

Projeto de decisão relativo à alteração do direito de utilização de frequências atribuído à Vodafone para serviços de comunicações eletrónicas terrestres

Comentários da NOS

Julho 2015



1. Introdução

O presente documento constitui a pronúncia da NOS Comunicações, S.A. (NOS) no âmbito quer do direito de audiência prévia, quer da consulta relativos ao projeto de decisão sobre a alteração do direito de utilização de frequências atribuído à Vodafone Portugal - Comunicações Pessoais, SA (Vodafone) para serviços de comunicações eletrónicas terrestres, aprovado por deliberação do Conselho de Administração da ANACOM de 18 de junho de 2015 e notificado à NOS.

2. A proposta da ANACOM

O projeto de decisão (PD) surge no âmbito do pedido formulado pela Vodafone a 31 de março de 2015, de revisão/prorrogação do termo final dos seus direitos de utilização de frequências da banda dos 2100MHz (DUF's ou DUF's 2100) de 11 de janeiro de 2016 para 5 de maio de 2018.

Tal pedido tem por fundamento o de somente a segunda data - 5 de maio de 2018 - proporcionar a vigência dos aludidos DUF's pelo prazo de 14 anos contados desde a data do início efetivo da exploração comercial das frequências da banda dos 2100 MHz, prazo esse que está intrinsecamente ligado ao investimento feito e aos demais compromissos assumidos pela Vodafone na aquisição dos direitos e respetivo procedimento. Com efeito, o início da exploração comercial, por fatores alheios quer à Vodafone, quer aos demais titulares de DUF's 2100, não pôde ter lugar - como inicialmente previsto - no final de 2001, mas apenas em meados de 2004.

No PD agora em análise, a ANACOM anuncia ser sua intenção deliberar (ponto 5 do PD):

"(...)

1. Alterar o direito de utilização de frequências atribuído à Vodafone, ICP-ANACOM n.º 03/2012, no que respeita ao prazo de validade do mesmo (número 17.1.a) do título), nos termos do averbamento n.º 2 a integrar o título habilitante e que se encontra anexo ao presente projeto de decisão.
2. Considerar que não existem razões para tratar de forma diversa a NOS e a MEO, pelo que caso estas empresas apresentem igualmente pedidos de prorrogação do termo do prazo de validade dos seus DUF's, nomeadamente no âmbito da sua pronúncia sobre o presente projeto de decisão, serão os mesmos decididos no mesmo sentido em função da data de início efetivo da exploração dos respetivos sistemas UMTS.

Alteração do DUF2100 atribuído à Vodafone

3. Considerar que, em caso de prorrogação dos prazos dos DUF da NOS, da MEO e da Vodafone, os procedimentos relativos às respetivas renovações se extinguem por inutilidade superveniente (artigo 112.º do anterior CPA).
4. Submeter o presente projeto de decisão a audiência prévia da Vodafone, MEO e da NOS, nos termos do artigo 100.º e seguintes do Código de Procedimento Administrativo, aprovado pelo Decreto-lei n.º 442/91, de 15 de novembro, fixando um prazo de 20 dias úteis para que estas, querendo, se pronunciem por escrito, devendo a informação considerada confidencial ser expressa e fundamentadamente identificada pelos mesmos.
5. Submeter o presente projeto de decisão ao procedimento geral de consulta nos termos artigos 8.º e 20.º, n.º 3 das Lei das Comunicações Eletrónicas, fixando o mesmo prazo de 20 dias úteis para que os interessados, querendo, se pronunciem por escrito, devendo a informação considerada confidencial ser expressa e fundamentadamente identificada pelos mesmos.
(...)"

3. Comentários

Pois bem, a NOS partilha do entendimento da ANACOM subjacente às propostas de deliberação identificadas no PD com os números 1 e 2, a saber, de rever/prorrogar o termo final dos DUF's 2100 que lhe sejam solicitados pelos respetivos detentores.

Considera, porém, que se impõem ajustamentos a estas propostas de modo a garantir que o deferimento do pedido de revisão/prorrogação do DUF da Vodafone e dos eventuais pedidos que lhe sejam apresentados pela NOS e pela MEO tem lugar na mesma data, no seguimento da conclusão dos procedimentos de audiência prévia e consulta em curso. Para a NOS, atentos os objetivos que devem nortear a ação da ANACOM, é inaceitável que assim não aconteça, pelo que proporá a reformulação da proposta de deliberação com o n.º 1.

A NOS discorda veementemente e, de todo, não se conforma com a proposta de deliberação identificada com o número 3, segundo a qual "(...) em caso de prorrogação dos prazos dos DUF da NOS, da MEO e da Vodafone, os procedimentos relativos às respetivas renovações se extinguem por inutilidade superveniente (...)", bem como, e em consequência, com o resultado da conjugação das demais propostas com essa.

Pois tal conjugação significa que, tendo a NOS interesse em pedir a revisão/prorrogação dos seus DUF's 2100 - e tem desde que cumpridas determinadas condições que detalharemos abaixo -, tal pedido de revisão/prorrogação implica, tal como vem

Alteração do DUF2100 atribuído à Vodafone

configurado o PD, abdicar do pedido de renovação por si já apresentado em conformidade com todos os termos legais e regulatórios exigíveis. A NOS não se resigna com tal encadeamento entre o pedido de prorrogação a apresentar e o pedido de renovação já apresentado. Com efeito, não pode assentir em que a revisão/prorrogação do DUF2100 seja concedida em detrimento do pedido de renovação previamente apresentado.

Tal como aludido, a NOS tem interesse na revisão/prorrogação do seu DUF2100, mas apenas avançará com a concretização de tal pedido à ANACOM se esta se comprometer previamente a decidir simultaneamente:

- i. o deferimento do pedido de revisão/prorrogação; e
- ii. dar seguimento ao pedido de renovação, em concreto, determinando a abertura do processo de consulta pública relativa à renovação dos DUF's 2100 da NOS (e dos demais operadores).

No seguimento do exposto, a NOS proporá a supressão da proposta de deliberação n.º 3 e a substituição por uma nova que propugne de forma clara e inequívoca que os pedidos de revisão/prorrogação são independentes e não colocam minimamente em causa os procedimentos pendentes de renovação dos DUF's.

Finalmente, a NOS não tem nada a opor às propostas de deliberação identificadas com os números 4 e 5 - de submissão do PD a audiência prévia e consulta pública - as quais, em rigor, não já são propostas, mas verdadeiras deliberações, aliás, em plena execução.

3.1. Propostas 1 e 2

A NOS reconhece, e adere mesmo, aos motivos e às razões apresentadas pela Vodafone, e perfilhadas pela ANACOM, para a justeza da revisão/prorrogação do termo final dos DUF's 2100. Tratam-se de motivos que - como explana o PD - não são privativos da Vodafone, mas comuns à totalidade do mercado (e não apenas do mercado português) e que, inclusivamente, a ANACOM já havia reconhecido.

Desta feita, nesta pronúncia a NOS dá esses motivos por assentes e adquiridos, não deixando, contudo, de afirmar a circunstância de, justamente por se curarem de factos transversais a todos os titulares dos DUF's, exigirem um tratamento e possibilidades idênticas para todos. Tem-se, assim, por, mais do que oportuna, obrigatória mesmo, a proposta feita pela ANACOM de, por ocasião da formulação por um dos titulares de DUF's

Julho 2015

4

Alteração do DUF2100 atribuído à Vodafone

(no caso, a Vodafone) de revisão/prorrogação do termo final dos mesmos com esse fundamento e da intenção de deferir tal pedido, proporcionar idêntica possibilidade aos demais titulares de DUF's (a saber, a MEO e a NOS).

Urge, contudo, salientar a necessidade imperiosa e incontornável, de novo por fidelidade ao tratamento uniforme de todos os operadores, de se promover a adaptação das propostas de deliberação n.º 1 e 2, com vista a garantir que a decisão sobre todos os pedidos de revisão/prorrogação - o da Vodafone e os que porventura lhe sucederem, incluindo após a conclusão dos procedimentos de auscultação em curso - tem lugar na mesma data.

Na verdade, conceder a prorrogação do prazo do DUF da Vodafone previamente à prorrogação do prazo relativo aos DUF da NOS e da MEO seria, por si só, inaceitável à luz dos princípios que devem nortear a atuação da ANACOM, incluindo os princípios da proporcionalidade e não discriminação.

O deferimento em simultâneo pela ANACOM do pedido de prorrogação da Vodafone e dos demais que lhe sejam apresentados poderá ser designadamente alcançado - o que se propõe - relegando a deliberação com o n.º 1 (relativo à revisão/prorrogação da Vodafone) para um momento posterior ao atualmente previsto, criando no ínterim o tempo suficiente para, após a adoção da decisão final resultante dos processos de auscultação em curso, a dedução de idênticos pedidos pela NOS e pela MEO e, finalmente, o deferimento de todos eles em simultâneo.

Adicionalmente, e no que especificamente respeita à proposta com o n.º 2, salienta-se que constitui entendimento da NOS que a mesma já encerra o aproveitamento do presente procedimento geral de consulta para os efeitos dos próprios procedimentos de revisão/prorrogação da NOS e da MEO, caso venham a ser requeridos por estas. De facto, sendo os motivos que justificam o presente procedimento rigorosamente os mesmos que justificarão tais procedimentos, não se vislumbra em que é que a prescrição constante do artigo 20.º, número 3 da LCE - que sujeita a consulta a alterações das condições, os direitos e os procedimentos aplicáveis ao exercício da atividade - resultaria substancialmente afetada pelo aproveitamento, para esse efeito, desta consulta. Tal opção é também a mais consentânea com o princípio da adequação formal e da boa administração.

3.2. Proposta 3

Tal como já aludido, a NOS discorda frontalmente da forma como a ANACOM se propõe encarar os procedimentos de renovação de DUF's no caso dos ditos demais titulares de DUF's, em particular da NOS, optarem pela dedução dos referidos pedidos de revisão/prorrogação. Mais concretamente, de considerar nessa hipótese tais procedimentos extintos por inutilidade superveniente.

A NOS opõe-se, por várias razões, a essa proposta.

E, de todo, não pode conformar-se com ela.

Em primeiro lugar, por não estarmos, rigorosamente, diante de um caso jurídico de *inutilidade*. Os pedidos têm, de facto, ligação entre si, admite-se até que podem influenciar mutuamente, mas uma coisa é certa: não são preclusivos ou excludentes um do outro, podendo, do ponto de vista jurídico, coexistir perfeitamente em simultâneo. Veja-se que o único condicionamento que a LCE põe aos pedidos de renovação é que sejam apresentados com uma antecedência mínima de 1 ano sobre o termo do respetivo prazo de vigência e nada mais (cf. art.º 33.º, n.º 2 da LCE).

Ora, só pelo facto de serem apresentados pela ordem cronologicamente inversa a que seria lógica ou natural – e isso por o segundo, de revisão/prorrogação, ter sido desencadeado pela ação da própria ANACOM – os pedidos de revisão/prorrogação não carecem de ser sacrificados. Podem quando muito ter de ser compatibilizados, em termos de fazer operar a renovação apenas depois de expirada a vigência inicial revista/prorrogada, mas nada mais.

A proposta de decisão de extinção dos procedimentos de renovação é, com efeito e desde logo, totalmente desnecessária, excessiva e escusada. Mas não é apenas isso.

É ainda, e sobretudo, altamente prejudicial aos direitos e interesses já exercidos pela NOS (e porventura pela MEO) perante a ANACOM através do pedido de renovação por esta oportunamente apresentado 17 de novembro último, para que a LCE prescreve a obrigação de resposta pela ANACOM no prazo máximo de 6 meses (cf. art.º 33.º, n.º 3 da LCE).

Na verdade, a consolidar-se em decisão uma tal proposta, o que está realmente a fazer-se é, sob o pretexto de se estar a dar (à NOS e à MEO) uma vantagem (a possibilidade de pedir

Alteração do DUF2100 atribuído à Vodafone

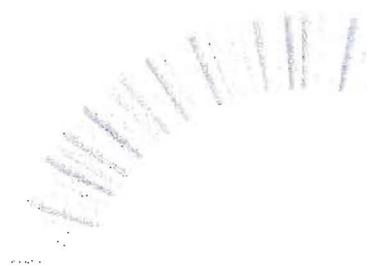
a revisão/prorrogação), neutralizar outra pretensão já antes validamente deduzida (a renovação já solicitada). Nos concretos termos em que vem proposto, o alargamento à (NOS e à MEO) da possibilidade de solicitar a prorrogação (que não corresponde a uma vantagem, mas um direito que lhe assiste) não é total, mas está condicionado pela aceitação da consequência da extinção do procedimento de renovação, o que não é de todo aceitável.

Pela ligação necessária em que a ANACOM coloca as propostas de decisão n.º 2 e 3, decorre que a primeira não é, portanto e afinal, uma verdadeira e real opção, com o que no PD, tal como notificado, está necessariamente comprometida a lógica de imparcialidade e proporcionalidade (cf. artigos 7.º e 9.º do NCPA) invocadas pela ANACOM para a sua adoção.

3.3. Posição da NOS sobre a revisão/prorrogação dos DUF's 2100

Pelo que vem exposto, a NOS manifesta, com efeito e desde já, a sua intenção de, à semelhança da Vodafone, formular pedido de revisão/prorrogação do termo final dos seus DUF's 2100, no caso - mas tão-só no caso - de a ANACOM, diferentemente do que propugna no PD sob consulta, optar por não declarar extinto o procedimento pendente de renovação desses mesmos direitos, pedido este que - para que não fiquem quaisquer dúvidas - a NOS aqui reafirma.

Além disso, deve a ANACOM, por efeito daquela revisão/prorrogação, fazer uma leitura atualizada do pedido de renovação já formulado pela NOS, no sentido de a renovação operar somente a partir do termo final revisto dos seus DUF's 2100 e de, concluído o procedimento de prorrogação/revisão, adotar, na mesma data, sentido provável de decisão sobre o mesmo e observando, a seguir, os demais termos legais. Para o efeito que acaba de expor-se, a NOS propõe-se incluir no requerimento com o eventual pedido de revisão/prorrogação o seguinte trecho. "*(...) este pedido não prejudica de modo algum o pedido de renovação já feito, que se reitera na íntegra e nos seus precisos termos, sendo apenas necessário que, em caso de deferimento do presente pedido de prorrogação a ANACOM faça uma leitura atualizada do pedido de renovação no sentido de o deferimento produzir, por natureza, os seus efeitos a partir do termo final do DUF resultante da prorrogação*".



Propugna-se, portanto, a alteração da proposta de decisão n.º 3 nesses termos, curando-se essa, no entender da NOS, a única via de compatibilização possível quer com os princípios da proporcionalidade e da imparcialidade acima referidos, mas ainda e também com os princípios da não discriminação, da previsibilidade da regulação e, em geral, da justiça e razoabilidade.

4. Conclusão

Em suma, no entender da NOS o PD tem de ser alterado no sentido da ANACOM propor deliberar o seguinte, o que se requer:

"(...)

1. Alterar o direito de utilização de frequências atribuído à Vodafone, ICP-ANACOM n.º 03/2012, no que respeita ao prazo de validade do mesmo (número 17.1.a) do título), nos termos do averbamento n.º 2 a integrar o título habilitante e que se encontra anexo ao presente projeto de decisão, **mas relegando essa decisão para um momento posterior (por forma a que no ínterim a NOS e MEO, nos termos da proposta seguinte, querendo, possam, deduzir pedidos idênticos e, dessa feita, possa ter lugar o deferimento em simultâneo de todos os pedidos de revisão/prorrogação).**
2. Considerar que não existem razões para tratar de forma diversa a NOS e a MEO, pelo que caso estas empresas apresentem igualmente pedidos de prorrogação do termo do prazo de validade dos seus DUF's, nomeadamente no âmbito da sua pronúncia sobre o presente projeto de decisão, serão os mesmos decididos no mesmo sentido em função da data de início efetivo da exploração dos respetivos sistemas UMTS.
3. Considerar que, em caso de prorrogação dos prazos dos DUF da NOS, da MEO e da Vodafone, os procedimentos relativos às respetivas renovações se mantêm pendentes, situação em que a ANACOM, por efeito daquela prorrogação, adotará uma leitura atualizada do pedido de renovação já formulados, no sentido de as renovações, se deferidas nos termos do respetivo procedimento, operarem somente a partir do termo final revisto dos DUF's em causa.
4. Determinar a abertura dos processos de consulta pública relativos à renovação dos DUF's 2100 apresentados pela NOS, MEO e Vodafone em simultâneo com o deferimento do pedido de prorrogação do DUF's 2100 da Vodafone e dos pedidos de prorrogação que porventura lhe sejam apresentados pela NOS e pela MEO em conformidade com os precedentes pontos 1 e 2.

(...)"