas daí não resulta a ininteligibilidade da decisão. ---

Em suma, a decisão recorrida não é ininteligível nem padece, por conseguinte, de falta de fundamentação. Assim, julgo improcedente a arguida nulidade da decisão. ---

*

2.2 – Da intervenção do ICP-Anacom e da COMISSÃO

Invoca a PTC a existência de uma irregularidade processual resultante do facto de a AdC não ter comunicado previamente à ICP-Anacom e à Comissão Europeia, de forma completa, o conteúdo da decisão que veio a adoptar. ---

Alega que a AdC comunicou o projecto de decisão a estas instituições antes de a arguida se pronunciar sobre as diligências complementares de prova e antes de ter sido junto o estudo sobre o alegado impacto económico da prática que lhe é imputada, ou seja não lhes dando a conhecer todos os elementos constantes do processo, o que significa que já tinha a sua decisão tomada, demonstrando não dar relevância à defesa da arguida. Por fim refere que a decisão final é substancialmente diferente do projecto de decisão que foi notificado e que não foi comunicada a sanção que a AdC pretendia aplicar. ---

No que à Comissão respeita entende que a irregularidade resulta do facto de a AdC não lhe ter dado a conhecer a medida da coima que pretendia aplicar, designadamente os montantes da coima e das sanções pecuniárias compulsórias. -

Para apreciar esta questão há que considerar os seguintes factos: ---

1 - No dia 30 de Julho de 2003 a AdC comunicou ao ICP-Anacom o início do processo (fls. 248). -

2 - No dia 19 de Agosto de 2003 o ICP-Anacom pronunciou-se sobre a denúncia que lhe foi comunicada (fls. 357). ---

3 - No dia 10 de Outubro de 2006 a AdC enviou ao ICP-Anacom o projecto de decisão final junto a fls. 5999 que aqui se dá por reproduzido e solicitou parecer. ---

4 - No dia 8 de Novembro de 2006 o ICP-Anacom respondeu e enviou à AdC o seu parecer conforme doc. fls. 6118 que aqui se dá por reproduzido. ---

5 - No dia 6 de Julho de 2007 a AdC enviou à Comissão Europeia o projecto de decisão conforme doc. fls. 6344 que aqui se dá por reproduzido. ---

6 - No dia 24 de Julho de 2007 a Comissão enviou à AdC a sua resposta, não apresentando qualquer comentário (cfr. fls. 6451). ---

Nos termos do disposto no art. 28º, da Lei 18/2003:

1 - *Concluída a instrução, a Autoridade adopta, com base no relatório do serviço instrutor, uma decisão final, na qual pode, consoante os casos:*

b) declarar a existência de uma prática restritiva da concorrência e, se for caso disso, ordenar ao infractor que adopte as providências indispensáveis à cessação dessa prática ou dos seus efeitos no prazo que lhe for fixado

2 - *Sempre que estejam em causa práticas com incidência num mercado objecto de regulação sectorial, a adopção de uma decisão ao abrigo das alíneas b) a d) do número anterior é precedida de parecer prévio da respectiva autoridade reguladora sectorial, o qual será emitido num prazo razoável fixado pela autoridade. ---*

Por seu turno, a propósito da articulação da AdC com as autoridades reguladoras sectoriais, dispõe o nº 1, do art. 29º, da Lei 18/2003, que: *Sempre que a Autoridade tome conhecimento, ..., de factos ocorridos num domínio submetido a regulação sectorial e susceptíveis de serem qualificados como práticas restritivas da concorrência, dá imediato conhecimento dos mesmos à autoridade reguladora sectorial competente em razão da matéria, para que esta se pronuncie num prazo razoável fixado pela Autoridade. ---*

No que à Comissão Europeia respeita, o art. 11º, nº 4, do Regulamento 1/03 do Conselho de 16 de Dezembro de 2002, dispõe que: *O mais tardar 30 dias antes da aprovação de uma decisão em que exijam que seja posto termo a uma infracção, aceitem compromissos ou retirem o benefício de um regulamento de isenção por categoria, as autoridades dos Estados-membros responsáveis em matéria da concorrência devem informar o facto a Comissão. Para tal, devem facultar à Comissão um resumo do processo, a decisão prevista ou, na sua ausência, qualquer outro documento que indique qual a linha de acção proposta...*

Nesta sede a PTC não põe em causa a notificação a que alude o art. 29º, nº 1 pelo que sobre esta nada há a dizer. O que a PTC alega é que o projecto de decisão que a AdC deu a conhecer ao ICP-Anacom não coincide com a decisão que veio a ser tomada e que não lhe deu a conhecer todos os elementos que constavam do processo. ---

Daqui retira ainda a conclusão de que a AdC transformou o exercício do contraditório numa mera formalidade dado que o projecto de decisão foi enviado antes da PTC se pronunciar sobre as diligências complementares de prova de onde resulta que a decisão recorrida já estava "tomada". ---

Esta conclusão da PTC não é lícita. Com efeito, se é certo que a AdC solicitou o parecer do ICP-Anacom antes de a arguida se pronunciar sobre as diligências complementares de prova não é menos certo que quando o fez já a arguida havia apresentado a sua defesa escrita e já tinham todo lugar as diligências de prova solicitadas pela arguida (cfr. fls. 3897 e 4254 a 4268). ---

É evidente que após produzidas as provas a AdC já tinha ideia da decisão que ia tomar, não estando a mesma dependente da posição escrita da PTC sobre as diligências complementares de prova, mais a mais quando a conclusão de que a PTC havia cometido uma infracção é estribada pela AdC na prova carreada para o processo desde o seu início e não apenas após a dedução da defesa escrita. A pronúncia da arguida sobre os meios complementares de prova poderia apenas levar a AdC a questionar a força probatória desses mesmos meios de prova, não a existência da infracção. ----

Assim, do facto de a AdC ter solicitado ao ICP-Anacom o seu parecer antes de a arguida se ter pronunciado sobre as diligências complementares de prova não se pode extrair a conclusão de que a AdC tenha feito tábua rasa do direito de defesa da arguida. -

Quanto à irregularidade resultante de o projecto de decisão ter diferenças assinaláveis face à decisão que veio a ser tomada, antes de mais há que esclarecer qual a natureza e função do aludido parecer, tendo como assente que não há qualquer disposição legal na Lei 18/03 que discipline esta questão. ---

O primeiro comentário a fazer é o de que o parecer pedido à entidade reguladora não é vinculativo. Com efeito, a lei limita-se a determinar que o pedido de parecer é obrigatório mas não refere que a AdC está obrigada a decidir em conformidade com o parecer, parecer esse que, aliás, pode nem ser junto pela entidade reguladora sem que daí resulte qualquer consequência processual, prosseguindo os autos nos seus devidos termos. ---

De seguida é de ter em consideração que o parecer não se destina a determinar se foi ou não cometida uma infracção nem tão pouco a pedir à reguladora que confirme a prática da infracção ou que emita juízo sobre a ou as sanções que a AdC pensa aplicar. Esta conclusão resulta da interpretação do art. 28º que é, no entender do tribunal, muito claro. Quando a AdC conclui que está em causa uma prática restritiva da concorrência e que a mesma tem incidência num mercado regulado tem que pedir parecer à entidade reguladora. Ora daqui resulta claro que quando é solicitado o parecer já a AdC concluiu pela prática da infracção. Logo, a função do parecer não pode ser o de pronúncia sobre a

6

existência ou não da infracção até porque a competência nesta sede é da AdC e não da autoridade reguladora. ---

O parecer serve para auxiliar a AdC no que concerne aos factos e conclusões relacionados com o mercado regulado, tendo a entidade reguladora, por força das suas funções, uma posição privilegiada para se pronunciar sobre estas matérias, apontando eventuais lacunas, erros ou omissões à exposição dos factos e conclusões sobre que é chamada a pronunciar-se. Mas, repita-se, o parecer da reguladora não tem força vinculativa para a AdC que pode não tomar em linha de conta as sugestões ou correcções que lhe forem comunicadas pela autoridade reguladora. ---

E tanto assim é que a lei não obriga a AdC a comunicar à reguladora, no caso o ICP-Anacom (cfr. art. 6º, nº 4, al. e), do Dec.lei 10/03 de 18 de Janeiro), o projecto de decisão. O que o art. 28º diz é que tem que ser pedido um parecer, o que significa que a AdC terá que comunicar ao ICP-Anacom os elementos que entende relevantes e com base nos quais conclui estar em causa uma prática restritiva. ---

Aqui chegados importa apurar se a AdC deu ou não a conhecer ao ICP-Anacom os aspectos relevantes nos quais funda a sua decisão. ---

A PTC invoca indirectamente que não foram dadas a conhecer ao ICP-Anacom todos os dados relevantes, argumentando que:---

- a AdC não deu conhecimento ao ICP-Anacom do estudo que elaborou sobre o efeito das recusas, até porque o estudo é posterior à notificação, pelo que a ICP-Anacom não se pôde pronunciar sobre o estudo nem sobre as consequências que dele retira a AdC; --

- a AdC não deu conhecimento ao ICP-Anacom dos factos relativos aos mercados relevantes considerados afectados e que expõe nos arts. 100º a 106º da decisão; ---

- a AdC não deu a conhecer ao ICP-Anacom a sua posição relativamente à política de gestão de condutas aceitável, na ausência de regulação (arts. 665º e 668º). ---

No que concerne ao estudo da autoria da própria AdC é evidente que não foi dado conhecimento ao ICP-Anacom do seu teor uma vez que à data em que foi efectuada a notificação do projecto de decisão (16.10.2006) ainda o referido estudo não estava concluído nem constava do projecto [o estudo data de Novembro de 2006 e tem a epígrafe "Estimativa do impacto económico em resultado das práticas restritivas da concorrência verificadas" (cfr. fls. 6173)]. ---

Sucede que deste estudo não tinha que ser dado conhecimento ao ICP-Anacom. Com efeito, tal estudo respeita ao impacto económico das práticas infracionais imputadas à arguida e a AdC refere-se ao mesmo apenas a propósito da determinação da medida da coima (vantagens retiradas pela arguida da infracção - art. 764º). ---

A questão da determinação da medida da coima é questão sobre a qual só a AdC tem competência para se pronunciar, não cabendo ao ICP-Anacom emitir qualquer parecer sobre tal matéria (como se vai explicar mais desenvolvidamente de seguida). ---

Assim, não contendo o documento matéria respeitante ao mercado em causa importante para enquadrar a infracção imputada à arguida não pode considerar-se um elemento relevante nesta sede. Logo, do mesmo não tinha que ser dado conhecimento ao ICP-Anacom. ---

No que concerne à matéria constante dos arts. 100º a 106º da decisão (Factos provados - mercados relevantes), diz a PTC que deles a AdC não deu conhecimento ao ICP-Anacom. ---

Discordamos, porém, desta conclusão. Com efeito, nos arts. 100º a 106º da decisão a AdC mais não faz do que resumir os factos que entente relevantes nesta sede e que desenvolvidamente elenca a partir do art. 107º e estabelecer a ligação entre os mercados que considera relevantes. ---

Do projecto de decisão enviado ao ICP-Anacom constam essas mesmas conclusões embora "arrumadas" em local diverso. Assim, analisando o projecto comunicado ao ICP-Anacom constata-se que os referidos artigos da decisão correspondem na íntegra aos arts. 317º a 323º do projecto. ---

Há, pois, que concluir que foi dado conhecimento ao ICP-Anacom dos factos relativos aos mercados relevantes considerados afectados. ---

Invoca ainda a PTC que a AdC não deu a conhecer ao ICP-Anacom a sua posição relativamente à política de gestão de condutas aceitável, na ausência de regulação, referindo-se concretamente aos arts. 665º e 668º da decisão. ---

O art. 665º da decisão está integralmente reproduzido no projecto de decisão no seu art. 692º. Já o art. 668º surge ex novo na decisão. Sucede que, ao contrário do que parece pretender a PTC, não está em causa um qualquer facto ou entendimento da AdC. Com efeito, o referido artigo limita-se a transcrever um trecho do Ac. United Brands que sustenta o entendimento da AdC expresso ao longo do capítulo onde se insere o artigo em questão. Logo, não se trata de um artigo que tivesse que constar do projecto de decisão uma vez que o entendimento da AdC consta desse projecto. ---

Pelo exposto conclui-se não ter sido omitido no projecto de decisão dado a conhecer ao ICP-Anacom qualquer elemento ou facto relevante. ---

Finalmente alega a PTC que não foram dados a conhecer ao ICP-Anacom elementos relativos à determinação da coima, ao volume de negócios e moldura aplicável, a coima, a sanção acessória e a Sanção Pecuniária Compulsória concretamente aplicadas. ---

Como já se referiu *supra*, sobre estes aspectos a AdC não tem, nem deve, solicitar parecer à reguladora. A competência para aplicar a ou as sanções a quem praticou uma infracção à lei da concorrência é da AdC, e só da AdC que, nesta sede, actua com absoluta independência (cfr. arts. 1º, nº 2, 4º e 7º, nº 2, dos Estatutos da AdC). O ICP-Anacom, entidade com competência reguladora sobre o sector das Comunicações não tem competência para apreciar e sancionar infracções à lei da concorrência. Logo, o ICP-Anacom não só não tem que se pronunciar pela prática da infracção como não tem, nem pode, pronunciar-se sobre a ou as sanções que a autoridade competente pretende aplicar nem, tão pouco, sobre os elementos relativos à medida concreta da coima. ---

8

No que a Comissão Europeia respeita, tal como relativamente à reguladora nacional, a lei comunitária não impõe a obrigatoriedade de comunicar o projecto de decisão, sendo muito explícito o supra citado art. 11º, nº 4, ao referir que a autoridade nacional pode limitar-se a enviar um documento que indique qual a linha de acção proposta. Daqui resulta que o que tem que ser comunicado no que ao dispositivo respeita é tão só a "linha de acção" e não a decisão definitiva. Acresce que esta preceito está sobretudo pensado para os casos em que a autoridade nacional exige que seja posto termo a uma infracção, aceite compromissos ou retire o benefício de um regulamento de isenção por categoria, caso em que a autoridade tem que especificar que tipo de actuação está a seguir e qual a medida que vai adoptar. Ora não é este o caso dos autos em que está em causa, tão só, a aplicação de uma coima e de sanções acessórias. ---

Acresce que a Comissão, tal como a entidade reguladora, não tem competência para se pronunciar sobre as coimas e sanções acessórias aplicadas pela autoridade nacional pelo que não faz qualquer sentido pretender que a Comissão tem que ser notificada destas. ---

O objectivo da notificação à Comissão não é o de permitir a esta "controlar" ou "fiscalizar" a actividade das autoridades nacionais. O que se pretende aqui é, com vista à aplicação eficaz e harmonizada dos arts. 101º e 102º do Tratado, instituir um mecanismo de cooperação entre a Comissão e as autoridades nacionais que permita que não corram termos em paralelo processos em que se apreciem as mesmas práticas e que permita à Comissão, "avocar" o processo e tomar ela própria uma decisão que pode determinar o desfecho do processo nacional (cfr. arts. 7º a 13º do regulamento 1/03). ---

Sendo este o objectivo da comunicação imposta às autoridades nacionais, é evidente que a mesma não inclui a necessidade de comunicar o montante da coima ou as sanções acessórias que a autoridade nacional vai aplicar. ---

Em suma, não houve nesta matéria (intervenção do ICP-Anacom e da Comissão) qualquer irregularidade. ---

*

2.3 – Da invalidade da notificação da decisão impugnada

Vem ainda a PTC suscitar a invalidade da notificação que lhe foi feita por a AdC não ter dado cumprimento ao disposto no art. 47º do RGCOC já que notificou a decisão à arguida e informou o seu mandatário, precisamente o inverso do que prescreve o citado artigo, não tendo enviado a este cópia da decisão. ---

Entende que, por força do disposto no art. 47º, nº 4, do RGCOC, uma vez que o mandatário da arguida não foi, até à data, notificado da decisão, o prazo para recorrer ainda nem sequer se iniciou, sendo o recurso ora em análise apresentado cautelarmente.

Acrescenta que com a notificação não foi indicado nem o prazo nem a forma de impugnação pelo que se deve considerar ineficaz o acto de notificação da decisão. ---

A AdC, por seu turno, defende que a questão da notificação está regulada no art. 23º da Lei 18/2003, a que deu integral cumprimento, e que, não havendo qualquer lacuna nesta matéria, não há que recorrer à aplicação subsidiária do art.

47º, nº 2, do RGCOG. Acrescenta que em todo o caso a haver qualquer irregularidade a mesma estaria sanada por não ter sido arguida no prazo de três dias, sendo certo que o mandatário da arguida consultou o processo na AdC no dia subsequente ao da notificação da decisão à arguida.

No que ao conteúdo da notificação respeita, alega a AdC não assistir razão à arguida, já que da decisão constam todas as menções obrigatórias. ---

Estão aqui em causa duas questões distintas: uma respeita ao modo como a notificação foi efectuada e a outra relativa ao conteúdo dessa notificação. ---

Para apreciar esta questão há que considerar os seguintes factos: ---

1 - No dia 1 de Agosto de 2007 a AdC proferiu a decisão recorrida (fls. 6455). ---

2 - Tal decisão foi notificada à arguida no dia 1 de Agosto de 2007 (fls. 6691-A). ---

3 - Nesse mesmo dia foi comunicado por fax ao mandatário da arguida que esta tinha sido notificada, no mesmo dia, da decisão final da AdC (fls. 6691 B e C). ---

4 - O mandatário da arguida, após receber a referida notificação, consultou o processo (facto não impugnado e doc. fls. 6692 a 6694, 6807). ---

No que à notificação da decisão respeita a Lei 18/03 contém apenas uma norma: o art. 23º que, sob a epígrafe "notificações" dispõe: ---

1 - As notificações são feitas pessoalmente, se necessário com o auxílio das autoridades policiais, ou por carta registada com aviso de recepção, dirigida para a sede social, estabelecimento principal ou domicílio em Portugal da empresa, do seu representante legal ou para o domicílio profissional do seu mandatário judicial para o efeito constituído.

2 - Quando a empresa não tiver sede ou estabelecimento em Portugal a notificação é feita por carta registada com aviso de recepção para a sede social ou estabelecimento principal.

3 - Quando não for possível realizar a notificação, nos termos dos números anteriores, a notificação considera-se feita, respectivamente, nos 3.º e 7.º dias úteis posteriores ao do envio, devendo a cominação aplicável constar do acto de notificação.

Ora da simples leitura deste preceito, e inexistente qualquer outro respeitante a esta questão na Lei 18/2003, resulta claro que a Lei 18/2003 não é auto-suficiente em matéria de regulamentação do regime das notificações. Com efeito, deste preceito não só não resulta qual o conteúdo da notificação como não resulta a forma de contagem do prazo quando há mais que um notificado. É quanto basta para que não se possa aceitar a posição da AdC de que o art. 47º do RGCOG não é aplicável. Uma vez que o art. 23º não regula toda a matéria das notificação há que aplicar subsidiariamente o art. 47º do RGCOG. ---

Por outro lado, a interpretação que do art. 23º faz a AdC não está, no entender do tribunal, correcta. O art. 23º não permite à AdC escolher se quer notificar a arguida ou o seu defensor. O que o citado preceito prevê é que a notificação directa à arguida possa ser substituída por notificação ao mandatário para o efeito constituído, ou seja, por notificação a mandatário a quem tenham

sido expressamente dados poderes para receber notificações (outro entendimento tiraria qualquer efeito útil à expressão "para o efeito"). ---

É, pois, forçoso o recurso ao art. 47º do RGCOG que dispõe, sob a epígrafe "Da notificação": ---

1 - A notificação será dirigida ao arguido e comunicada ao seu representante legal, quando este exista.

2 - A notificação será dirigida ao defensor escolhido cuja procuração conste do processo ou ao defensor nomeado.

3 - No caso referido no número anterior, o arguido será informado através de uma cópia da decisão ou despacho.

4 - Se a notificação tiver de ser feita a várias pessoas, o prazo de impugnação só começa a correr depois de notificada a última pessoa.

Da conjugação destes números resulta claro, salvo melhor opinião, que o regime regra é o de, havendo defensor nomeado ou mandatário constituído, as decisões serem a estes notificadas (nº 2) e comunicadas ao arguido (nº 3). ---

No caso dos autos a AdC inverteu os termos: notificou a arguida da decisão e limitou-se a comunicar ao seu mandatário tal notificação. ---

Qual a consequência daqui resultante? A arguida pretende que a notificação efectuada é ineficaz e vai mais longe, argumentando que nem sequer terá começado a correr o prazo de recurso da decisão impugnada dado que não foi até à data formalmente notificado da decisão. Não tem razão a arguida. -

O que está aqui em causa não é o desconhecimento do acto de notificação ou a inexistência dessa notificação. A notificação existiu e tanto a arguida como o seu mandatário tiveram conhecimento do acto recorrido (a arguida com a notificação no dia 1 de Agosto e o seu mandatário ou no próprio dia, dado ter logo sabido de que a notificação à arguida estava efectuada, ou no dia seguinte, dia em que solicitou à AdC a consulta do processo, consulta que efectuou em dia não apurado). Não se coloca, pois, a questão de o prazo de recurso não ter começado ainda a correr. ---

O problema aqui reside no não cumprimento de um formalismo prescrito por lei e no apuramento da consequência dessa omissão. ---

Pretende a arguida que a questão se reconduz à falta de eficácia do acto de notificação e que só este entendimento é compatível com o art. 268º, nº 3, da Constituição, acrescentando que outra interpretação do art. 46º, nº 2, do RGCOG será inconstitucional. ---

Uma vez mais cumpre explicitar que o art. 268º, nº 3, relativo aos actos administrativos, não tem aqui aplicação dado o direito administrativo não ser direito subsidiariamente aplicável. Quanto ao art. 46º, nº 2 (*Tratando-se de medida que admita impugnação sujeita a prazo, a comunicação revestirá a forma de notificação, que deverá conter os esclarecimentos necessários sobre admissibilidade, prazo e forma de impugnação*) não se alcança qual a interpretação que possa aqui ser feita que esteja ferida de inconstitucionalidade uma vez que a questão a conhecer não tem qualquer relação com tal preceito. ---

A questão da existência de um qualquer vício na notificação reconduz-se, mais uma vez, ao regime das nulidades e irregularidades processuais plasmado nos arts. 118º e segs. do Cod. Proc. Penal. ---

A propósito dos vícios que podem ocorrer em sede de notificações dizem António de Oliveira Mendes e José Santos Cabral: "De especial sensibilidade é a questão da imperfeição da notificação efectuada que, na sua génese, se reconduz à questão da irregularidade do acto processual praticado. Na verdade, neste, como noutros domínios, a imperfeição do acto processual penal poderá apresentar cambiantes diversas consoante a gravidade do vício que lhe está na génese e que se poderá situar entre a mera irregularidade e a inexistência. Entre os dois extremos encontram-se os vícios que dão lugar à nulidade que, por sua vez, se subdivide em nulidade insanável e nulidade dependente de arguição."¹⁰, --

Aceitando este raciocínio, isto é, admitindo que um concreto vício relacionado com notificações possa integrar uma nulidade (por hipótese falta de notificação da nota de ilicitude inviabilizando o exercício do direito de defesa) ou uma irregularidade, analisemos o caso concreto para apurar da gravidade resultante de a notificação ter sido efectuada à arguida e a comunicação ao seu mandatário. ---

O acto (decisão recorrida) chegou ao conhecimento do mandatário que no dia imediato consultou o processo e no prazo que a lei lhe concede para o efeito interpôs recurso da decisão, ou seja, tomou conhecimento da decisão e exerceu, em representação da arguida, o direito de interpor recurso. ---

Percorrendo as várias alíneas dos arts. 119º e 120º é forçoso concluir que, no caso, a troca operada pela AdC não se enquadra em nenhuma das nulidades ali previstas, seja insanáveis seja sanáveis. Por outro lado, a notificação efectuada directamente à arguida não surge cominada em qualquer outro preceito com nulidade. --

Aquela gradação a que se referem António de Oliveira Mendes e José Santos Cabral varia em função do acto praticado e, no caso, face ao princípio da tipicidade, está em causa uma mera irregularidade. ----

Sendo uma irregularidade a mesma podia e devia ter sido arguida nos termos do art. 123º do Cod. Proc. Penal, isto é, no prazo de três dias a contar do próprio acto, ou seja, a contar de 1 de Agosto. Com efeito, no momento em que ao mandatário foi comunicado que a arguida havia sido notificada da decisão condenatória e não foi ele mesmo dela notificado, começou a correr o prazo de três dias para arguir a irregularidade. ---

Não tendo sido suscitada tal irregularidade senão no presente recurso, ou seja, muito depois do referido prazo de três dias, a irregularidade ficou sanada. --

A partir do momento em que a irregularidade é arguível e que, por conseguinte, é possível desencadear o processo de regularização do acto, quer por iniciativa da autoridade quer por via de recurso ao abrigo do art. 55º do RGCO, ficam assegurados os direitos de defesa, podendo pois concluir-se que esta irregularidade não violou o disposto no art. 20º nº4 da Constituição da República Portuguesa -- o processo contém em si a previsão de mecanismos que o tornam equitativo, sendo opção dos beneficiários destes mecanismos usá-los ou não. ---

A irregularidade cometida pela AdC nesta sede encontra-se, pois, sanada.

¹⁰ in Notas ao Regime Geral das Contra-Ordenações e Coimas, Almedina, 2ª ed., p. 127.

69

Alega ainda a PTC que a AdC não lhe deu a conhecer nem o prazo para impugnação da decisão nem a forma de impugnação. ---

Sobre esta matéria dispõe o art. 58º do RGCO que: ---

2 - Da decisão deve ainda constar a informação de que:

a) A condenação se torna definitiva e exequível se não for judicialmente impugnada nos termos do artigo 59º;

b) Em caso de impugnação judicial, o tribunal pode decidir mediante audiência ou, caso o arguido e o Ministério Público não se oponham, mediante simples despacho.

Ora no ponto 6 do capítulo IV da decisão recorrida consta: ---

"Adverte-se a arguida, nos termos do art. 58.º do RGCO, que:

a) A presente condenação torna-se definitiva e exequível se não for judicialmente impugnada nos termos do artigo 59.º do RGCO e do artigo 50.º da Lei n.º 18/2003;

b) Em caso de impugnação judicial, o tribunal pode decidir mediante audiência ou, caso a arguida, o Ministério Público ou a Autoridade da Concorrência não se oponham, mediante simples despacho;

c) Tornando-se definitiva ou transitada em julgado a presente decisão, a coima aplicada deverá ser paga no prazo máximo de dez dias a contar do dia em que esta se torne definitiva ou transite em julgado". ---

Significa isto que a decisão respeitou na íntegra o preceituado no art. 58º dando a conhecer à arguida que podia interpor recurso nos termos do art. 59º do RGCO (e só a tanto obriga o art. 58º do RGCO que não impõe que se esclareça como é feita a impugnação a que alude o citado artigo) e que o recurso poderia vir a ser decidido em tribunal mediante simples despacho ou com audiência. ---

Sendo estas as exigências legais não estava a AdC obrigada a incluir na decisão recorrida qualquer outra informação. Por outro lado, e como se pode ver do recurso interposto pela arguida (deduzido em 415 páginas, 1712º artigos e 205 conclusões), não foi a mesma minimamente prejudicada pelo facto de a decisão não especificar o que refere o art. 59º do RGCO, tendo sido interposto recurso de impugnação nos termos admitidos por lei. ---

Inexiste, pois, qualquer vício no que toca ao conteúdo da notificação. ---

2.4 – Da inaplicabilidade da legislação de defesa da concorrência

A PTC conclui que a legislação de defesa da concorrência não é aqui aplicável argumentando que: ---

- As recusas de acesso às condutas objecto da Tabela I comunicadas à Tvtel antes da entrada em vigor da Lei 18/2003 não podem ser qualificadas como abusos de posição dominante nos termos do artigo 3º do DL 371/93, lido em conjugação com a alínea f) do artigo 2º do mesmo diploma, uma vez que a condenação como abusiva da recusa de acesso a infra-estruturas essenciais só é tipificada pela primeira vez no ordenamento jus-concorrencial português com a entrada em vigor da Lei 18/2003. --

- Por força do disposto no artigo do artigo 3º, nº2 da Lei 18/2003 e do artigo 86º nº2 do Tratado CE, nem o artigo 6º da Lei 18/2003 nem o artigo 82º do

Tratado CE são aplicáveis às situações de recusa de acesso à rede de condutas da PTC objecto da decisão; ---

- Mesmo na hipótese de as recusas de acesso às condutas em causa não estarem cobertas pela excepção prevista nos artigos 41º, nº1 do Dec.lei 371/93; 3º, nº2 da Lei 18/2003 e 86º nº2 do Tratado CE, antes da entrada em vigor da Lei 18/2003 a recusa de acesso às condutas da PTC não era proibida pelo Dec.lei 371/93 nem punível pelo artigo 82º do Tratado CE. ---

No entender do Tribunal, esta matéria não configura uma questão prévia que deva ser conhecida nesta sede mas antes uma questão relativa à subsunção jurídica dos factos, matéria a conhecer adiante no capítulo da fundamentação jurídica. ---

Assim, relega-se para mais tarde o conhecimento desta questão. ---

*

Ainda neste capítulo a PTC alega que a AdC não pode aplicar o art. 82º do Tratado CE em processos de natureza sancionatória, não tendo poderes para sancionar a violação do mesmo dado que tais poderes e a concreta medida da sanção tinham que estar previstos na legislação nacional e não o estão, sendo certo que as coimas previstas no regulamento 1/03 só pela Comissão podem ser aplicadas. Por conseguinte, uma vez que nem o Dec.lei 371/93, nem a Lei 18/2003, prevêem concretamente qual a sanção aplicável à violação do artigo 82º do Tratado CE, fica precludida qualquer possibilidade de com base na violação desta disposição ser à PTC aplicada qualquer coima, sob pena de ser violado o princípio *nula poena sine lege*. ---

Analiseemos. ---

O princípio da tipicidade aparece consagrado no art. 2º do RGCOC que dispõe que *Só será punido como contra-ordenação o facto descrito e declarado passível de coima por lei anterior ao momento da sua prática*. ---

Trata-se da transposição para o direito contra-ordenacional do princípio constitucional consagrado para o direito penal no art. 29º, nº 1, da Const. Rep. Portuguesa: *Ninguém pode ser sentenciado criminalmente senão em virtude de lei anterior que declare punível a acção ou a omissão*. ---

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

Analisando o Dec.lei 371/03 bem como a Lei 18/2003 constata-se que, efectivamente, os mesmos não definem como contra-ordenação a violação do art. 102º do Tratado CE, hoje art. 102º do Tratado de Lisboa (doravante designado apenas por Tratado). Mas será que tal significa que a AdC não pode aplicar o referido artigo e aplicar uma coima pela sua violação? ---

Prevê o nº 2 do citado art. 29º da Const. Rep. Portuguesa que *O disposto no número anterior não impede a punição, nos limites da lei interna, por acção ou omissão que no momento da sua prática seja considerada criminosa segundo os princípios gerais de direito internacional comumente reconhecidos*. ---

B

Este artigo, redigido para o direito penal, tem, obviamente, aplicação ao direito contra-ordenacional dada a sua natureza sancionatória. ---

Comentando este preceito dizem Gomes Canotilho e Vital Moreira que os crimes contra o direito internacional "originam a responsabilidade imediata em face do direito internacional. E, como se trata de direito internacional comum, ele faz parte integrante do direito interno (cfr. art. 8º-1). Não há, portanto, aqui qualquer excepção ao princípio da legalidade penal e de não retroactividade da lei penal. De resto, a punição só pode ter lugar «nos limites da lei interna», o que quer dizer, entre outras coisas, de acordo com os limites penais e as regras processuais do direito interno. Entretanto, os crimes de direito internacional comum têm sido objecto de positivação por via de convenções internacionais ... as quais fazem parte integrante da ordem jurídica interna, nos termos do art. 8º-2." (op. cit., p. 497). ---

Ora, o art. 8º, nº 4, da Const. Rep. Portuguesa consagra o princípio do primado do direito da União Europeia. Este princípio dá azo a grandes controvérsias, sobretudo ao nível da resolução de problemas de conflitos entre normas comunitárias e normas constitucionais nacionais, mas desses problemas não se vai aqui tratar por não ser a questão dos autos. ---

O que para aqui importa é que se prevê no art. 8º, nº 4, da Const. Rep. Portuguesa que *As disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respectivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático.* ---

O regulamento CE nº 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002 é, sem sombra de dúvida, uma norma emanada de uma instituição da União Europeia (o Conselho – cfr. art. 7º do Tratado), no exercício das respectivas competências (art. 103º do Tratado), e encontra-se em vigor (art. 45º do Reg.) Consequentemente, o Regulamento 1/2003, fazendo parte da ordem jurídica da União Europeia e sendo exequível por si mesmo, é directamente aplicável na ordem interna. ---

Este regulamento estabelece um sistema de aplicação dos arts. 101º e segs. do Tratado algo peculiar. Por um lado atribui às autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência, e também aos tribunais nacionais, competência para aplicar, em processos individuais, os arts. 101º e 102º do Tratado, sendo que esta aplicação configura um verdadeiro poder-dever: *Sempre que as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência ou os tribunais nacionais apliquem a legislação nacional em matéria de concorrência a acordos, decisões de associações ou práticas concertadas na acepção do nº 1 do artigo 81º do tratado, susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros, na acepção desta disposição, devem igualmente aplicar o art. 81º do Tratado a tais acordos, decisões ou práticas concertadas.* (art. 3º, nº 1, do Reg.). -

Mas, ao mesmo tempo que confere competência às autoridades nacionais para aplicar os referidos preceitos, o Regulamento reserva à Comissão competência para os aplicar em determinadas situações (arts. 7º e segs. do Reg.).

Quanto às sanções passíveis de ser aplicadas na sequência de uma violação ao art. 101º ou 102º, o Regulamento limita-se a tipificar as que são aplicáveis pela Comissão: Coimas e Sanções pecuniárias compulsórias (arts. 23º e 24º). E quanto às autoridades nacionais? Quanto a estas a questão está resolvida pelo art. 5º, nos termos do qual as autoridades nacionais têm competência para *aplicar coimas, sanções pecuniárias compulsórias ou qualquer outra sanção prevista pelo respectivo direito nacional*. (Aliás a competência da AdC nesta matéria decorre directamente do art. 6º, nº 1, al. g), dos seus Estatutos). ---

Significa isto que o legislador comunitário remeteu para as legislações nacionais, e bem, a punição das infracções dos arts. 101º e 102º, ou seja, as autoridades nacionais, concluindo pela existência de uma violação do art. 101º ou 102º do Tratado, podem aplicar uma coima, uma sanção pecuniária compulsória ou qualquer outra sanção prevista pelo respectivo direito nacional. É manifestamente esta a intenção do legislador comunitário que não fez depender a aplicabilidade do regulamento a qualquer acto legislativo interno, como aliás é referido no seu último parágrafo: *O presente regulamento é obrigatório em todos os seus elementos e directamente aplicável em todos os Estados-Membros*. ---

Daqui não resulta que a AdC, quando conclui que foi cometida uma infracção ao art. 102º do Tratado, vá aplicar à arguida uma coima directamente por essa violação. É que quando é cometida uma infracção ao art. 102º é também, sempre e necessariamente, infringido o art. 6º da Lei 18/2003, assim como antes era infringido o art. 3º do Dec.lei 371/93. Com efeito, a infracção é a mesma e uma só, o que se passa é que não afecta apenas a concorrência a nível nacional, afectando também o comércio entre os Estados-membros. Daí que nestes casos se considerem violadas as duas normas, a nacional e a comunitária, mas não se considere que o arguido infractor cometeu duas contra-ordenações. A contra-ordenação é só uma e, o facto de ter consequências a nível intra-comunitário é considerado apenas como elemento agravante na determinação da medida concreta da coima. ---

No caso dos autos a AdC condenou a arguida pela prática de duas infracções à lei da concorrência e aplicou-lhe uma coima única. O facto de a AdC ter entendido que também o art. 102º do Tratado tinha sido violado foi valorado apenas e só na medida concreta da coima, como circunstância agravante. ---

Por conseguinte, não tendo a AdC aplicado directamente uma coima pela prática da infracção prevista no art. 102º do Tratado, estando especificados de forma clara e objectiva os actos que constituem o tipo legal (art. 102º) e estando especificada a respectiva sanção (art. 5º do Reg. 1/2003 e 43º da Lei 18/2003), é forçoso concluir que não houve violação do princípio da tipicidade. ---

*

Inexistem quaisquer outras questões prévias ou incidentais de que cumpra conhecer. ---

* * *

3 - FUNDAMENTAÇÃO

3.1 - Matéria de facto provada

1 - As empresas:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

14 - As condutas, postes ou outros meios, subterrâneos ou aéreos, são procurados pelas empresas com redes físicas de comunicações electrónicas,

incluindo as operadoras de televisão por subscrição que pretendem efectuar a passagem de cabos próprios de forma a transmitir o sinal de televisão por subscrição até ao cliente final. ---

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

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

Rede de transmissão de televisão por cabo



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

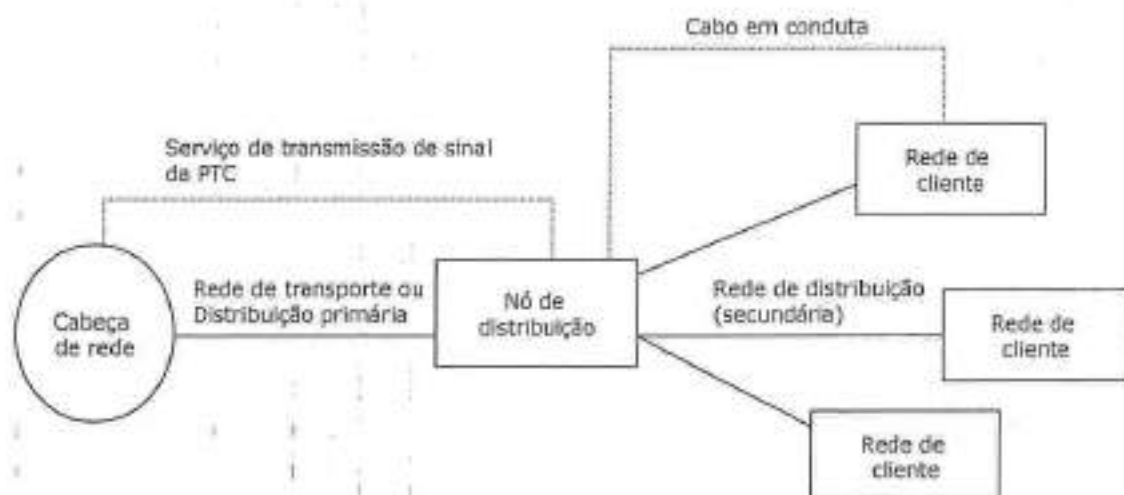
34 - A utilização de satélite não permite a prestação pelos operadores de televisão por cabo de serviços de telefonia fixa e Internet dado que por si só não tem bidireccionalidade. ---

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

59 - A coincidência geográfica do traçado das auto-estradas com os pedidos apresentados pela Tvtel e Cabovisão verifica-se em alguns troços de

cinco pedidos referidos na Tabela IV anexa à decisão recorrida (doravante designada tabela IV): T1-14, T1-25, T1-22, T1-27 e T1-28. ---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

69 - Tais condutas coincidem geograficamente com os seguintes pedidos:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

80- Esse estudo concluiu que: ---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- O mercado do serviço de televisão por subscrição

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

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

89 – É oferecido aos utilizadores finais do serviço. ---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

102 - A autorização ICP-018/TVC abrange os municípios de Abrantes, Alcanena, Alcobaça, Alenquer, Almeirim, Alpiarça, Arruda-dos-Vinhos, Azambuja, Batalha, Benavente, Bombarral, Cadaval, Caldas da Rainha, Cartaxo, Castelo de Vide, Chamusca, Constância, Coruche, Entroncamento, Ferreira do

Zêzere, Gavião, Golegã, Leiria, Lourinhã, Monção, Mafra, Marinha Grande, Marvão, Nazaré, Nisa, Óbidos, Peniche, Porto de Mós, Rio Maior, Salvaterra de Magos, Santarém, Sardoal, Sobral de Monte Agraço, Tomar, Torres Novas, Torres Vedras, Vila Franca de Xira, Vila Nova da Barquinha e Vila Nova de Ourém. ---

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

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

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

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

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

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

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

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

111 - Entre 2001 e 2005 a oferta do serviço de televisão por subscrição era efectuada de forma conjunta com a oferta de Internet, no caso de todos os

operadores, e de serviços de telefone fixo, no caso de todos os operadores à excepção da CATVP. ---

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

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

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

- O mercado retalhista da Internet de banda larga

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

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

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

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

119 - O serviço de Internet prestado por cabo ou por ADSL apresenta funcionalidades semelhantes, nomeadamente acesso permanente, débitos, níveis de preços e qualidade perceptível equivalentes, cobrindo áreas geográficas significativamente sobrepostas, não sendo os custos de mudança de operador para o consumidor significativos. -

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

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

- O mercado de retalho da telefonia fixa

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

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

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

125 - Os planos de negócios das empresas Tvtel e Cabovisão prevêem o fornecimento, sobre cabo coaxial e em conjunto com outros serviços, de serviços

de telefonia fixa por voz, enquadráveis nas mesmas categorias — analógico, RDIS básico e RDIS primário fornecidas pelos outros prestadores de serviço telefónico em local fixo. -

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- A regulação sectorial do mercado

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

136 - O ICP- ICP-ANACOM na deliberação de 17.7.2004, que impõe à PTC a apresentação de uma ORAC, refere que "em muitos casos, as entidades que oferecem redes e serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público deparam-se com dificuldades em replicar o investimento em condutas, em determinadas zonas geográficas, de modo economicamente eficiente, podendo, inclusivamente, existir limitações físicas quanto à própria viabilidade em replicar as condutas, encontrando-se esta condicionada, em determinadas situações, por restrições de ocupação do subsolo que decorrem do estado de saturação do mesmo, ou ainda por restrições municipais", ---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- A posição da PTC nos mercados relevantes

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

161 - Com base nos dados relativos ao número de alojamentos cablados por operador, fornecidos pelo ICP-ANACOM, pela Tvtel, pela CATVP, e pela Cabovisão, a AdC concluiu que, nos anos de 2001, 2002, 2003, 2004 e 2005, as

quotas de mercado aproximadas face ao total nacional foram, respectivamente, de:

- CATVP: 69% em 2001 e 67% nos restantes anos, ---
- Grupo PT (somadas as quotas das empresas maioritariamente detidas pela CATVP - Cabo TV Madeirense e Cabo TV Açoreana): 74% em 2001 e entre 70% e 71% nos restantes anos; ---
- Cabovisão: entre 20% e 22%, ---
- Tvtel: entre 1% e 4%, ---

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

- CATVP: 79%, 77%, 78%, 77% e 75%,
- Grupo PT (somadas as quotas das empresas maioritariamente detidas pela CATVP - Cabo TV Madeirense e Cabo TV Açoreana): 86%, 84%, 85%, 84% e 83%, -
- Cabovisão: entre 12% e 14%; --
- Tvtel de cerca de 1%. ---

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

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

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

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

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

- Cabovisão: entre 32% e 12%; ---

- Tvtel: inferior a 1%. ---

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

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

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

- Recusas de acesso e tempo de resposta

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

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

a) T1-14 - pedido Matosinhos 2, com a referência ENG/EM/209/01, a 24.4.2001 e novamente a 22.4.2003, tendo a PTC respondido a 17.8.2001, recusando acesso a 26% da extensão de conduta pedida; ---

b) T1-17 - pedido Porto 9, com a referência ENG/EM/318/01, a 16.7.2001 e novamente a 22.4.2003, correspondente a 6 células, tendo a PTC respondido a 11.4.2002, recusando acesso a 54% da extensão de conduta pedida; ---

c) T1-19 - pedido Gaia 4, Afurada, com a referência ENG/MS/489/01, a 29.10.2001, e novamente a 22.4.2003, correspondente a 6 células, tendo a PTC respondido a 3.6.2003, recusando acesso a 80% da extensão de conduta pedida; -

d) T1-20 - pedido Gaia 5, OD, GA17 e GA18, com a referência ENG/MS/534/01, a 22.11.2001 e novamente a 22.4.2003, correspondente a 2 células, tendo a PTC respondido a 14.3.2002, recusando acesso entre 70% a 60% da extensão de conduta pedida; ---

e) T1-22 - pedido Gaia 6, Santo Ovidio, GA19 e GA20, a 18.1.2002 e novamente a 22.4.2003, tendo a PTC respondido em data desconhecida, recusando acesso entre 76% a 70% da extensão de conduta pedida; ---

f) T1-24 - pedido Maia 1 a 20.5.2002, a 18.10.2002 e novamente a 22.4.2003, correspondente a 5 células, tendo a PTC respondido em data desconhecida, recusando acesso a 52% da extensão de conduta pedida; ---

g) T1-25 - pedido Matosinhos 3, com a referência ENG/EM/300/02, a 22.8.2002 e novamente a 22.4.2003, tendo a PTC respondido a 26.11.2002, recusando acesso entre 60% a 50% da extensão de conduta pedida; ---

h) T1-26 - pedido Maia 1 (aditamento), com a referência ENG/MS/349/02, a 14.10.2002 e novamente a 22.4.2003, tendo a PTC respondido em data desconhecida, recusando acesso a 28% da extensão de conduta pedida; ---

i) T1-27 - pedido Maia 2, com a referência ENG/MS/350/02, a 14.10.2002, e novamente a 22.4.2003, tendo a PTC respondido em data desconhecida, recusando acesso a 64% da extensão de conduta pedida; ---

j) T1-28 - pedido Maia 2, com a referência ENG/MS/354/02, a 16.10.2002 e novamente a 22.4.2003, correspondente a 5 células, tendo a PTC respondido em data desconhecida, recusando acesso a 74% da extensão de conduta pedida. --

169 - A 26 de Março de 2003 a Tvtel intentou contra a PTC uma providência cautelar que correu termos na 17ª Vara Cível de Lisboa, 2ª secção sob o nº 5776/03.0TVLSB, na qual pediu que a PTC fosse intimada a dar acesso aos seguintes pedidos da Tabela I: T1-14, T1-17, T1-19, T1-20, T1-22, T1-24, T1-25, T1-26, T1-27 e T1-28. ---

170 - E solicitou acesso aos troços correspondentes aos seguintes pedidos:

a) Porto 10, com a referência ENG/MS/414/01, a 24.9.2001, e novamente a 22.4.2003, correspondente a 6 células, tendo a PTC respondido a 11.4.2002 e

reiterado a sua resposta a 29.5.2003, recusando acesso entre 40% a 52% da extensão de conduta pedida; ---

b) Gaia, GA15 e GA16, com a referência ENG/MS/146/02, a 3.4.2002 e novamente a 22.4.2003, tendo a PTC respondido em data desconhecida e reiterado a sua resposta a 29.5.2003, recusando acesso a 70% da extensão de conduta pedida. ---

171 - Na referida providência cautelar a PTC foi citada e apresentou oposição a 31 de Julho de 2003, não tendo sido celebrada qualquer transacção no processo. ---

172 - A 9 de Fevereiro de 2004 foi proferida decisão final que ordenou à PTC que respondesse favoravelmente no prazo máximo de 10 dias úteis a contar de decretada a providência, a todos os pedidos da Tvtel que foram objecto de resposta negativa pela PTC, desde que nas condutas abrangidas por cada um desses pedidos esteja disponível uma área interior correspondente a pelo menos 6,3cm², identificando os pedidos em questão, os quais correspondem aos seguintes pedidos referidos supra: T1-14, T1-17, T1-19, T1-20, T1-22, T1-24, T1-25, T1-26, T1-27 e T1-28. ---

173 - Até ser proferida decisão final a PTC não deu à Tvtel o acesso às condutas ali pedido. ---

174 - A PTC interpôs recurso da decisão ali proferida. ---

175 - Até 4.3.2005 a Tvtel concluiu a construção das células GA18 (referência T1-20) e GA15 (referência do pedido da Tvtel ENG/MS/146/02), ambos os cadastros tendo sido entregues a 7.10.2004, das células MA01 e MA04 (ambos os cadastros tendo sido entregues a 13.10.2004) e das células GA19 e GA20 (referência T1-22) e MA05. --

176 - Na sequência da decisão judicial da providência cautelar a Tvtel instalou cabos em células cujo acesso lhe havia sido recusado. ---

177 - Nessa instalação verificou-se não existir qualquer impossibilidade técnica relativamente à instalação de cabos nas células GA15 (referência do pedido da Tvtel ENG/MS/146/02) e GA18 (referência T1-22 da Tabela I), bem como nas células GA19 e GA20, incluídas no pedido correspondente à referência T1-22 da Tabela I, e MA05. --

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

a) T2-1 BND01X02, referente ao município de Alcobaça e com localização na Benedita, Rua da Gaiata, apresentado a 28.10.2004 e correspondente à passagem de 58 casas, ao qual a PTC respondeu a 9.9.2005, concedendo a totalidade do acesso; ---

b) T2-8 AVR02X03, referente ao município de Aveiro e com localização na Rua Mário Sacramento, n.ºs 57 e 59, apresentado a 20.6.2002 e correspondente à passagem de 28 casas, ao qual a PTC respondeu a 5.8.2002 recusando a totalidade do acesso; ---

c) T2-11 EST01B03, referente ao município de Estarreja e com localização na Rua Lugar da Arrotoinha - Intermarché, apresentado a 7.6.2002 e

correspondente à passagem de 7 casas, ao qual a PTC respondeu a 5.8.2002, recusando a totalidade do acesso; ---

d) T2-14 ESP01, referente ao município de Espinho, apresentado a 4.10.2000 e correspondente à passagem de 2376 casas, ao qual a PTC respondeu a 22.1.2002, recusando 83% dos acessos; ---

e) T2-15 ESP02, referente ao município de Espinho, apresentado a 4.10.2000 e correspondente à passagem de 2041 casas, ao qual a PTC respondeu a 22.1.2002, recusando 93% dos acessos; ---

f) T2-17 AGU01, referente ao município de Vila Nova de Gaia, Aguda, apresentado a 12.12.2001 e correspondente à passagem de 1491 casas, ao qual a PTC respondeu a 1.8.2002, recusando 97% do acesso; ---

g) T2-18 CDL01, referente ao município de Vila Nova de Gaia, Canidelo, apresentado a 26.9.2001 e correspondente à passagem de 1100 casas, ao qual a PTC respondeu a 8.2.2002, recusando 78% do acesso; ---

h) T2-19 CNL01, referente ao município de Vila Nova de Gaia, Canelas, apresentado a 25.10.2001 e correspondente à passagem de 1360 casas, ao qual a PTC respondeu a 16.5.2002, recusando 88% do acesso; ---

i) T2-20 MDL01, referente ao município de Vila Nova de Gaia, Madalena, apresentado a 12.9.2001 e correspondente à passagem de 1210 casas, ao qual a PTC respondeu a 8.2.2002, recusando 82% do acesso; ---

j) T2-21 MDL02, referente ao município de Vila Nova de Gaia - Madalena, apresentado a 12.9.2001 e correspondente à passagem de 1031 casas, ao qual a PTC respondeu a 8.2.2002, recusando 84% do acesso; ---

k) T2-22 SER01, referente ao município de Vila Nova de Gaia, localização Sermonde, apresentado a 20.6.2002 e correspondente à passagem de 843 casas, ao qual a PTC respondeu a 5.8.2002, recusando 93% do acesso; ---

l) T2-23 GDL01X02, referente ao município de Grândola, R. A. Albuquerque, R.D.N.A. Pereira, apresentado a 9.8.2002 e correspondente à passagem de 68 casas, ao qual a PTC respondeu a 9.10.2002, recusando a totalidade do acesso. Nova resposta da PTC a 8.6.2004 permitiu a construção parcial; ---

m) T2-24 GRD06X04, referente ao município da Guarda, Urb. Quinta das Covas (Jardim das Covas), apresentado a 26.11.2003 e correspondente à passagem de 497 metros (19 casas), ao qual a PTC respondeu recusando a totalidade do acesso; ---

n) T2-25 GRD06X07, referente ao município da Guarda, Av. da Igreja, n.ºs 22, 49 e 51, apresentado a 18.3.2004 e correspondente à passagem de 20 casas, ao qual a PTC respondeu a 14.6.2004, recusando a totalidade do acesso; ---

o) T2-26 GFN01X02, referente ao município de Ílhavo, Gafanha da Nazaré, na Rua Afonso de Albuquerque, n.º 40, apresentado a 2.5.2002 e correspondente à passagem de 10 casas, ao qual a PTC respondeu a 5.8.2002, recusando a totalidade do acesso; ---

p) T2-27 GFN02X03, referente ao município de Ílhavo, Gafanha da Nazaré, na Av. José Estêvão, n.ºs 398 a 400, apresentado a 2.5.2002, correspondente à passagem de 15 casas, ao qual a PTC respondeu a 5.8.2002, recusando a totalidade do acesso; ---

q) T2-28 LGS04X06, referente ao município de Lagos e com localização na R. Dr. José Francisco M. N. da Silva, apresentado a 5.1.2005, correspondente à passagem de 56 casas, ao qual a PTC respondeu a 16.9.2005, sendo passadas as casas a 21.10.2005; ---

r) T2-31 MTJ05X04, referente ao município de Montijo, R. Joaquim de Almeida, n.º 132, apresentado a 10.7.2002 e correspondente à passagem de 69 casas, ao qual a PTC respondeu a 20.1.2003, recusando a totalidade do acesso; ---

s) T2-32 MTJ06X04, referente ao município de Montijo, Praceta Cidade de Braga, apresentado a 5.1.2005 e correspondente à passagem de 20 casas, ao qual a PTC respondeu a 15.3.2005, sendo passadas as casas a 28.4.2005; ---

t) T2-34 CCJ02X03, referente ao município de Oliveira de Azeméis, Cucujães, na Rua Ordem dos Beneditinos, apresentado a 15.10.2003 e correspondente à passagem de 18 casas, ao qual a PTC respondeu a 23.5.2005, sendo passadas as casas em Novembro de 2005; ---

u) T2-38 PLM02X02, referente ao município de Palmela, e com localização em Ferreira e Monteiro, Lugar de Poços, apresentado a 29.6.2004 e correspondente à passagem de 1 casa, ao qual a PTC respondeu a 29.9.2004, recusando a totalidade do acesso. A Cabovisão desistiu do pedido a 22.10.2004; -

v) T2-39 PNI05X01, referente ao município de Peniche, localização na Av. Manuel João Garcia, apresentado a 18.10.2004 e correspondente à passagem de 32 casas, ao qual a PTC respondeu a 9.9.2005, sendo passadas as casas a 29.9.2005; ---

w) T2-40 PTM05, referente ao município de Portimão, apresentado a 11.1.2002 e correspondente à passagem de 1800 casas, ao qual a PTC respondeu a 9.10.2002, recusando 83% do acesso; ---

x) T2-41 PTM06, referente ao município de Portimão, apresentado a 11.1.2002 e correspondente à passagem de 1800 casas, ao qual a PTC respondeu a 9.10.2002, recusando 85% do acesso; ---

y) T2-42 PTM08, referente ao município de Portimão, apresentado a 11.1.2002 e correspondente à passagem de 1941 casas, ao qual a PTC respondeu a 9.10.2002, recusando 92% do acesso; ---

z) T2-43 VLC02X09, referente ao município de São João da Madeira, Vale de Cambra, na Rua do Hospital, Quinta das Regadas, apresentado a 14.12.2004 e correspondente à passagem de 68 casas, ao qual a PTC respondeu a 17.6.2005, sendo passadas as casas a 15.7.2005; ---

aa) T2-46 AMPS, referente ao município de Silves, Armação de Pêra, apresentado a 14.1.2002 e correspondente à passagem de 8728 casas, ao qual a PTC respondeu a 4.4.2002, recusando 87% do acesso; ---

ab) T2-49 STA02X01, referente ao município de Sines, Santo André, Bairro do Pinhal, apresentado a 21.8.2002 e correspondente à passagem de 36 casas, ao qual a PTC respondeu a 14.11.2002, recusando a totalidade do acesso; -

ac) T2-50 VMI01, referente ao município de Arraiolos, Vimieiro, apresentado a 19.7.2001 e correspondente à passagem de 922 casas, ao qual a PTC respondeu a 18.3.2002, recusando a totalidade do acesso. ---

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

a) T2-3 ARA01X02, referente ao município de Aveiro e com localização em Aradas - Rua Direita, n.ºs 68 e 70, apresentado a 20.6.2002 e correspondente à passagem de 20 casas, ao qual a PTC respondeu a 5.8.2002, recusando a totalidade do acesso; ---

b) T2-13 EIR05Z02, referente ao município de Coimbra e com localização em Eiras-Coselhas, apresentado a 8.3.2004, ao qual a PTC respondeu a 17.5.2004, recusando a totalidade do acesso, tendo novamente respondido a 7.10.2005, autorizando a construção; ---

c) T2-16 FUN02B02, referente ao município do Fundão, Rua Aurélia Pinto, apresentado a 19.2.2004, ao qual a PTC respondeu a 19.7.2004, recusando o acesso; ---

d) T2-33 NZR01X06, referente ao município da Nazaré, Av. de Badajoz, apresentado a 18.10.2004 e correspondente à passagem de 11 casas, ao qual a PTC respondeu a 9.9.2005, autorizando o acesso; ---

e) T2-35 SRU01X01, referente ao município de Oliveira de Azeméis, Santiago Riba UL, apresentado a 16.4.2002 e correspondente à extensão de rede e passagem de 20 casas, ao qual a PTC respondeu a 22.5.2002, recusando a totalidade do acesso; ---

f) T2-36 OIA01X01, referente ao município de Oliveira do Bairro, Oia, na Travessa do Cascão, apresentado a 15.3.2002 e correspondente à passagem de 32 casas, ao qual a PTC respondeu a 5.8.2002, recusando a totalidade do acesso; ---

g) T2-37 OIA01X05, referente ao município de Oliveira do Bairro, Oia, na Rua do Vieiro, Edif. Santo António, apresentado a 28.6.2002 e correspondente à passagem de 9 casas, ao qual a PTC respondeu a 5.8.2002, recusando a totalidade do acesso; ---

h) T2-44 QTC04X10, referente ao município de Sesimbra, Quinta Conde, Rua das Palmeiras, apresentado a 28.9.2004 e correspondente à passagem de 14 casas, ao qual a PTC respondeu a 15.11.2004, recusando parcialmente o acesso; -

i) T2-45 BJA01X09, referente ao município de Setúbal, Brejos de Azeitão, R. Catarina Eufémia, apresentado a 28.9.2004 e correspondente à passagem de 29 casas, ao qual a PTC respondeu a 15.11.2004, recusando parcialmente o acesso; ---

j) T2-47 SIN01Z01, referente ao município de Sines, na Rua António Aleixo, apresentado a 27.3.2002 e correspondente à passagem de 109 casas, ao qual a PTC respondeu a 29.4.2002, recusando a totalidade do acesso; ---

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

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

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

180 – Relativamente aos pedidos referidos em 179 existia uma alternativa às condutas da PTC para a construção da rede por cabo. ---

- tempo de resposta

181 - A projecção da cablagem da rede da CATVP na área do grande Porto foi efectuada em 2 anos. ---

- instalação de cabos em condutas em que havia tido lugar a recusa

182 - A CATVP não efectuou a passagem da rede em algumas casas por falta de condutas da PTC disponíveis para alugar. ---

183 - Em carta de 18.10.2002 dirigida aos operadores, a PTC refere que as condições de oferta se mantêm inalteradas desde antes de Abril de 2002, e refere haver necessidade de dois tubos vagos para manutenção e expansão conforme doc. fls. 119 que aqui se dá por reproduzido. ---

184 - Não há qualquer documento junto ao processo, emanado da PTC e com data anterior a Outubro de 2002, que faça referência à necessidade de tubos vagos. ---

185 – No dia 16 de Abril de 2003 realizou-se uma reunião entre a PTC e a Tvtel, constando da respectiva acta que: "Foi referido por parte da PT que, a partir do 2º semestre de 2002, esta teria adoptado um critério técnico uniforme quanto à apreciação de pedidos de disponibilização de espaço em condutas, sendo que o acesso a essas apenas poderia ser disponibilizado em troços nos quais houvesse, ao lado das condutas relativamente às quais aquele acesso fosse pedido, um tubo de conduta vazio para permitir intervenções de manutenção. O Eng. Virgílio Cruz afirmou ter a adopção dos referidos critérios técnicos constituído uma decisão operacional exclusivamente interna da PT e que teria sido objecto de comunicação à ICP-ANACOM", conforme doc. fls. 116 que aqui se dá por inteiramente reproduzido. ---

186 – A expansão da rede de condutas e infra-estruturas da PTC a partir de 2001 resultou do cumprimento das obrigações do contrato de concessão (em que se inclui a prestação do serviço universal), bem como da ampliação da rede de cabos para crescimento e melhoria da qualidade.

187 – A PTC considera a necessidade de furos vagos uma justificação das recusas efectuadas. ---

188 - É vantajoso ser deixado um furo vago para operações de manutenção, atenta a necessidade de haver espaço ao lado dos cabos colocados, para se fazer a "transferência de tráfego" para os cabos laterais quando o cabo inicialmente instalado tiver que ser reparado. ---

189 - As recusas de acesso a condutas com invocação do argumento da necessidade de um furo vago para expansão da rede não foram acompanhadas da indicação de planos concretos de expansão da rede.

190 - Os tubos em regra têm 9 cm de diâmetro – 63,6 cm². ---

191 - Os cabos Tvtel em regra são dois: C500 de 1,27cm e 1 RG11 – espessura de 1 cm – ambos no total de 2,27 cm ou 4,01 cm². ---

192 - A Tvtel tem instalado cabos nas condutas da PTC, na sequência da decisão referida no facto nº 172), em troços em que não existem furos vagos, sem qualquer indicação de existência de problemas técnicos consequentes.

193 - No caso da instalação de cabos nas condutas referidas na Tabela I, efectuada na sequência da decisão referida no facto nº 172), verificou-se não ter sido efectuada a expansão da rede entre o momento da recusa e o da construção da rede. ---

194 - Nas condutas em que foi negada autorização à Tvtel para instalação de cabos existia espaço para instalação dos referidos cabos. ---

- cedência de acesso à rede entre cabeceiras de rede, entre a cabeceira e as células e entre as células

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- critérios de acesso

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

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

- processo e formalismo contratual

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

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

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

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

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

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

215 - Os dossiers dos pedidos de acesso e utilização de infra-estruturas são remetidos às entidades para autorização, incluindo o Grupo PT e as Câmaras Municipais, apenas se passando à execução dos projectos quando reunidas todas as autorizações necessárias. ---

216 - As respostas da PTC aos pedidos de instalação da Cabovisão são efectuadas sob a forma de devolução dos mapas, com sinalização a cores dos troços (i) licenciados, (ii) em que se verifica impossibilidade de utilização do troço, (iii) troço alternativo e (iv) troço a ver em obra. ---

217 - Em 2001 o tratamento dos pedidos de acesso a condutas da Cabovisão e da Tvtel passou a ser efectuado num departamento da PTC que centralizou todos os pedidos nacionais. ---

- as condutas da PTC enquanto infra-estrutura essencial

218 - As condutas são infra-estruturas que permitem a passagem de cabos e, tendo em conta a necessidade de interligação dos cabos, constituem uma rede de condutas interconectada. ---

219 - O estudo da AdC sobre a viabilidade do investimento em infra-estruturas próprias referido no facto nº 83) foi elaborado a partir dos dados apresentados no estudo referido no facto dado como provado sob o nº 78). ---

- A remuneração do acesso recusado

220 - As condições de cedência de espaço às operadoras são propostas pela PTC.

221 - A recusa de acesso às redes de condutas da PTC referidas nas tabelas I a III não foi por esta justificada com base na insuficiente remuneração do mesmo.

- Carácter anti-concorrencial da prática

222 - A 16 de Julho de 2003 o ICP-ANACOM elaborou um relatório na sequência de uma inspecção às condutas da PTC que se encontra junto a fls. 1512 e cujo teor aqui se dá por inteiramente reproduzido. ---

223 - A existência da oferta de televisão por subscrição por parte de empresas não ligadas ao Grupo PT constitui uma possibilidade de escolha para os consumidores que, por si só, é geradora de bem-estar. ---

224 - O facto de haver concorrentes no mercado incentiva os operadores a oferecerem condições mais vantajosas para os consumidores. ---

- Susceptibilidade de afectação do comércio entre os estados-membros

225 - O acesso às condutas para colocação de cabos permite a prestação de serviços em rede. ---

- Culpa

226 - A PTC sabe que os operadores de televisão por cabo procuram condutas e outros meios para colocação dos cabos das respectivas redes, tendo em vista a oferta de serviços nos mercados a jusante, da televisão por subscrição, telefone fixo e Internet de banda larga. ---

227 - A PTC ao recusar o acesso às suas condutas correspondente aos pedidos da Tvtel, indicados na Tabela I, quis agir da forma por que o fez. ---

228 - A PTC ao recusar o acesso às suas condutas correspondente aos pedidos da Cabovisão, indicados na Tabela II, quis agir da forma por que o fez. --

229 - A PTC sabe quem são os concorrentes do Grupo PT nos diversos mercados. ---

230 - A PTC recusou o acesso a condutas em que sabia que havia espaço físico para instalação de cabos. ---

231 - A não utilização dos furos reservados para expansão da rede referida no facto nº 193) é do conhecimento da PTC. ---

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

- da medida da coima

233 - A AdC efectuou um estudo sob a designação de "Estimativa do impacto económico em resultado das práticas restritivas da concorrência verificadas" que se encontra junto aos autos a fls. 6173 a 6264 e que aqui se dá por reproduzido. ---

234 - Carlos Duarte Magalhães enviou à Autoridade da Concorrência a 6.11.2006 a carta junta a fls. 6265 a 6268 que aqui se dá por reproduzida. ---

235 - A PTC cumpriu a decisão referida no facto nº 172) e deu acesso à Tvtel às condutas constantes do pedido. ---

236 - Encontra-se pendente acção judicial de responsabilidade civil com vista ao ressarcimento dos danos reclamados pela Tvtel na sequência das recusas de acesso a condutas da PTC. ---

237 - Consta do Preâmbulo do texto do ICP-Anacom "*Sentido Provável da Decisão do ICP-ANACOM sobre o acesso às condutas*", §8, que: ---

"Em muitos casos, as entidades que oferecem redes e serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público deparam-se com dificuldades em replicar o investimento em condutas, em determinadas zonas geográficas, de modo economicamente eficiente, podendo, inclusivamente, existir limitações físicas quanto à própria viabilidade em replicar as condutas, encontrando-se esta condicionada, em determinadas situações, por restrições de ocupação do subsolo que decorrem do estado de saturação do mesmo, ou ainda por restrições municipais.

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

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

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

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

Adicionalmente, a promoção da transparência nas condições de acesso a condutas e infra-estrutura associada contribuirá para um melhor funcionamento

do mercado, sem prejuízo de competir ao ICP-ANACOM a fiscalização do estabelecido na presente deliberação.”.

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

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

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

3. Quanto às condições de acesso:

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

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

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

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

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

3. A concessionária deve submeter ao ICP-Anacom, para verificação da conformidade com os elementos mínimos determinados, uma oferta de referência para acesso e utilização às condutas e infra-estrutura associada de que seja proprietária ou cuja gestão lhe incumba, a qual deverá respeitar os princípios da transparência, não discriminação e orientação dos preços para os custos.”.

240 - A arguida PTC, S.A. apresentou em 2006 um volume de negócios de 1.891.889.967 euros. ---

241 - Cada célula abrange em média entre 1500 e 2000 casas. ---

242 - Para os operadores de televisão por cabo que pretendem oferecer também serviços de telefonia fixa e internet de banda larga o recurso a tecnologia de transmissão por satélite, para a prestação dos três serviços, não é uma alternativa economicamente viável, à construção de uma rede cabo. ---

243 - Para os operadores de televisão por cabo que pretendem oferecer também serviços de telefone fixo e internet de banda larga, são relevantes os seguintes factos:

a) o facto de o satélite implicar a colocação de equipamento bi-direccional em cada cliente e, por conseguinte, não servir, por si só, para prestar serviços de telefone e Internet; ---

b) os investimentos efectuados; ---

c) o plano técnico e económico a que o operador está vinculado com base na autorização; ---

d) o facto de os condomínios poderem recusar a colocação de antenas nos prédios nas zonas urbanas; e ---

e) a escala necessária à rentabilização do investimento. ---

244 - A PTC sabe que a utilização de satélite para a prestação de serviços de telefonia fixa e Internet de banda larga não é uma alternativa economicamente viável porque exige a colocação de equipamento bidireccional em cada cliente. --

245 - A PTC justificou a ausência de resposta positiva aos pedidos de autorização da Tvtel designadamente com a ausência de espaço para colocação dos cabos. ---

246 - A PTC quando recusou o acesso às suas condutas umas vezes invocou a necessidade de ter um furo vago para manutenção da rede, outras a necessidade de ter um furo vago para expansão da rede e outras a necessidade de ter dois furos vagos para manutenção e expansão da rede, razões que entende justificarem a recusa. ---

247 - Existem condutas da PTC nas quais foram colocados cabos, em que não existiam tubos ou furos vagos. ---

248 - O tratamento dos pedidos da CATVP é efectuado com base num contrato de cedência de infra-estruturas à CATVP (rede de distribuição) que prevê que os pedidos passem pela apresentação de um plano. ---

249 - A PTC usa infra-estruturas da rede da EPAL, da rede da BRISA, da rede da ANA-Aeroportos e da rede da Junta Autónoma de Estradas. ---

250 - Ao pedido T2-24 GRD06X04 referido na Tabela II a PTC respondeu a 27 de Fevereiro de 2004, recusando a totalidade do acesso, tendo posteriormente, a 8 de Junho de 2004, disponibilizado o acesso na sua totalidade.

251 - Na rede telefónica da PTC é frequente a passagem de cabos pelas fachadas dos edifícios. ---

252 - O Grupo PT disponibiliza, por imposição do regulador sectorial ICP-ANACOM, duas ofertas grossistas diferentes nos mercados grossistas conexos ao mercado retalhista do acesso à Internet em banda larga: a Oferta de Referência de Acesso ao Lacete Local (ORALL) e a Rede ADSL PT. ---

253 - As operadoras de telecomunicações utilizam a oferta grossista "Rede ADSL PT" para prestar serviços retalhistas de internet de banda larga. ---

254 - No Reino Unido a operadora de televisão por subscrição BSkyB recorre exclusivamente a DTH (Direct to Home) para prestar o respectivo serviço e é líder de mercado. ---

255 - Em Espanha, a Sogecable (DigitalPlus) recorre unicamente ao satélite para prestar o serviço de televisão por subscrição aos seus clientes sendo líder de mercado. ---

256 - Com base na ORALL, qualquer operador pode oferecer serviços de telefonia fixa, de acesso de banda larga à Internet e de televisão por subscrição através da tecnologia IPTV. ---

257 - Os primeiros pedidos de acesso a condutas da PTC por parte de operadores de redes de cabo, surgiram, de uma forma mais regular, por volta de 1994, altura em que foram concedidas as primeiras licenças para o efeito pelo ICP - ICP-ANACOM. ---

258 - No ano 2000 o serviço telefónico fixo foi liberalizado em Portugal, tendo surgido vários operadores desse serviço. ---

259 - A partir de finais da década de 90 começaram a surgir novas tecnologias empregues na prestação de serviços de telecomunicações, que requeriam a utilização de espaço em condutas para instalação de novos cabos, como sejam o UMTS, que carece da utilização de fibra óptica nas condutas; o serviço de ADSL (Internet em banda larga); a rede ETHERNET (ligações de muito alta velocidade, de ponto a ponto, em fibra óptica) e as necessidades de redundância/securização (cada vez mais solicitadas, designadamente, por empresas e instituições de crédito que necessitam de ter duas linhas em alternativa, por forma a que, se uma deixar de funcionar, exista outra que mantenha a ligação à rede, o que pressupõe a duplicação dos pares de cobre e fibra óptica instalados). ---

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

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

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

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

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

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

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

3.2 – Matéria de facto não provada

Não se provaram os seguintes factos da acusação:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

13 – A coincidência mínima entre a rede de condutas da ONI e as condutas da PTC às quais o acesso para colocação de cabos de operadores foi recusado, resumida na Tabela IV, demonstra que, ainda que esta rede possa constituir uma

alternativa pontual, não tem capilaridade suficiente de forma a constituir uma alternativa às condutas da PTC para efeitos de cablagem. ---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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


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

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

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

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

40 - A mera detenção de uma infra-estrutura essencial como a rede de condutas onde está instalada a rede básica de telecomunicações, relativamente à qual não existe alternativa de âmbito nacional, confere à PTC posição dominante, porque, sendo a única com dimensão nacional, as actividades dos operadores a

40 

jusante e que concorrem com as sociedades do Grupo PT ao nível da oferta retalhista dependem do acesso a tal rede de condutas. ---

41 - As infra-estruturas da PTC são essenciais para o desenvolvimento das actividades de prestação dos serviços de televisão por subscrição, telefonia fixa e internet de banda larga por cabo. ---

42 - A integração vertical existente no Grupo PT, traduzida na detenção e oferta de condutas onde está instalada a rede básica de comunicações electrónicas, necessárias para a passagem de cabos utilizados na prestação de serviços de televisão por subscrição, reforça o carácter independente da sua actuação neste mercado. --

43 - O Grupo PT actua de forma livre e independente, não se verificando existir um contrapoder dos concorrentes, clientes ou consumidores. ---

44 - A integração vertical existente no Grupo PT, traduzida na detenção e oferta de condutas, necessárias para a passagem de cabos utilizados na prestação de serviços de Internet de banda larga, por cabo ou ADSL, reforça o carácter independente da sua actuação neste mercado. ---

45 - A integração vertical existente no Grupo PT, traduzida na detenção e oferta de condutas, necessárias para a passagem de cabos utilizados na prestação de serviços de telefonia fixa, por acesso directo ou indirecto, e a simultânea prestação destes tipos de serviços pelo Grupo PT, reforça o carácter independente da sua actuação neste mercado. ---

46 - Relativamente aos pedidos da Tabela I a recusa de acesso da PTC inviabilizou a construção da rede à data. ---

47 - O pedido T1-14, T1-22, T1-25, T1-26 e T1-27 da tabela I correspondem a 5 células, 6 células, 3 células, 5 células e 5 células, respectivamente. ---

48 - Nos casos de recusa parcial existiu também uma recusa total na medida em que a recusa parcial inviabilizou a totalidade do projecto. ---

49 - Relativamente aos pedidos identificados no art. 394º da decisão a recusa de acesso da PTC inviabilizou a construção da rede à data. --

50 - Ao pedido T2-24 GRD06X04 referido na Tabela II, a PTC respondeu em 1 de Março de 2004. ---

51 - O carácter descontinuo das condutas às quais foi autorizado acesso inviabiliza técnica e economicamente a instalação solicitada. ---

52 - A PTC não manteve desde 2000 uma política geral uniforme e inequívoca de gestão do acesso a condutas. --

53 - As condutas onde foram colocados cabos sem que existissem tubos ou furos vagos eram zonas de conduta única em que a CATVP passou cabos ou zonas de conduta única em que Tvtel passou cabos. ---

54 - Os pedidos de acesso da CATVP são informais, não havendo registos dos mesmos. ---

55 - O contrato de cedência de infra-estruturas à CATVP (rede de distribuição) prevê que os pedidos se concretizem em solicitações informais, das quais alegadamente não há registo. ---

56 - A CATVP efectua os seus pedidos directamente às áreas locais de negócio da PTC e não a um serviço central. ---

57 - O carácter informal das relações contratuais relativas ao acesso traduz-se numa situação de tratamento pela PTC diferenciado entre a CATVP, empresa do Grupo PT, e as restantes empresas. ---

58 - Os operadores de televisão por subscrição necessitam de ter uma rede cabo para prestarem os respectivos serviços. ---

59 - A utilização do serviço de transmissão de sinal não é uma alternativa à rede de condutas da PTC para efeitos dos pedidos, de rede secundária, constantes das Tabelas I, II e III. Nos termos explanados no ponto II.A.1.1.2.3. da presente Decisão e nos termos da Tabela IV, não há redes de condutas ou outras alternativas gerais à rede de condutas da PTC e, em especial, não há alternativas para construção dos pedidos constantes das Tabelas I e II. ---

60 - A duplicação de condutas através da construção de rede de condutas própria não é uma alternativa à rede de condutas da PTC. ---

61 - Em resultado da recusa de acesso às condutas objecto dos pedidos constantes das Tabelas I e II, as concorrentes do Grupo PT, Cabovisão e Tvtel, não puderam prestar serviços de televisão por subscrição, Internet de banda larga e telefonia fixa às casas não cabladas em virtude da não instalação de cabos destes operadores nas referidas condutas. ---

62 - As recusas da PTC de acesso às condutas tiveram como objecto e efeito a criação de barreiras ao desenvolvimento da rede da Tvtel e da Cabovisão, operadores de televisão por subscrição concorrentes do Grupo PT. ---

63 - Como consequência das recusas de acesso à rede, os concorrentes do Grupo PT não tiveram a possibilidade de cablar zonas residenciais novas. ---

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

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

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

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

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

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

70 - A restrição da concorrência resultante da prática da PTC teve como efeito uma perda de receitas e lucros dos operadores concorrentes, bem como uma diminuição de bem-estar dos consumidores resultante da impossibilidade de operadores alternativos à CATVP prestarem serviços de televisão por subscrição,

Internet de banda larga e telefonia em local fixo, na medida em que uma maior oferta permitiria descidas de preços e melhorias de qualidade de serviço. ---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

80 - A PTC recusou os pedidos constantes da Tabela I e II, cujos troços não têm alternativa à rede de condutas daquela empresa, o que traduz o facto de a

PTC ter querido recusar os pedidos, independentemente de os mesmos terem alternativas. ---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4

a obtenção de economias de escala e de rede, seja por aumentar custos e gerar problemas de retorno financeiro e de financiamento. ---

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

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

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

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

Não se provaram os seguintes factos da impugnação:

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

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

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

96 - arts. 1068º e 1069º, 1090º

97 - art. 1091º

98 - art. 1093º

99 - arts. 1218º e 1220º

3.3-Fundamentação da matéria de facto

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

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

Já em processo contra-ordenacional a situação não é exactamente esta dado que está em causa um recurso. Significa isto que o objecto do processo é fixado em função do conteúdo do articulado de impugnação. Daqui resulta que não há que produzir prova sobre os factos aceites pelo arguido. Não se trata aqui

de prova por confissão no sentido que esta pode ter no direito civil, isto é, não se consideram os factos provados por o arguido não os ter especificadamente impugnado. Aqui vale o princípio da presunção de inocência e o consequente ónus de prova pela acusação. O que se passa é que só tem que ser produzida prova e apreciada a factualidade posta em causa pelo arguido. Os factos constantes da decisão recorrida que o arguido não questiona ficam fora do objecto do recurso. ---

3.3.1 – Matéria de facto provada

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

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

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

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

referidas testemunhas fosse valorado na totalidade tendo todas demonstrando a sua pré-convicção de que a cometeu a infracção que lhe é imputada. ---

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

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

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

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

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

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

41

Concretizando: ---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Facto 247 - depoimento da testemunha José Lagarto e Vítor Franco

Facto 248 - doc. fls. 741, 1105

Facto 249 - doc. fls. 7248 a 7294

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

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

Facto 252 - depoimento das testemunhas Helena Féria, Rui Cardoso

Facto 253 - depoimento das testemunhas Helena Féria, Rui Cardoso

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

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

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

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

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

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

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

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

Facto 263 - doc. fls. 1771

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

3.3.2 – Matéria de facto não provada

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

Concretizando: ---

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

Facto 2 - O facto é alegado a propósito da prestação do serviço de televisão por subscrição. Ora o que ficou provado foi que o satélite não é alternativa para prestação conjunta de serviços de televisão por subscrição,

internet de banda larga e de telefonia fixa uma vez que, por si só, não tem a necessária bi-direccionalidade. Já para os serviços de televisão por subscrição a rede satélite é uma alternativa à rede por cabo pelas razões constantes da fundamentação da matéria de facto provada sob os n.º 242 e 243º que aqui se dá por reproduzida, tendo aliás ficado provado que o serviço de televisão por subscrição tanto pode ser prestado por cabo como por satélite (facto n.º 32). ---

Factos 3 e 4 - Os doc. fls. 2229, 2507, 2716, 2843, 2844, 2845, 2846, 2847, 2849, 2850, 2851, 3032, 3033, 3034, 3036, 3047, 3064, 3065, 3066, 3067, 3068, 3069, 3070 em que a autoridade funda a prova dos factos não têm a força probatória que a AdC lhes atribui dado serem meros relatos elaborados pela própria AdC de conversas telefónicas tidas com pessoas aparentemente relacionadas com os serviços municipalizados e empresas de águas e saneamento, não se encontrando os referidos "relatos" comprovados pelos próprios "inquiridos" cuja identidade não está, sequer, minimamente comprovada. ---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por outro lado, na audiência de julgamento não foi feita qualquer prova relativa aos concretos troços em que a PTC recusou acesso. Nenhuma das testemunhas ouvidas em julgamento foi confrontada com as plantas referentes

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

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

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

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

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

Já a testemunha Manuel Silva esclareceu que relativamente ao pedido T1-4 da Maia, que havia sido recusado a 52%, a Tvtel construiu a rede na sua totalidade sendo certo que, depois de instaurada a providência cautelar contra a PTC apenas veio a usar 10% do espaço em conduta inicialmente recusado porque

44

já tinha construído os remanescentes 90%. Significa isto que dos 52% inviabilizados pela PTC só não haveria alternativa num troço correspondente a 10%. Consequentemente, a recusa da PTC no caso não inviabilizava a construção da rede em 52% mas, quando muito, em 10%. ---

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

As testemunhas José Pires e Ângelo Sarmento referiram que na zona do Grande Porto há freguesias que têm postes e outras que não. Esta última testemunha esclareceu que a EDP tem postes de baixa tensão sobretudo em zonas rurais e semi-urbanas, definindo as zonas semi-urbanas como as zonas periféricas das cidades. Esclareceu que há zonas que já não podem ser consideradas periféricas, porque com o crescimento das cidades acabaram por ficar dentro das actuais zonas urbanas e que, no entanto, têm postes porque quando os bairros foram construídos eram periféricos (e a EDP tem postes nas zonas periféricas). Nestes casos o objectivo é ir substituindo os postes por cabos subterrâneos, o que vai sendo feito quando há obras dos municípios. Relativamente ao município de Gaia limitou-se a referir que na zona central os cabos da EDP são subterrâneos mas que ainda há bairros antigos em que a rede eléctrica é aérea, ou seja, suportada em postes. Sobre a Maia disse que, sendo uma zona mais recente, os cabos de electricidade tendem a ser subterrâneos. ----

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

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

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

Ora não constando do processo qualquer documento da Portgás a apreciar um pedido de acesso aos cabodutos (nem aliás qualquer pedido concreto efectuado a tal empresa), nem qualquer documento da Portgás a recusar o acesso,

sendo certo que não foi ouvida nenhuma testemunha ligada a esta empresa, não se pode dar o facto por provado. ---

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

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

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

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

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

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

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

Face a estas informações, não está suportada a conclusão de que as alternativas são pontuais já que relativamente a alguns troços a Galp informou ter

(4)

cabodutos e relativamente a outros nada se sabe, quer porque a informação não foi prestada pela EDP quer porque nem sequer lhe foi solicitada. ---

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

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

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

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

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

ter qualquer obstáculo à passagem destes cabos nas condutas de saneamento (fls. 3481). ---

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

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

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

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

Factos 17 a 20 - Não ficou provado que o facto de a PTC ter recusado o acesso às suas condutas nos casos identificados na decisão limite o desenvolvimento das redes dos operadores concorrentes do Grupo PT. À fundamentação da resposta dada aos factos assentes sob os nº 242º e 243º, que aqui se dá por reproduzida e que demonstram que o satélite é uma opção alternativa ao cabo para prestação de serviços de televisão por subscrição, acresce que ficou demonstrado pelo depoimento das testemunhas que há outras alternativas ao uso das condutas da PTC e que há outras alternativas à passagem de cabo para prestar serviços de internet de banda larga e telefonia fixa. ---

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

Assim, a possibilidade em abstracto existe. Ora não foi feita prova de que, em concreto e nos casos em relação aos quais a PTC é acusada, a alternativa de uso dos postes, da EDP ou de câmaras municipais, não fosse possível ou viável. Com efeito, não ficou demonstrado que nas zonas a que respeitam os pedidos em causa nos autos não existissem postes. Como já referido, não foi trazida a depor nenhuma testemunha que localizasse em concreto as zonas, que as identificasse e

que, com conhecimento directo e objectivo, atestasse que naquelas concretas ruas e zonas não havia postes da EDP (de baixa tensão). Mesmo as testemunhas da Tvtel e Cabovisão trazidas a depor não foram confrontadas com a localização concreta e limitaram-se a referir que naquelas zonas não há postes. Também não foi junto qualquer documento que demonstre a inexistência de postes na generalidade daquelas áreas geográficas. A prova tinha que ser feita em relação aos locais concretos e não de modo geral e abstracto face ao que se explanou supra na fundamentação da não prova dos factos nº 5 e 6. ---

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

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

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

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

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

A este propósito é de referir que os dois estudos juntos pela AdC para demonstrar a irreplicabilidade em termos económicos das condutas da PTC não têm a força probatória que a AdC lhes atribui. Com efeito o estudo de custos para implementação de células de televisão por cabo foi elaborado por uma entidade

desconhecida e que, pela descrição feita pela AdC e atendendo ao objecto social da Tvtel, até pode ter sido por esta elaborado, o que lhe retira toda a credibilidade por não ser possível aferir da sua isenção e idoneidade. Por outro lado o estudo da própria AdC sobre a Análise de Viabilidade de Investimento em Infra-estrutura própria parte das conclusões daquele primeiro estudo e, por conseguinte, está também ele inquinado. ---

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

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

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

É certo que ficou demonstrado que o plano de negócios da Cabovisão e da Tvtel pressupunha a utilização das condutas da PTC. Porém, a elaboração do plano de negócio é da responsabilidade de cada uma das empresas e não podem as mesmas responsabilizar a PTC por em algum ou alguns troços tal utilização não ser possível. Se as duas empresas estabeleceram um plano de negócio que tem como pressuposto a utilização de um bem de terceiro ficam sujeitas às contingências inerentes ao uso de bem de terceiro: o mesmo pode não ser

efectivamente possível. Caberia a um gestor prudente e diligente prever tal possibilidade e perspectivar alternativas para o caso de a referida utilização não ser, por algum motivo, possível. Não o fazendo, sujeitam-se às consequências. ---

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

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

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

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

E tal conclusão não é legítima designadamente por não ter ficado demonstrado que a CATVP, operadora por cabo à data integrada no Grupo PT, tivesse acesso privilegiado à rede ADSL ou que o fizesse em termos diversos daqueles que a PTC coloca à disponibilização de todos os operadores por cabo existentes no mercado (não foi junto qualquer documento neste sentido nem qualquer das testemunhas inquiridas referiu que a CATVP tivesse um tratamento diverso das outras operadoras no acesso ao serviço ADSL da PTC). Por conseguinte também não se pode afirmar que a CATVP tenha um acesso à rede cobre da PTC diverso daquele que têm os restantes operadores ou que estes tivessem que construir na totalidade a infra-estrutura necessária para a passagem dos cabos e aquela não. A CATVP era uma empresa do grupo PT mas não ficou provado que por esse facto acesse livre ou gratuitamente à rede cobre da PTC ou que contratasse com a PTC o serviço ADSL de acordo com uma tabela de preços diversa daquela que a PTC aplicava aos restantes operadores. ---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4

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

Assim, ficam por demonstrar as conclusões da AdC de que não há alternativa às condutas da PTC para construir a rede de televisão por cabo; de que a PTC não tem concorrência relevante; de que o acesso às redes da PTC é essencial para que os operadores de televisão por subscrição possam construir a respectiva rede e prestar os serviços de televisão, voz e internet de banda larga (seja por cabo ou por outro meio) e de que a detenção das condutas onde está instalada a rede básica de telecomunicações confere à PTC posição dominante. --

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

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

Facto 50 - infirmado pelo facto provado sob o n.º 249. ---

Facto 51 - Dá-se por reproduzida a fundamentação relativa à não prova dos factos n.º 5, 6, 10, 17 a 23. ---

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

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

2

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

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

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

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

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

Uma análise crítica da prova produzida, e tendo em mente que a factualidade tal como invocada pela AdC foi contestada pela PTC, leva a que se dê como provado apenas o que consta dos factos provados, ficando por demonstrar que a PTC não tivesse uma política geral, uniforme e inequívoca de gestão do acesso a condutas. A gestão das condutas tem que obedecer a critérios mas os critérios variam consoante as situações, consoante o número de tubos

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

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

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

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

espaço disponível tendo em conta eventuais necessidades de manutenção e expansão. ---

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

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

Dizer que a PTC não tinha uma política geral, uniforme e inequívoca pretende significar que geria o aluguer de espaço a seu belo prazer, concedendo ou recusando consoante conveniências suas, não justificáveis objectivamente e, até, discriminatórias, o que não ficou provado. Não significa isto que tenha ficado provado que a PTC actuou sempre correctamente ou que não tenha havido situações de erro na apreciação dos pedidos. Sucede, porém, que a acusação não logrou demonstrar que os casos de recusa em causa nos autos não se justificavam objectivamente ou que a recusa era intencional com vista a impedir o operador de construir a sua rede ou de beneficiar um outro operador, no caso a CATVP, e essa prova cabia à acusação. ---

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

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

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

9

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*

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

3.4 – Fundamentação fáctico-jurídica e conclusiva

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

Esta consagração a nível constitucional deve-se ao facto de a defesa e promoção da Concorrência são fundamentais para assegurar o saudável funcionamento do mercado. Na realidade em que vivemos a concorrência perfeita (sistema em que grande números de pequenos fornecedores abastece o mercado com o mesmo tipo de produtos ou serviços, a preços idênticos, e sem qualquer tipo de colusão entre si) não existe. Vivemos num sistema em que se torna necessário organizar de modo eficiente a actividade económica, preservando sempre um certo grau de concorrência (i.e., uma dinâmica competitiva saudável), disciplinando a actividade dos vários agentes económicos, garantindo os direitos dos consumidores e em última ratio promovendo a convergência dos esforços na busca de melhor realização do interesse geral. ---

Tendo em mente estes princípios e orientações e sendo evidente que qualquer agente económico, pelo mero exercício do seu direito de liberdade contratual, corolário do princípio da autonomia privada, pode interferir com o regular funcionamento do mercado, impedindo ou dificultando a entrada/permanência de empresas concorrentes no mercado, influenciando a formação da oferta e da procura, ou seja, impedindo a livre circulação de mercadorias e de prestação de serviços, surge a nível nacional a regulação da concorrência, em moldes aliás muito semelhantes aos previstos no direito comunitário. ---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- se foi encetada por uma **empresa** tal como definida na lei da concorrência e se, por conseguinte, está sujeita ao regime da concorrência; ---
- se a empresa tem **posição dominante** no mercado relevante; ---

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

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

A AdC, invocando a aplicação da lei mais favorável, apenas sancionou no âmbito do Dec.lei 371/93 as recusas de acesso quando entendeu que estava em causa uma infra-estrutura essencial, considerando que até à Lei 18/03 todas as recusas de acesso a infra-estruturas, fossem ou não essenciais, eram proibidas. Por seu turno a PTC entende que ao abrigo do Dec.lei 371/93 não era considerada abusiva a recusa de acesso a infra-estruturas essenciais uma vez que tal recusa não estava expressamente prevista na legislação da concorrência, por um lado, e dado não haver, no caso concreto, regulamentação que impusesse o acesso às infra-estruturas da PTC. ---

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

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

a) Da aplicabilidade do regime da concorrência à arguida

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

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

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

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

(L)
civil, quer de pessoas colectivas do direito privado ou público, quer profissionais liberais, etc. ---

Resumindo este conceito lato Miguel Mendes Pereira conclui que "podemos considerar como *empresa*, para efeitos do Direito da Concorrência, a destinatária de normas jusconcorrenciais correspondente a um conjunto organizado de elementos humanos, materiais e imateriais, ordenados funcionalmente para o exercício de uma actividade económica que se traduza em qualquer prestação efectuada contra remuneração no circuito de produção, distribuição ou troca de bens."¹¹. ---

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

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

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

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

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

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

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

O Dec.lei 371/93

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

A PTC defende que, consagrando este preceito uma excepção aplicável às empresas concessionárias de serviços públicos mediante diploma próprio no âmbito e na vigência do respectivo contrato de concessão, e sendo ela uma empresa concessionária de um serviço público, necessitando das suas condutas

¹¹ in Lei da Concorrência Anotada, Cª Editora, p. 70-71.

para garantir o cumprimento das obrigações que lhe advêm da obrigatoriedade de prestar o referido serviço público, está abrangida pela referida excepção e, por conseguinte, o art. 3º do Dec.lei 371/93 não se aplica às situações de recusa de acesso à rede de condutas de que é proprietária. -----

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

Analiseemos. ---

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

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

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

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

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

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

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

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

O que a arguida entende é que, necessitando das suas infra-estruturas (rede de condutas e postes) para prestar o serviço público de que é concessionária e para o fazer de acordo com as obrigações que lhe são impostas por lei e pelo regulador sectorial, a gestão do acesso às condutas e a disponibilização de espaço a terceiros são matérias que interferem com a prestação do serviço público e, por conseguinte, estão abrangidas pela excepção prevista no art. 41º, nº 2. --

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

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

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

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

pelo Dec.lei 40/95, correspondente ao art. 7º, nºs 3) e 4) das actuais Bases da Concessão). ---

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

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

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

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

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

*

A Lei 18/03

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

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

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

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

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

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

A argumentação da PTC de que a AdC avaliou indevidamente as recusas, considerando-as injustificadas quando, na verdade, estão justificadas, não releva nesta sede. Caso se apure que as recusas de acesso tinham justificação, a sua

conduta não poderá ser considerada violadora do art. 6º na medida em que, por lícita, não integra uma prática abusiva. ---

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

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

*

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

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

A segunda questão é uma vez que o art. 86º, actual 106º do Tratado é, no que aqui importa, exactamente igual ao art. 3º, nº 2, da Lei 18/03, têm inteira aplicação as considerações vertidas supra a propósito deste último normativo pelo que, pelas razões aí expressas, há que concluir que a PTC, enquanto gere as infra-estruturas não está a prestar um serviço de interesse económico geral e, por conseguinte, não está abrangida pela excepção aí prevista. --

*

b) Da posição dominante da arguida no mercado relevante

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

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

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

A densificação do conceito de posição dominante, como aliás de quase todos os conceitos neste ramo do direito, tem vindo a ser feita ao longo dos anos pela jurisprudência comunitária, tendo o legislador nacional acolhido na alínea a) do nº 2 do art. 6º, da Lei 18/03, tal como já havia feito na alínea a), do nº 2, do art. 3º, do Dec.lei 371/93, o conceito clássico de posição dominante individual sedimentado pelos Ac. United Brands e Hoffman-La-Roche¹². ---

¹² de 14 de Fevereiro de 1978, proc. 27/76 e de 13 de Fevereiro de 1979, proc. 85/76, respectivamente.

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

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

Para se apurar se uma dada empresa tem uma posição dominante é necessário, previamente, definir o mercado relevante, quer o mercado do produto quer o mercado geográfico. "Com efeito, uma posição dominante não pode, por definição, existir em abstracto mas tão somente em relação a um dado mercado em concreto, no quadro do qual se irá procurar determinar a medida de pressão concorrencial a que está sujeita determinada empresa, de forma a poder concluir se esta tem o poder de eventualmente se comportar independentemente dos seus concorrentes e clientes."¹³ ---

A delimitação do mercado relevante é, pois, um passo fundamental para se determinar se uma empresa tem posição dominante. "O principal objectivo da definição de mercado consiste em identificar de uma forma sistemática os condicionalismos concorrenciais que as empresas em causa têm de enfrentar. O objectivo de definir um mercado tanto em função do seu produto como em função da sua dimensão geográfica é o de identificar os concorrentes efectivos das empresas em causa susceptíveis de restringir o seu comportamento e de impedi-las de actuar independentemente de uma pressão concorrencial efectiva."¹⁴ É, pois, através da definição do mercado que se identificam e definem os limites da concorrência. ---

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

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

Na óptica da procura o mercado é identificado pela existência de um conjunto de produtos, bens ou serviços substituíveis entre si, isto é, que os consumidores vejam como similares para a satisfação de uma dada necessidade.

¹³ Miguel Mendes Pereira, op. cit., p. 151.

¹⁴ §2, Introdução, Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência - 97/C 372/03.

Aqui há que considerar factores como o preço, as características do produto e o seu modo de utilização. ---

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

Dos dois critérios a atender o mais eficaz é o primeiro, ou seja, o critério da análise da substituíbilidade do lado da procura: "Do ponto de vista económico, para a definição do mercado relevante, a substituição do lado da procura constitui o elemento de disciplina mais imediato e eficaz sobre os fornecedores de um dado produto, em especial no que diz respeito às suas decisões em matéria de preços. Uma empresa ou grupo de empresas não pode influenciar de forma significativa as condições de venda prevalecentes no mercado como, por exemplo, os preços, se os seus clientes puderem facilmente transferir a sua procura para produtos de substituição ou para fornecedores situados noutro local. Basicamente, o exercício da definição de mercado consiste na identificação das verdadeiras fontes alternativas de fornecimento para os clientes da empresa em causa, tanto em termos de produtos/serviços como em termos da localização geográfica dos fornecedores."¹⁵. ---

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

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

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

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

¹⁵ Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado § 13.

49

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por outro lado não pode aqui levar-se em linha de conta a posição que a AdC tenha tomado num outro processo, processo que o tribunal desconhece em absoluto (estando, pois, impedido de aquilatar da pertinência do alegado pela PTC e da eventual contradição de posições da AdC) e cuja decisão nem sequer foi junta aos autos. Acresce que, mesmo que a definição do mercado geográfico, nesse outro processo, seja diversa, daí não resulta necessariamente que haja uma contradição. De facto, "o alcance do mercado geográfico pode divergir consoante se trate da análise de uma operação de concentração, caso em que a mesma assume uma natureza sobretudo prospectiva ou da análise de um comportamento anterior. A diferença em termos de horizonte temporal considerado em cada caso pode conduzir à definição de mercados geográficos distintos para os mesmos produtos, consoante a Comissão examine uma alteração na estrutura da oferta como, por exemplo, uma operação de concentração ou uma empresa comum com carácter cooperativo, ou questões relacionadas com um determinado comportamento anterior."¹⁶. --

Finalmente não se percebe o que pretende a arguida dizer quando afirma que segmentar o mercado colocaria problemas insolúveis na aplicação das regras da concorrência e levaria a que se considerasse cada cliente (qual cliente, o

¹⁶ Comunicação da Comissão relativa à definição do mercado, §12º.

operador que procura as condutas ou o cliente final a quem é prestado o serviço de televisão por subscrição, internet de banda larga e telefonia fixa?) um mercado. ---

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

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

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

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

No âmbito dos critérios estruturais o indicador mais forte é o da quota de mercado absoluta detida pela empresa em causa. Como referem Immaculada Gutiérrez e Jorge Padilla "La cuota de mercado de una empresa proporciona información, desde un punto de vista estático, de la participación de dicha empresa en el conjunto del mercado en el que opera, medida habitualmente en términos de volumen de ventas o de unidades físicas comercializadas (producción) o comercializables (capacidad). La cuota de un operador ofrece cierta información sobre su posición en el mercado. Una cuota elevada revela que el operador ha cubierto buena parte de la demanda. Ello puede ser un indicador de que los clientes tienen unas alternativas de suministro limitadas y que, por lo tanto, dependen de él. En este sentido, la cuota suele ser interpretada como una *proxi* de poder de mercado y por ello se considera el punto de partida en una análisis de dominancia."¹⁷. ---

A partir do já citado Ac. Hoffman-la-Roche instituiu-se uma presunção (ilidível) de que uma empresa que detenha uma quota de mercado elevada tem posição dominante (vários têm sido os arestos dos Tribunais de Primeira Instância e de Justiça que entendem que uma quota de mercado de 70%, 75%,

¹⁷ Una Racionalización Económica del Concepto de Posición de Dominio, in El Abuso de la Posición de Dominio, Fundación Rafael Del Pino, Colección Derecho, p.19-20.

80% ou 90% são suficientes para que se considere que uma empresa tem posição dominante, não sendo então necessário analisar quaisquer outros factores – cfr. entre outros Ac. Hilti e Tetra Pak II¹⁸ – desde que essa posição se mantenha estável durante um período de tempo mais ou menos longo---

De igual modo é pacífico o entendimento de que uma empresa que detenha uma quota de mercado muito baixa não tem posição dominante (cfr. Ac. Metro II)¹⁹. ---

Já quando a quota de mercado da empresa em causa se situar num ponto médio, nem muito alta nem muito baixa, então haverá que recorrer a outros factores, tais como o número e a dimensão dos seus concorrentes, sendo de concluir que a empresa tem posição dominante quanto maior for o número de concorrentes e menor a respectiva dimensão face à empresa em causa, sendo neste caso relevante a quota de mercado relativa da empresa (cfr. Ac. United Brands)²⁰. ---

Um outro critério estrutural a considerar é o da existência de barreiras à entrada, isto é, o grau de dificuldade de penetração de outras empresas no mercado em análise. "...uma empresa só logrará exercer poder de mercado, aumentando preços sem perda de vendas, se os seus potenciais concorrentes tiverem dificuldades em entrar no mercado relevante. Se, pelo contrário, a entrada for fácil, uma empresa que aumente os seus preços não conseguirá, em regra, manter a sua quota de mercado, perdendo vendas em benefício de novos entrantes."²¹. ---

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

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

Apurou-se que a rede básica de comunicações da PTC é uma infra-estrutura apta à passagem dos cabos que constituem a rede de comunicações electrónicas dos operadores que pretendem prestar serviços de televisão por subscrição, telefonia fixa e internet de banda larga por cabo. Apurou-se igualmente que a PTC tem a posse da (única) rede básica de telecomunicações,

¹⁸ respectivamente Ac TPI de 12 de Dezembro de 1991 T-30/89 e Ac. TPI de 6 de Outubro de 1994 proc. T-83/91.

¹⁹ respectivamente Ac TPI de 12 de Dezembro de 1991 T-30/89 e Ac. TPI de 6 de Outubro de 1994 proc. T-83/91

²⁰ Ac. TJ de 14 de Fevereiro de 1978 - proc. 27/76.

²¹ Miguel Mendes Pereira, op. cit., p. 154-155.

rede que foi construída quando vigorava ainda o regime de monopólio legal de prestação de serviços de telecomunicações, e que esta tem um âmbito nacional, o que significa que cobre as áreas geográficas correspondentes aos pedidos que lhe foram efectuados e que estão em causa nos autos. ---

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

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

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

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

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

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

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

*

c) Do abuso da posição dominante

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

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

"... se a verificação da existência de uma posição dominante não acarreta por si mesma nenhuma censura em relação à empresa em causa, impõe-lhe porém, independentemente das causas dessa posição, a responsabilidade especial de não atentar, pelo seu comportamento, contra uma concorrência efectiva e não falseada no mercado comum. Do mesmo modo, se a existência de uma posição dominante não priva uma empresa nessa posição do direito de preservar os seus interesses comerciais próprios quando estes estiverem ameaçados, e, se essa empresa tem a faculdade, em termos razoáveis, de praticar os actos que julgue adequados à protecção dos seus interesses, esses comportamentos já não são, porém, admissíveis quando têm como objectivo reforçar essa posição dominante e abusar dela" (Ac. Irish Sugar)²². ---

No caso dos autos a AdC entende que a rede básica de telecomunicações da PTC consubstancia uma infra-estrutura essencial já que sem o acesso à mesma as operadoras do serviço triple-play não podem prestar os seus serviços por a rede não ser susceptível de replicação em termos economicamente razoáveis e por não haver qualquer outra infra-estrutura com as características técnicas necessárias para o efeito. Embora não condenando a PTC directamente por tratamento diferenciado de concorrentes do mercado a jusante, ao longo da decisão a AdC refere que a PTC tratou de modo mais favorável a CATVP, que à data estava integrada no grupo PT, e que com as recusas de acesso, pretendeu afastar as concorrentes da CATPV. ---

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

²² Ac. do TPI de 7 de Outubro de 1999, Proc. T-228/97.

com a Lei 18/03. Logo, a sua condenação no que às recusas que tiveram lugar antes da entrada em vigor da Lei 18/03 respeita viola o princípio da tipicidade. ---

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

Analisemos. ---

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

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

Sobre este princípio dizem Jorge Miranda e José Pedrosa Machado que: "o princípio da legalidade criminal significa então que só a lei como acto da função legislativa pode criar infracções, considerar formalmente ilícitos e culposos certos comportamentos das pessoas, estabelecer tipos de crimes, fazer-lhes corresponder determinadas penalidades. Está em causa uma garantia formal total (que opera, pois, formalmente, tanto do prisma da constituição das normas como da respectiva hierarquização): só a lei, pois, e não o costume; só a lei, também, e não o regulamento"²³. ---

São, pois, constitucionalmente ilegítimas as normas penais em branco no seu sentido próprio, ou técnico em que a delimitação dos comportamentos puníveis apenas se completa através da remissão para uma disposição de grau ou nível inferior. Nas palavras de Maria Fernanda Palma, afirma "A reserva de lei impede normas penais em branco com as inerentes consequências da proibição da analogia incriminadora e da definição do ilícito criminal por simples regulamentos"²⁴. ---

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

²³ Constitucionalidade da protecção penal dos direitos de autor e da propriedade industrial – normas penais em branco, tipos abertos, crimes formais e interpretação conforme à Constituição, separata da Revista Portuguesa de Ciência Criminal, 1994, n.º 4, pp. 473.

²⁴ Constituição e Direito Penal – As questões inevitáveis, Perspectivas Constitucionais – nos 20 Anos da Constituição de 1976, II, Coimbra, 1997, pp. 230.

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

Não estamos, pois, perante uma norma em branco mas antes perante uma norma aberta, ou seja, o legislador deixou em aberto esta norma legal, cabendo ao aplicador do direito integrar as condutas que nele cabem, à luz do princípio da legalidade. O legislador conformou o ilícito a partir do conceito de exploração abusiva, limitando-se a, no seu n.º 4, exemplificar algumas situações em que se considera existir esse abuso, resultando esta conclusão evidente do emprego da expressão "designadamente" inserida no referido n.º 4. Assim, qualquer conduta que integre o conceito de exploração abusiva está abrangida pelo tipo em análise.

É certo que na previsão do art. 6.º, da Lei 18/03 aparece expressamente prevista como situação passível de integrar o abuso de posição dominante a recusa de acesso a infra-estruturas. Mas daí não resulta que essa situação não pudesse anteriormente ser como tal considerada até porque também na nova lei a enunciação do art. 6.º, n.º 3, é meramente exemplificativa (conforme decorre do uso da expressão "designadamente").

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

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

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

Ficou provado que a passagem de cabos e infra-estruturas de redes de comunicações electrónicas é feita em condutas, postes ou outros meios, subterrâneos ou aéreos susceptíveis de ser disponibilizados para essa passagem e que os operadores de televisão por cabo procuram condutas e outros meios para

colocação dos cabos das respectivas redes, tendo em vista a oferta de serviços nos mercados a jusante, da televisão por subscrição, telefone fixo e Internet de banda larga (triple-play). Ficou ainda assente que a PTC tem condutas em todo o território nacional, nas quais passam os cabos da rede básica de telecomunicações. ---

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

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

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

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

A título de exemplo e relativamente aos pedidos da Tvtel, não se percebe a razão pela qual a AdC entende que a construção de infra-estrutura própria não era uma alternativa, designadamente no que concerne, por ex., aos pedidos T1-14 e T1-26 em que foi disponibilizada 74% e 72% da conduta solicitada e em que, por

consequente, teria que ser construída infra-estrutura equivalente a menos de 30% do total da rede. Cabia à AdC explicar e provar a razão pela qual nestes casos, sabendo que em muitos outros as operadoras constroem infra-estrutura própria, não era economicamente razoável para a Tvtel construir a sua própria infra-estrutura ou não era possível tal construção por qualquer outra razão, designadamente por impossibilidade determinada pela edibilidade. ---

Acresce que, conforme referido a propósito da fundamentação da matéria de facto não provada, o estudo junto aos autos pela AdC para prova da inviabilidade económica da replicação das condutas (fls. 5678) não é um estudo apto a servir de meio de prova. Por razões absolutamente incompreensíveis a AdC entendeu que a identidade do autor do estudo, que diz a AdC ser "uma empresa que opera nas actividades de projecto, construção, instalação e manutenção de redes de comunicações em Portugal", deveria ser ocultada por "motivos de segredo de negócio". Ora com este entendimento a AdC impede o Tribunal de tomar como boas as conclusões do referido estudo que, face à referência feita à actividade da empresa que o elaborou, pode até ter sido feito pela Cabovisão ou pela Tvtel, as duas queixosas. Impede ainda a AdC que o Tribunal leve em linha de conta com o estudo que a própria elaborou (fls. 5883) uma vez que o mesmo parte dos dados e conclusões do primeiro estudo. ---

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

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

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

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

Na acusação refere-se que relativamente a todos os pedidos de acesso recusados pela PTC incluídos nos anexos I e II não havia alternativa. A prova dessa inexistência de alternativa não foi produzida. Conforme se referiu na fundamentação dos factos não provados, os postes da EDP e os cabodutos das empresas de gás são, em abstracto, alternativas às condutas/postes da PTC para a passagem dos cabos, assim como o são as condutas e postes camarários, nos municípios que os têm, podendo ainda os cabos passar nas fachadas dos edifícios. Mais, provou-se que sobretudo o uso de postes da EDP é muito frequente para a passagem dos cabos quer da Tvtel quer da Cabovisão e ainda da CATVP, ou seja, para além de ser uma alternativa em abstracto é-o também em

concreto. Ora no que aos municípios da Maia, Gaia, Matosinhos e Porto respeita, ou seja todos os troços em que a Tvtel pediu acesso, não há qualquer informação nos autos sobre a existência (ou inexistência) de postes da EDP e a AdC nem sequer cuidou de perguntar à Portgás, empresa detentora da rede de gás no Grande Porto, se tinha cabodutos disponível e se nos mesmos era possível a passagem dos cabos da Tvtel. Daqui resulta que nem sequer se apurou se os postes da EDP e os cabodutos eram ou não alternativa, naqueles municípios, às condutas da PTC.---

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

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

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

Esta realidade deita por terra a ideia da essencialidade das infra-estruturas da PTC. Acresce que o próprio ICP-Anacom, na sua deliberação de 17 de Julho de 2004, ao referir que "em muitos casos as entidades ... deparam-se com dificuldades em replicar o investimento em condutas" reconhece que só em alguns casos não é economicamente eficiente a replicação de condutas, ou seja, da própria deliberação do ICP-Anacom resulta que esta inviabilidade não é geral e abstracta. ---

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

No que à existência de alternativas ao cabo para prestação dos serviços de televisão por subscrição, internet banda larga e telefonia fixa respeita, ficou demonstrado que não só é possível como é efectivamente usado por todos os operadores, em algumas zonas em que não é possível passar cabo em condutas ou postes por qualquer razão, um sistema misto em que parte da rede é suportada

em cabos e parte em satélite, sendo que neste caso o serviço de televisão é prestado via satélite e os de internet de banda larga e de telefonia fixa sob ADSL, podendo ainda ser usada outra tecnologia de transporte de sinal via rádio. Este sistema misto é usado por todos os operadores por cabo, incluindo CATVP, Cabovisão e Tvtel, tendo todas as operadoras parte da sua rede construída por cabo e parte construída com este sistema misto, utilizando a oferta grossista de ADSL da PTC (foi referido por uma testemunha que cerca de 50% da oferta da Cabovisão assente neste sistema misto satélite e ADSL ocorre nas grandes cidades). A oferta grossista ADSL da PTC estava já disponível à data ---

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

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

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

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

Ainda que assim não fosse, *i.e.*, mesmo que as condutas/postes da PTC fossem uma infra-estrutura essencial, só haveria uma prática lesiva se as recusas de acesso fossem injustificadas. Sobre esta questão e a propósito de um caso

concreto a Comissão fez o seguinte enquadramento "Uma empresa que detém uma posição dominante no fornecimento de uma infra-estrutura essencial que ela própria também utiliza (isto é, uma instalação ou uma infra-estrutura sem acesso à qual os concorrentes não poderão prestar os serviços aos respectivos clientes) e que recusa a outras empresas o acesso a essa infra-estrutura sem justificação objectiva ou apenas o concede em condições menos favoráveis do que as reservadas aos seus próprios serviços, infringe o artigo (82), caso sejam preenchidas as restantes condições do referido preceito.". ---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Acresce que não foi feita qualquer prova de que essas recusas foram intencionais, ou seja, que a AdC recusou o acesso com intenção de impedir a construção da rede ou com intenção de permitir à CATVP construir primeiro a sua rede, ou sequer se nos locais onde a PTC recusou o acesso já a CATVP estava a operar ou pretendia fazê-lo. Significa isto que não se provou que, com o

atraso na resposta, pretendesse a PTC obter para si ou para uma outra empresa do grupo qualquer benefício ou vantagem.

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

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

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

* * *

4 - DECISÃO

Face a todo o exposto, julgando totalmente procedente o recurso de impugnação interposto pela arguida "**PT COMUNICAÇÕES, S.A.**", absolve a mesma da prática das contra-ordenações p.p. pelos arts. 3º, do Dec.lei 371/93 de 29 de Outubro, 6º, da Lei 18/2003 de 11 de Junho e 102º do Tratado de Lisboa, que lhe eram imputadas. ---

Sem custas por não serem devidas. ----

Fixo de honorários ao assessor nomeado pelo Tribunal, Prof. Francisco Cercas, o montante de 2 UC, devido por cada dia de deslocação ao Tribunal - 7 dias - (art. 34º, nº 1, al. b) e nº 2, do Cod. Custas Judiciais). ---

Notifique e deposite. ---

* * *

Oportunamente cumpra o disposto no art. 70º, nº 4, do Dec.lei 433/82 de 27 de Out.-----

* * *