

PRONÚNCIA DA FIBROGLOBAL

SENTIDO PROVÁVEL DE DECISÃO RELATIVO AO CONCEITO DE ENCARGO EXCESSIVO COM O FORNECIMENTO DO SERVIÇO DE ACESSO À INTERNET EM BANDA LARGA, NOS TERMOS DO ARTIGO 6.º DO DECRETO-LEI, N.º 66/2021, DE 30 DE JULHO

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

I. INTRODUÇÃO

1. O Conselho de Administração da ANACOM aprovou, no dia 12 de agosto de 2021, (i) o “*Sentido Provável de Decisão Relativo ao Conceito de Encargo Excessivo com o Fornecimento do Serviço de Acesso à Internet em Banda Larga, nos termos do artigo 6.º do Decreto-Lei, n.º 66/2021, de 30 de julho*” (“SPD”), bem como (ii) o “*Sentido Provável de Decisão Relativo Sobre a Definição da Largura de Banda e Demais Parâmetros de Qualidade de Serviço a Observar na Tarifa Social de Acesso à Internet em Banda Larga Fixa ou Móvel*”, e a (iii) “*Proposta de Valor da Tarifa Social de Fornecimento de Serviços de Acesso à Internet em Banda Larga*”.
2. Nos termos do SPD, a ANACOM vem propor “*decidir que o fornecimento do serviço de acesso à internet em banda larga, em cumprimento do exigido no Decreto-Lei n.º 66/2021, de 30 de julho, constitui um encargo excessivo quando se verifique que o custo líquido decorrente da prestação desse serviço, verificável e verificado, é igual ou superior a 3% das receitas obtidas com essa prestação, exceto se for demonstrado que, mesmo um valor inferior ao limiar referido, afeta a capacidade competitiva da empresa*”, procurando refletir na sua parte expositiva os argumentos que considera serem relevantes para esta proposta de decisão e que serão à frente mais desenvolvidos.
3. Sem prejuízo desse desenvolvimento, importa começar por referir, nesta parte introdutória, que o SPD surge no seguimento da aprovação do Decreto-Lei, n.º 66/2021, de 30 de julho, que criou a tarifa social de fornecimento de serviços de acesso à Internet em banda larga, e que veio estabelecer, no n.º 1 do seu artigo 6.º que “*caso se verifiquem, em função da aplicação da tarifa social de fornecimento de serviços de acesso à Internet em banda larga, encargos excessivos para os respetivos prestadores e estes solicitem o respetivo ressarcimento, a ANACOM calcula o custo líquido da obrigação de serviço universal em causa, tendo em conta quaisquer vantagens de mercado adicionais de que beneficiem os prestadores, designadamente, o crescimento do mercado de utilizadores destes serviços, definindo a respetiva metodologia, na observância dos*

critérios constantes da parte A do anexo vii da Diretiva (UE) 2018/1972 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2018, através da auditoria às contas e outras informações que lhe sejam apresentadas pelos prestadores que solicitam o ressarcimento.

4. Nos termos do n.º 5 do artigo 6.º do Decreto-Lei, n.º 66/2021, de 30 de julho, compete à ANACOM definir o conceito de “*encargo excessivo*” para efeitos do referido regime, bem como os termos que regem a sua determinação, nomeadamente a periodicidade das avaliações e os critérios utilizados.
5. Este SPD assenta numa proposta de critérios de determinação do conceito de “*encargo excessivo*” que consideram, por regra, o “*impacto na situação financeira*” da empresa que presta o serviço de acesso à Internet em banda larga através da oferta da tarifa social, podendo, em casos excecionais, considerar ainda o “*impacto competitivo*” ou “*na concorrência*” causado pela prestação do serviço de acesso à Internet em banda larga através da oferta da tarifa social.

[IIC]



[FIC]

[A Fibroglobal considera que este excerto compromete a confidencialidade da vida económica e financeira da empresa, na medida em que poderá sugerir os termos do seu enquadramento no regime da LFCSU]

II. COMENTÁRIOS AO SPD

a. CONSIDERAÇÕES GERAIS

7. Como é sabido, o Decreto-Lei, n.º 66/2021, de 30 de julho criou a tarifa social de fornecimento de serviços de acesso à Internet em banda larga fixa ou móvel a disponibilizar por todas as empresas que oferecem este tipo de serviços (doravante “**Tarifa Social de Internet**”), estabelecendo as bases do seu regime legal.

8. A criação da Tarifa Social de Internet, medida proposta no Plano de Ação para a Transição Digital, aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 30/2020 e em linha com as orientações da Diretiva (UE) 2018/1972 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2018, que estabelece o Código Europeu das Comunicações Eletrónicas, visa promover a inclusão, a literacia digital e a utilização de serviços básicos digitais pelas camadas mais desfavorecidas da população.
9. A Tarifa Social de Internet constitui, assim, uma medida de acessibilidade tarifária que é, pelo Decreto-Lei, n.º 66/2021, de 30 de julho, expressamente enquadrada no âmbito do serviço universal das comunicações eletrónicas (doravante “SU”).
10. A relação entre o regime legal da Tarifa Social de Internet e o SU não se limita à natureza dos seus objetivos socioeconómicos, na medida em que também respeita ao modelo de financiamento dos custos líquidos resultantes da disponibilização da Tarifa Social de Internet.

[IIC]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[FIC]

[A Fibroglobal considera que este excerto compromete a confidencialidade da vida económica e financeira da empresa, na medida em que poderá sugerir os termos do seu enquadramento no regime da LFCSU]

14. Tendo este enquadramento como plano de fundo, a Fibroglobal constata que o primeiro critério proposto pela ANACOM – o critério do “impacto financeiro” na situação da empresa, concebido como critério-regra – é sintetizado no SPD nos seguintes termos:

“[S]endo adequado para o efeito definir uma relação entre o montante do CLSU e as receitas do PSU obtidas com o SU, para aferição da existência de encargo excessivo, entende-se que o valor relevante para o efeito corresponde a 3%. Assim, considera-se que existirá um encargo excessivo quando o montante do CLSU, verificável e verificado, seja igual ou superior a 3% das receitas do PSU obtidas com a prestação da tarifa social.”

15. Conforme se constata, estamos perante um critério claro e objetivamente verificável.
16. A este respeito, veja-se inclusive que o n.º 4 do artigo 6.º do Decreto-Lei, n.º 66/2021, de 30 de julho, determina que “a metodologia e os resultados dos cálculos do custo líquido da obrigação em causa e os resultados da auditoria” são “disponibilizados ao público” pela ANACOM, entidade competente, nos termos do n.º 1 do referido artigo, para calcular os custos líquidos do SU.
17. Assim, uma simples operação contabilística poderá apurar (e antecipar), por apelo a este critério, a existência de “encargos excessivos” resultantes da disponibilização da Tarifa Social de Internet, para efeitos de ativação do fundo de compensação do SU e subsequente repartição dos respetivos custos.
18. Mais se constata que o limiar de 3% das receitas líquidas do prestador do SU se encontra em linha com a prática do setor postal em jurisdições estrangeiras, nomeadamente a Bélgica, a propósito da noção de “encargo financeiro não razoável” (doravante “EFNR”)¹.
19. Por conseguinte, a Fibroglobal entende que nada mais tem a acrescentar a respeito do critério relativo ao “impacto financeiro” na situação da empresa.

¹ Cf. [Decisão sobre o conceito de encargo financeiro não razoável para efeitos de compensação do custo líquido do serviço universal no âmbito dos serviços postais \(anacom.pt\)](#) (Vd. Apêndice).

20. O segundo critério proposto pela ANACOM – o critério do “impacto na concorrência”, concebido para situações excepcionais – é, por sua vez, descrito da seguinte forma:

*“Sem prejuízo da análise de impacto financeiro, **excepcionalmente, mesmo nos casos em que os CLSU, verificável e verificado, sejam inferiores ao limiar de 3% das receitas geradas pela oferta da tarifa social, se ficar demonstrado que a prestação da tarifa social de acesso à Internet em banda larga gera um impacto significativo na concorrência, afetando a capacidade de uma dada empresa de competir em termos equivalentes aos dos seus concorrentes, a ANACOM poderá considerar essa situação, concluindo pela existência de encargo excessivo.**” [Destaque nosso]*

[IIC]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[FIC]

[A Fibroglobal considera que este excerto compromete a confidencialidade da vida económica e financeira da empresa, na medida em que poderá sugerir os termos do seu enquadramento no regime da LFCSU]

b. CONSIDERAÇÕES ESPECÍFICAS RELATIVAS AO CRITÉRIO DO “IMPACTO NA CONCORRÊNCIA”

24. Conforme referido, estabelece-se no SPD que a ANACOM “*excepcionalmente*” poderá concluir pela existência de um “encargo excessivo”, ainda que não se cumpra o limite de 3%, quando demonstrada a existência de um “*impacto significativo do CLSU na situação competitiva de uma*

determinada empresa prestadora da [Tarifa Social de Internet]" (Cf. Ponto 3.2.3. do SPD). Mas o que é a "situação competitiva" da empresa? De que "impactos" estamos a falar e que conceitos delimitam esta noção? Como se concretiza, afinal, esta análise concorrencial?

25. O SPD não dá resposta clara a objetiva a estas questões, não estabelecendo critérios claros e objetivos de apreciação do que poderá ser, afinal, em termos práticos e empiricamente previsíveis, este "impacto na concorrência" ou "impacto competitivo".

[IIC]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]



[FIC]

[A Fibroglobal considera que este parágrafo compromete a confidencialidade da vida económica e financeira da empresa, na medida em que poderá sugerir os termos do seu enquadramento no regime da LFCSU]

31. A propósito dos referidos critérios do ERGP – a saber:
- i. “- a situação financeira do PSU [prestador do serviço universal];
 - ii. – se o custo líquido positivo afeta significativamente a rentabilidade do PSU e a capacidade do PSU para obter uma taxa justa de retorno do capital;
 - iii. – alterações na rentabilidade (o encargo financeiro é excessivo se o poder de mercado do PSU não for suficiente para contrabalançar o peso das obrigações de prestação do SU, de modo a manter um lucro razoável);
 - iv. – a diferença significativa do lucro do PSU face ao lucro dos operadores concorrentes (a prestação do SU impõe um EFNR se o lucro do PSU for menor do que o dos seus concorrentes);
 - v. – as alterações significativas nos rácios financeiros (por exemplo no EBITDA e nas margens);
 - vi. – o nível de utilização dos serviços postais (a procura dos serviços postais tem conhecido uma redução nos últimos anos, que em tese pode traduzir-se numa redução das receitas do PSU, face a um conjunto de custos com a rede relativamente elevados). Por esta razão, o PSU, provavelmente, pode enfrentar dificuldades económicas;
 - vii. – os custos e as receitas do SU, bem como o peso dos custos líquidos nas receitas; viii. – as quotas de mercado - no caso de o PSU conseguir manter quotas de mercado elevadas, os CLSU apurados não constituem um EFNR para o PSU decorrente da prestação do SU (na prática europeia das comunicações eletrónicas, as quotas de mercado das receitas acima de 80% são utilizadas em vários países para avaliar a não existência de encargo excessivo).”

a ANACOM, quiçá na tentativa de mapear critérios que concretizam o “impacto na concorrência” cria ainda mais dúvidas no intérprete, na medida em que (Pág. 12, último Par.):

- i. Por um lado, perfila o entendimento de que *“a situação do serviço postal universal é relativamente distinta da existente no sector das comunicações eletrónicas, não apenas em termos da estrutura do mercado, mas também porque neste último caso está presentemente em causa uma prestação que deverá ser assegurada por todas os prestadores presentes no mercado”*, pelo que *“não se afigura adequado aplicar alguns dos indicadores mencionados ao conceito de encargo excessivo”*;
- ii. Por outro lado, mas simultaneamente, assume que *“[s]em embargo, a ANACOM recorrerá aos indicadores adequados para avaliar a eventual existência de um encargo excessivo nestas situações.”*

[IIC]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[FIC]

[A Fibroglobal considera que este parágrafo compromete a confidencialidade da vida económica e financeira da empresa, na medida em que poderá sugerir os termos do seu enquadramento no regime da LFCSU]

35. Note-se, ainda, que tanto a Diretiva (UE) 2018/1972 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2018, que estabelece o Código Europeu das Comunicações Eletrónicas, no âmbito das normas que regem as obrigações do SU (artigos 89.º e ss. e Anexo VII) como a própria Proposta de Lei XIV/83, que visa transpor o Código Europeu das Comunicações Eletrónicas para o ordenamento jurídico português, são omissas quanto à fixação dos critérios de apreciação do conceito de “encargo excessivo”, remetendo tais desenvolvimentos para a responsabilidade dos Estados Membros e das ARN.
36. De facto, tanto a nível nacional² como internacional³, têm sido observados os ensinamentos do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) no Acórdão de 7 de outubro de 2010, inserido numa ação de incumprimento contra o Reino da Bélgica por parte da Comissão Europeia⁴:

*“(...) o **encargo injustificado** cuja existência deve ser declarada pela autoridade reguladora nacional antes de qualquer indemnização é o encargo que, para cada empresa em causa, tem um carácter excessivo na perspectiva da sua capacidade para o suportar, **tendo em conta o conjunto das suas características específicas, designadamente o nível dos seus equipamentos, a sua situação económica e financeira e a sua quota de mercado.***

*Embora, por nada ser dito na Directiva 2002/22 a este respeito, **caiba à autoridade reguladora nacional fixar, de modo geral e abstracto, os critérios que permitem determinar os limiares a partir dos quais, tendo em conta as características indicadas no número anterior, um encargo pode ser considerado excessivo, também é verdade que a referida autoridade só pode declarar que o encargo representado pelo fornecimento do serviço universal é injustificado, por força da***

² Cf. Pág. 6 do SPD, primeiro Par.; Idem, entre outras, [Decisão sobre o conceito de encargo financeiro não razoável para efeitos de compensação do custo líquido do serviço universal no âmbito dos serviços postais \(anacom.pt\)](#);

³ Vd. E.g., Pág. 60, Ponto 5.5. da [Response to Consultation and draft Decision \(comreg.ie\)](#);

⁴ Cf. Pars. 49 e 50 do Acórdão do Tribunal de Justiça da UE, de 06.10.2010, relativo ao processo C-222/08, disponível [aqui](#).

aplicação do artigo 13.º desta directiva, se proceder ao exame específico da situação de cada empresa em causa à luz desses critérios” [destaques nossos].

37. Repare-se que esta posição do TJUE tem não apenas confirmado a competência das ARN para desenvolver e concretizar os critérios de definição do conceito de “encargo excessivo” neste âmbito, como também lançado as bases dos critérios que devem “*permit[ir] determinar os limiares*”, ao fazer referência ao “*nível dos equipamentos*”, à “*situação económica e financeira*” e à “*quota de mercado*”.

[IIC]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[Redacted text block]

[Redacted text block]

[Redacted text block]

[Redacted text block]

[Redacted text block]

[REDACTED]

[FIC]

[A Fibroglobal considera que este parágrafo compromete a confidencialidade da vida económica e financeira da empresa, bem como a sua posição de mercado, na medida em que poderá ser interpretada como fornecendo indícios relativos à sua situação competitiva]

46. Na medida em que o SPD não avança, como visto, com a proposta de critérios concretos, a Fibroglobal considera que se deveria lançar uma nova consulta pública onde estes critérios fossem propostos pela ANACOM, dando-se aos interessados a possibilidade de se pronunciarem devidamente.

[IIC]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[FIC]

[A Fibroglobal considera que este parágrafo compromete a confidencialidade da vida económica e financeira da empresa, bem como a sua posição de mercado, na medida em que poderá ser interpretada como fornecendo indícios relativos à sua situação competitiva]