

# fax

## **Resposta ao Sentido Provável de Decisão ("SPD") sobre a metodologia de cálculo dos custos líquidos do serviço universal a aplicar no ano 2014**

### **I. Introdução**

A Vodafone Portugal - Comunicações Pessoais, S.A. (adiante apenas "Vodafone") vem, pelo presente, pronunciar-se sobre o Sentido Provável de Decisão ("SPD") relativa à metodologia de cálculo dos Custos Líquidos do Serviço Universal ("CLSU") a aplicar no ano 2014.

Os comentários ora enviados constituem a posição da Vodafone sobre a consulta em apreço, podendo sofrer alterações em virtude de uma evolução das condições do mercado ou de novas decisões ou projetos de decisões que a ANACOM venha futuramente a aprovar neste contexto ou noutro com ele direta ou indiretamente relacionado.

### **II. Comentários**

#### **A. Considerações gerais:**

No âmbito das consultas públicas desencadeadas pela ANACOM acerca do financiamento do serviço universal, a Vodafone tem vindo a manifestar expressamente a sua discordância quanto à exigibilidade e à imposição da compensação da PT Comunicações ("PTC"), atual MEO, pela prestação do serviço universal, em todas as suas componentes, relativamente ao período anterior à designação formal e adequada do prestador, a qual deveria ter ocorrido nos termos prescritos pela Diretiva 2002/22/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março ("Diretiva do Serviço Universal") e pela Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro ("Lei das Comunicações Eletrónicas"), que proceder à respetiva transposição para o ordenamento jurídico nacional. A necessidade de conformar o processo de designação formal e adequado do Prestador do Serviço Universal ("PSU") nos termos da legislação supra referida, foi igualmente reconhecida pelo Tribunal Justiça da União Europeia nos respetivos Acórdãos, de 7/10/2010 (Proc. C-154/09) e de 25/06/2014 (Proc. C-76/13). Além disso, a Vodafone

# fax

tem também vindo a manifestar publicamente as suas reservas em relação à metodologia proposta pela ANACOM para a determinação dos CLSU.

Não obstante o tempo decorrido desde que se operou a transposição da Diretiva do Serviço Universal para o ordenamento jurídico nacional, nomeadamente através da sexta alteração da Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro (Lei das Comunicações Eletrónicas), introduzida pela Lei n.º 51/2011, de 13 de Setembro, e desde que se desencadeou a consulta pública sobre o financiamento do serviço universal e a concretização dos termos para a compensação pela sua prestação, a qual culminou com a aprovação pela ANACOM da sua decisão, em 18/08/2011, sobre a definição de encargo excessivo e da metodologia para o cálculo dos CLSU, a verdade é que os factos entretanto verificados, designadamente, as decisões subsequentes da ANACOM, em nada alteraram os fundamentos das reservas e das críticas então oportunamente identificadas pela Vodafone.

Constata-se, pois, que o SPD em análise assenta sobre os mesmos factos e vicissitudes jurídicas que as decisões da ANACOM que aprovaram os CLSU da MEO relativos aos exercícios de 2007 a 2009 e relativos aos exercícios de 2010 e 2011, o que significa que a fundamentação então invocada pela Vodafone se mantém atual e pertinente, razão pela qual se dão por reproduzidos todos os argumentos aduzidos no âmbito da audiência de consulta pública que precederam cada uma daquelas decisões aprovadas pela ANACOM.

Em síntese, a Vodafone concluiu então - e reitera agora - o seguinte:

- A Vodafone considera inadmissível o reconhecimento de qualquer encargo excessivo suscetível de justificar a compensação à PTC, atual MEO, enquanto Prestador do Serviço Universal ("PSU"), na medida em que o Estado Português, apesar do ordenamento jurídico europeu e nacional assim o determinarem, não promoveu um procedimento eficaz, objetivo, transparente e não discriminatório para a designação do PSU, tendo, aliás, essa desconformidade sido entretanto reconhecida e sancionada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia.
- Por outro lado, constata-se que a decisão de transferir os encargos decorrentes da prestação do serviço universal para o setor das comunicações eletrónicas é posterior à referida designação ilegal da PTC, atual MEO, como PSU.

# fax

- Além disso, é importante salientar que as obrigações do serviço universal são manifestamente desadequadas ao contexto tecnológico e económico, não tendo sido assegurado, em momento algum, que estas obrigações fossem (i) prestadas através da utilização de tecnologia mais eficiente (ii) de natureza/âmbito atual, e (iii) aplicáveis às diferentes/novas necessidades da população, por referência à evolução do mercado e da concorrência, contrariamente, aliás, ao que estabelece o disposto na alínea a) do n.º 1 do art. 96.º da Lei das Comunicações Eletrónicas ("LCE").
- Acresce, ainda, que apenas em momento posterior à seleção do PSU e da definição das obrigações de serviço universal se procedeu à determinação da metodologia de cálculo dos CLSU - e à definição do critério legal de "encargo excessivo", o que significa que a metodologia foi apurada de forma retroativa e, conseqüentemente, ilegal.

Perante esta factualidade, é inevitável concluir-se pela impossibilidade de ser reconhecida validade a qualquer decisão que aprobe a repartição e o pagamento pelos operadores do sector dos pretensos "CLSU" verificados em período anterior à designação do PSU, nos termos legalmente prescritos e igualmente identificados pelo Tribunal de Justiça da União Europeia. Nestas circunstâncias, qualquer pagamento efetuado a este título não pode deixar de ser considerado ilegal por violar o princípio da irretroatividade, bem como o da legalidade, e ainda por configurar um auxílio de Estado ilegal, porque não permitido à luz dos critérios fixados pelo Tratado de Funcionamento da União Europeia.

Acresce, ainda, que a Vodafone já impugnou judicialmente a decisão da ANACOM que aprovou a metodologia de cálculo dos CLSU, sendo forçoso concluir que, a ser declarada a invalidade de tal decisão, a que vier a ser tomada no presente procedimento terá também, conseqüentemente, de ser considerada nula (nulidade conseqüente, nos termos do disposto na alínea i) do n.º 2 do artigo 161.º do Código do Procedimento Administrativo).

Por sua vez, mantém-se também o entendimento da Vodafone que, na decisão de 20 de Junho de 2013, a ANACOM promoveu alterações da metodologia aprovada anteriormente (veja-se o caso flagrante do critério de seleção de serviços relevantes), sem que tenha sido apresentada fundamentação para tal alteração e sem submeter a mesma a audiência prévia que cumprisse os

# fax

requisitos legalmente exigíveis, o que constitui igualmente um vício determinante da anulabilidade de tal decisão.

**B. No que se refere às abordagens apresentadas para a adaptação da metodologia no ano de 2014:**

Sem prejuízo das considerações supra referidas, acerca da admissibilidade da compensação da PTC pela prestação do serviço universal em período anterior à formal designação do PSU e da metodologia preconizada pela ANACOM, importa também referir que os termos propostos pela ANACOM, através do presente SPD, para adaptação da metodologia de cálculo dos CLSU a aplicar no ano 2014, merecem igualmente as seguintes considerações adicionais por parte da Vodafone:

- Não obstante as reservas sobejamente manifestadas pela Vodafone ao nível da compensação dos CSLU em período anterior à conformação legal do processo de designação do PSU, é importante realçar que a Vodafone tem sempre preconizado e pugnado pelo rigor no processo de apuramento dos CLSU, não só pelas características do mecanismo instituído pela Lei n.º 35/2012, de 23 de Agosto, para financiar o serviço universal (Fundo de Compensação do Serviço Universal), mas também pela dimensão expressiva dos montantes em causa.

Com efeito, a repartição dos CLSU pelos operadores de comunicações eletrónicas e a definição das respetivas contribuições, exigem preocupações acrescidas de transparência e de rigor que importa salvaguardar, pugnando-se, desde logo, pela adequação e exatidão da metodologia a aplicar na determinação dos CSLU.

Neste contexto, a Vodafone considera que os termos preconizados pela "abordagem 2" (i.e., "*Cálculo até 31.05.2014 e aplicação de pro-rata para a componente de postos públicos*") do SPD em análise para se proceder à adaptação da metodologia a aplicar no cálculo dos CLSU da MEO:

- (i) enquanto PSU da componente de ligação a uma rede de comunicações pública em local fixo e de serviços telefónicos acessíveis ao público (SFT), no período de 1/01/2014 a 31/05/2014; e,
- (ii) enquanto PSU da componente de oferta de postos públicos, entre 1/01/2014 e 8/04/2014,

Não refletem o rigor e a transparência necessários ao apuramento dos CLSU de 2014.

# fax

Com efeito, a adoção de uma abordagem que permite a aplicação de um processo de apuramento *pro-rata* (no caso concreto, para o apuramento dos CLSU da componente de oferta de postos públicos) não atende aos princípios que devem nortear a definição da metodologia de apuramento dos CLSU, nomeadamente o rigor e a transparência, nem tão pouco às preocupações essenciais que subjazem a este tipo de procedimento, designadamente a exatidão dos montantes exigíveis, pois uma aplicação *pro-rata* tem implícito um cálculo por aproximação ou por estimativa que não se compadece com as especificidades aqui referidas.

Tanto mais que existem abordagens alternativas no próprio SPD, cuja aplicação se traduzem, essas sim, num exercício coerente com os princípios de rigor e transparência.

Assim, a Vodafone discorda da posição preconizada pela MEO e da adoção da abordagem 2 descrita na secção 3.1.2 do SPD em análise ("*Cálculo até 31.05.2014 e aplicação de pro-rata para a componente de postos públicos*"), uma vez que privilegiar uma aplicação *pro-rata* dos custos implica inexoravelmente uma tendência para a aproximação dos custos em detrimento da sua determinação concreta, jamais refletindo as preocupações de rigor e exatidão que devem estar subjacentes à determinação destes custos.

Nesse sentido, tanto a abordagem 3 proposta pela MEO e que consta da secção 3.13 do SPD ("*Cálculo até 31.05.2014 para a componente do STF, e até 08.04.2014 para a componente de postos públicos*"), como a abordagem alternativa 5 proposta pela ANACOM que se encontra descrita na parte final da secção 3.2 do SPD (esta última, autonomizando por completo as componentes do STF e dos PP), se afiguram como metodologias mais exatas, na medida em que calculam os custos de cada componente ao respetivo período (de 01 de janeiro de 2014 a 31 de maio de 2014 para a componente SFT, de 01 de janeiro de 2014 a 8 de abril de 2014), ainda que a sua aplicabilidade possa suscitar alguns desafios.

No entanto, uma vez que a Vodafone considera que devem ser desenvolvidos todos os esforços para o apuramento rigoroso dos CLSU dos diversos anos, em particular, para o período que é objeto da presente consulta pública, e uma vez que ambas as abordagens (abordagem 3 e abordagem 5) são

# fax

operacionalmente concretizáveis, tal como reconhecido pela própria ANACOM, a Vodafone considera que deverão ser estas as abordagens (3 ou 5) a incluir na decisão final da presente consulta.

### III. Conclusão

Em suma, a Vodafone mantém, não só as objeções e reservas que tem vindo a suscitar no âmbito do financiamento do serviço universal e, em particular, no que se refere à compensação da PTC, enquanto prestador daquele serviço, como também analisa de forma crítica os termos propostos pela ANACOM para adaptar a metodologia por si aprovada ao ano de 2014.

Assim, a Vodafone questiona, desde logo, a exigibilidade da compensação da PTC pela prestação do serviço universal em período anterior à regular designação do prestador daquele serviço nos termos prescritos pela Diretiva do Serviço Universal e reiterados pelo Tribunal de Justiça da União Europeia.

Além disso, a Vodafone mantém e reitera as reservas e as críticas acerca dos termos preconizados pela ANACOM na definição da metodologia de cálculo dos custos do serviço universal. Consequentemente, a Vodafone contesta a exigibilidade e imposição aos operadores de comunicações eletrónicas da compensação dos custos líquidos do serviço universal relativos à prestação do serviço pela PTC, até 08/04/2014, no que se refere à oferta de postos públicos, e até 31/05/2014, no que se refere ao serviço telefónico fixo (STF).

Não obstante, sem prejuízo das considerações acerca da exigibilidade dos CSLU aos operadores em período anterior à designação do PSU nos termos legalmente estabelecidos, a Vodafone considera que as abordagens metodológicas mais adequadas, porque mais rigorosas e exatas, para proceder à adaptação dos CLSU durante o período de 2014 (até à designação legal do PSU), são a abordagem 3 proposta pela MEO (*"Cálculo até 31.05.2014 para a componente do STF, e até 08.04.2014 para a componente de postos públicos"*) e a abordagem 5 proposta pela ANACOM.