

Carta R. c/ A.R. e Fax

Ex.mo Conselho de Administração do
ICP-Autoridade Nacional de
Comunicações (ICP-ANACOM)
Av. José Malhoa, 12
1099-017 Lisboa

Palmela, 22 de Março de 2011

V/Ref.: ANACOM-S013609/2011

N/ Ref.: REG/715/2011

ASSUNTO: Pronúncia sobre os Sentidos Prováveis de Decisão relativos ao Conceito de Encargo Excessivo e à Metodologia a aplicar no cálculo dos custos líquidos do serviço universal de telecomunicações

Ex.mos Senhores,

Na sequência da notificação recebida no dia 1 de Fevereiro para se pronunciar sobre os Sentidos Prováveis de Decisão (SPD) relativos à Metodologia a aplicar no Cálculo dos Custos Líquidos do Serviço Universal de Telecomunicações (CLSU, indistintamente para plural e singular) e ao Conceito de Encargo Excessivo, a Cabovisão – Televisão por Cabo, S.A (Cabovisão) vem expor os comentários que a seguir se enunciam, consolidando num só documento a resposta a ambos os SPD.

I. COMENTÁRIOS INTRODUTÓRIOS

1. Tal como referido pelo ICP-ANACOM, apenas há lugar ao cálculo dos CLSU quando a prestação do serviço universal (SU) constitua um encargo excessivo para o respectivo prestador (n.º 1 do artigo 95.º da Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro – “Lei das Comunicações Electrónicas” ou “LCE”).
2. Quando os CLSU representem um encargo excessivo para o prestador, há lugar à sua compensação – a partir de fundos públicos ou através da repartição dos custos pelos



outros operadores – devendo proceder-se, para esse efeito, ao cálculo dos referidos custos, de acordo com um de dois procedimentos previstos no artigo 95.º da LCE: (i) calculando o custo líquido da obrigação de serviço universal, tendo em conta quaisquer vantagens de mercado adicionais de que beneficiem os prestadores; (ii) recorrendo ao custo líquido da prestação do serviço universal identificado no âmbito de um mecanismo de designação previsto na LCE (i.e. por meio de um procedimento concursal objectivo, transparente e não discriminatório).

3. No caso concreto, uma vez que o prestador do serviço universal (PSU), a PT Comunicações, S.A. (PTC), não foi designado no âmbito de um semelhante procedimento – em contravenção com o disposto no Direito da União Europeia, conforme reconhecido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) – e, conseqüentemente, não foram identificados os CLSU numa tal sede, o ICP-ANACOM vem agora calcular os CLSU por meio de uma metodologia de cálculo que tem em conta tanto os custos líquidos directos, como os benefícios indirectos.
4. Uma primeira dúvida que surge relaciona-se, desde logo, com o motivo pelo qual o ICP-ANACOM não retira, de imediato, consequências do Acórdão do TJUE de 7 de Outubro de 2010 (Processo C-154/09), o qual declarou o incumprimento, por parte do Estado português, do disposto no Direito da União Europeia quanto à designação do prestador do Serviço Universal, para efeitos dos presentes SPD.¹
5. Por força da declaração do TJUE, com efeitos *erga omnes*, o ICP-ANACOM, enquanto autoridade administrativa portuguesa vinculada ao respeito pela legalidade, tem a obrigação de adoptar todas as decisões que facilitem a realização do pleno efeito do Direito da União Europeia.
6. Ora, uma vez que a designação do PSU em Portugal não é válida à luz do Direito da União, antes de se efectuar qualquer análise dos eventuais custos líquidos que possam existir na provisão deste serviço, deverá desencadear-se antes o processo previsto no referido artigo 95.º da LCE, garantindo-se assim que a solução encontrada será a mais eficiente e que menos onera o mercado.
7. Não deve avançar-se para o financiamento do SU sem permitir que outros operadores demonstrem a possibilidade/capacidade de prestar o serviço de forma mais eficiente/menos onerosa, obedecendo à tramitação legalmente imposta.
8. Além disso, sempre se poderia pensar noutra alternativa ao modo de financiamento do SU, que poderia até assumir alguma utilidade dadas as recentes declarações do TJUE, como por exemplo a de proceder-se ao financiamento da prestação do SU através do apoio directo aos cidadãos que beneficiem do mesmo, em substituição da imposição de obrigações sobre as empresas que actuam no mercado.

¹ No seu Acórdão, o TJUE declarou que a República Portuguesa, ao não ter transposto, para o direito nacional, as disposições do Direito da União Europeia que regulam a designação do prestador ou prestadores do serviço universal, e ao não ter assegurado a aplicação prática dessas disposições, não cumpriu com as obrigações que lhe incumbem por força dos artigos 3.º, n.º 2 e 8.º, n.º 2 da Directiva 2002/22/CE (Directiva Serviço Universal). Ao manter em vigor o regime previsto no Decreto-Lei n.º 31/2003, de 17 de Fevereiro, o Estado Português mantém o serviço público e a concessão do serviço universal em benefício da PT Comunicações, S.A. (“PTC”), bem como os correspondentes direitos e obrigações, até ao ano de 2025.

9. O ICP-ANACOM entendeu porém proceder ao cálculo dos CLSU, notificando todas as empresas, incluindo a PTC, em sede de consulta pública, para se pronunciarem.
10. Em relação à PTC, entende a Cabovisão que a não auscultação desta, senão em sede de consulta pública, resulta legitimada da condenação do Estado português no que respeita à designação da PTC como prestador do SU.
11. Isto dito, e sem prejuízo do exposto, a Cabovisão entende que, antes de proceder a qualquer cálculo dos CLSU, o ICP-ANACOM deve assegurar-se, e assegurar a todos os operadores, que o PSU cumpre as obrigações de serviço universal de forma economicamente eficiente.
12. Tendo em conta os desenvolvimentos tecnológicos que propiciam uma redução dos custos de oferta e de manutenção dos serviços em causa, é de esperar que a prestação do SU seja cada vez menos onerosa para o seu prestador. Além disso, ao contrário dos demais, o SU não sofre nem sofreu alargamentos de âmbito que procurem responder a novas necessidades dos consumidores, antes se resumindo a elementos básicos e estáveis.
13. Um dos pressupostos subjacentes a um eventual cálculo dos CLSU deve ser que o PSU é eficiente. Não o sendo, não devem os demais operadores – ilegalmente excluídos da possibilidade de fornecer o SU – ser onerados indevidamente por esse facto.
14. A título final, no que respeita à consulta do processo, a Cabovisão não aceita a quantidade de informação considerada confidencial no processo – pela própria PTC – facto que diz muito sobre a falta de transparência do processo (isto mesmo depois da requalificação de alguns documentos como não confidenciais).
15. No fundo, o ICP-ANACOM pede aos operadores que comentem, sancionem e suportem custos que os mesmos não podem conhecer e controlar.
16. Quanto a isto, dispõem os n.ºs 4 e 5 do artigo 96.º da LCE que os prestadores de serviço universal devem disponibilizar todas as contas e informações pertinentes para o cálculo referido no presente artigo, as quais são objecto de auditoria pelo ICP-ANACOM, que deve manter disponíveis os resultados dos cálculos e da auditoria referida. Tal como refere a Directiva Serviço Universal, os custos líquidos das obrigações de SU devem ser calculados com base em procedimentos transparentes.
17. Assim sendo, o ICP-ANACOM deve divulgar todas as informações de custos/benefícios pertinentes de que disponha a fim de permitir que os operadores se pronunciem de forma cabal, esclarecida e informada.

II. SPD RELATIVO À METODOLOGIA A APLICAR NO CÁLCULO DOS CLSU

Comentários gerais

18. Sem prejuízo do acima exposto, e no que respeita à metodologia de cálculo dos CLSU proposta pelo ICP-ANACOM, fruto do trabalho de consultoria realizado pela *Wik-Consult GmbH*, a Cabovisão considera-a, de um modo geral, bastante clara.

19. Teme porém que a mesma possa pecar por ser demasiado vaga e insuficientemente caracterizada, podendo dar lugar a uma utilização “abusiva” para se chegar a resultados perversos.
20. Além disso, a Cabovisão nota que o ICP-ANACOM refere que a dita metodologia só será aplicável até à realização de concurso para designação do PSU, altura em que os custos serão identificados no âmbito do processo concursal (ponto 1. do SPD).
21. Quanto a isto, a Cabovisão não pode deixar de referir que, mesmo havendo lugar a concurso, os custos apresentados nesse processo pelo vencedor da prestação do SU deverão ser sempre fiscalizados. Não pode admitir-se que o PSU que vença o concurso apresente um dado valor de custos que depois se espera ser compensado pelos demais operadores, sem que o mesmo seja questionado e verificado.
22. É necessário que, também nessa altura, se discuta se os critérios de apuramento dos custos são, ou não, razoáveis
23. Quanto aos princípios gerais subjacentes à metodologia do cálculo dos CLSU, designadamente o facto de os custos e os activos do PSU serem valorizados a custos históricos (ponto 2.1. do SPD), tal merece a inteira concordância da Cabovisão, salvo melhor informação.
24. Com efeito, todos os investimentos que já tenham sido amortizados não podem nem devem ser tidos em conta como custos relevantes na prestação do SU. São efectivamente os custos históricos que reflectem o custo real da prestação do SU.

Determinação das áreas não rentáveis

25. Quanto à determinação dos CLSU, manda a metodologia que se apure, antes de mais, os CLSU associados aos clientes não rentáveis (clientes ligados à rede do PSU que geram receitas insuficientes para cobrir a totalidade dos custos que provocam). Para tal, tem-se em conta não apenas as áreas não rentáveis (onde predominam clientes não rentáveis), como os clientes não rentáveis que residem em áreas rentáveis (ponto 2.2.1.1. do SPD).
26. Para determinar a listagem das áreas não rentáveis, o ICP-ANACOM propõe dois passos: (i) o primeiro passa pela determinação dos custos evitáveis e das receitas perdidas de cada uma das áreas geográficas consideradas (ao nível das *Main Distribution Frames* ou MDF) se nelas fosse descontinuada a prestação do SU. A lista de MDF onde os custos evitáveis forem superiores ao valor das receitas perdidas é a primeira lista candidata de áreas não rentáveis; (ii) o segundo passo prevê a inclusão no modelo do efeito das chamadas recebidas (i.e. chamadas iniciadas em áreas rentáveis e destinadas a áreas não rentáveis) para reavaliar a listagem das áreas não rentáveis. Não se consideram as chamadas de substituição.
27. Depois de determinado o número de áreas não rentáveis, aplicam-se dois critérios adicionais para “refinar” as ditas áreas – admitindo-se no entanto que o PSU possa contestar a aplicação destes critérios, fundamentando porque é que não se aplicam: (i) o critério da existência de concorrência efectiva; e (ii) o critério do enclave.

28. O critério da existência de concorrência efectiva pressupõe a aplicação de um critério semelhante ao aplicado na definição dos 'Mercados Relevantes 4 e 5' para determinar as Áreas NC, com a *nuance* de que para o caso basta a existência de pelo menos dois operadores co-instalados em cada MDF para a área ser considerada rentável. Segundo o ICP-ANACOM, a existência de pelo menos dois co-instalados numa área de central é suficiente para questionar se o PSU não prestaria serviços nessa área, pressupondo-se por isso a rentabilidade dessa área.
29. O critério do enclave pressupõe que, quando uma área não rentável está rodeada de áreas rentáveis, o PSU tem de apresentar os critérios que consideraria no momento da decisão de investimento e que justificariam, caso não tivesse obrigações de SU, a decisão de não ligar a área em questão – a verdade é que, antes de a ligar, dificilmente o PSU conseguiria reconhecer aquela área totalmente cercada por áreas rentáveis como não rentável.
30. Quanto aos pontos antes enunciados, a Cabovisão tem, à partida, três comentários.
31. Em primeiro lugar, considera desde logo que para determinar os CLSU associados aos clientes não rentáveis, quando aplica o primeiro passo, e determina os custos evitáveis e as receitas perdidas de cada uma das MDF se nelas fosse descontinuada a prestação do SU, o ICP-ANACOM deve deixar claro quais custos e receitas que toma em conta.
32. No entender da Cabovisão, o ICP-ANACOM deve tomar em conta as margens positivas de todos os serviços prestados sobre as linhas de acesso dos clientes não rentáveis e não apenas os custos referentes à prestação do STF.
33. Na ponderação dos custos evitáveis / receitas perdidas decorrentes da descontinuação da PSU, devem entrar as margens positivas que a PTC auferir com a prestação dos outros serviços que são prestados sobre os acessos em causa (como por exemplo, a prestação de serviços de televisão e de internet). Mas só devem ser consideradas as margens positivas: no momento inicial de prestação desses serviços, o custo do investimento pode ter originado margens negativas que depois evoluíram para margens positivas. O CLSU não deve ser onerado pelo custo inicial de prestar os outros serviços e a verdade é que estes serviços adicionais são prestados apenas e tão só porque há uma obrigação de SU.
34. Concluindo, quando procura apurar a existência de um cliente não rentável, e determina os custos evitáveis e as receitas perdidas de cada uma das áreas de MDF se nelas fosse descontinuada a PSU, o ICP-ANACOM deve ter em consideração que os custos de acesso à ligação à rede telefónica pública num local fixo e acesso aos serviços telefónicos acessíveis ao público podem ser compensados pela subscrição pelo cliente de outro serviço (que não apenas o STF).²

² A verdade é que actualmente a maior parte das vendas dos operadores é feita em *multiple play*. A Zon por exemplo refere que 55% dos seus clientes actualmente subscrevem ofertas de *triple play*. Mais relevante ainda é o facto de a Portugal Telecom reconhecer expressamente que as receitas de retalho da rede fixa apenas cresceram 0,9% face ao 1S09, suportadas pelo contínuo e forte desempenho da oferta *triple-play* do Meo (voz, dados e TV por subscrição), que continua a atenuar significativamente a perda de linhas do serviço fixo, que foi de 36 mil no 1S10, face a 65 mil no 1S09 e 110 mil no 1S08.
http://www.telecom.pt/NR/rdonlyres/06A6E3D4-5574-40F0-853A-B8E84EFED0F0/1451995/PT_2Q10_P1.pdf

35. De resto, da consulta do processo resulta que o ICP-ANACOM parece ter consciência da problemática do *multiple play*, quando afirma que “*no cálculo dos custos líquidos, a PTC considerou apenas parte das receitas geradas pelo STF (...), ignorando nomeadamente as receitas decorrentes de chamadas fixo-móvel, chamadas para números não geográficos, bem como as receitas do acesso à Internet (...), o que resulta num agravamento dos custos.*”. (página 11, documento 9, Volume II do Processo, Despacho da ANACOM de 24.10.2006 “Avaliação da estimativa PTC de Custos Líquidos do Serviço Universal – 2003).
36. Uma outra forma de solucionar esta questão, e vendo as coisas de outra perspectiva, pode ser a de recorrer-se ao conceito de “serviço universal” propriamente dito e tomar em conta apenas os clientes que têm um contrato que se limita ao SU (as necessidades de comunicação básicas, i.e., serviços telefónico fixo) sendo que apenas estes devem ser tidos em conta para efeitos do cálculo dos CLSU.
37. Isto é, em vez de incluir os proveitos dos outros serviços para efeitos de cálculo dos CLSU, deve recusar *tout court* considerar clientes que subscrevam outros serviços para além dos incluídos no âmbito do SU.
38. Esta matéria deve ser articulada com os chamados custos evitáveis com os clientes não rentáveis, de forma a que não haja subsidiação de clientes rentáveis.
39. Em segundo lugar, depois de determinar a primeira lista de áreas não rentáveis, e quando aplica o critério da existência de concorrência efectiva, para maior “refinamento” das áreas, a Cabovisão entende que o ICP-ANACOM deveria bastar-se com a existência de um operador alternativo – seja co-instalado, seja de cabo, etc. – na área de central em causa. Basta efectivamente a presença de um operador alternativo para se considerar que aquela área é rentável.
40. Aliás, pondo a questão de uma outra perspectiva, uma área não rentável deverá ser aquela – e apenas essa – onde não exista qualquer concorrente alternativo (independentemente da tecnologia subjacente). E mesmo nessas áreas onde não existam quaisquer outros operadores alternativos, deve sempre apurar-se se a PTC concede alguma oferta promocional porque, nesse caso, uma tal oferta visará apenas e tão só para dissuadir a entrada de novos concorrentes e fazer face a uma concorrência potencial. Dessa óptica, mesmo essas áreas podem ser consideradas rentáveis.
41. Em terceiro e último lugar, a Cabovisão concorda com a posição do ICP-ANACOM quanto à aplicação do critério do enclave. No limite, poderia considerar-se automaticamente que uma alegada ‘área não rentável’ rodeada de áreas rentáveis é rentável, e caberia à PTC o ónus de demonstrar que assim não o é.
42. De forma semelhante, a Cabovisão entende que, também em relação aos clientes não rentáveis residentes em áreas rentáveis, deve o ICP-ANACOM considerar que se tratam de ‘áreas rentáveis’ sem mais, salvo se houver prova inequívoca, concreta e individualizada em contrário.

Reformados e pensionistas

43. Quanto ao tema dos reformados e pensionistas (ponto 2.2.2.), a Cabovisão saúda o esforço do regulador nesta matéria, tendo muito embora algumas sugestões adicionais a acrescentar.
44. Tanto quanto se compreende do SPD, até 2006, a PTC oferecia aos reformados e pensionistas (cujo agregado familiar auferisse um rendimento mensal igual ou inferior ao ordenado mínimo nacional), um desconto de 50% no aluguer da linha de assinante, sendo anualmente reembolsada pelo Estado das perdas de receitas decorrentes da atribuição desse desconto.
45. Com a aprovação do Orçamento de Estado de 2006, o Estado deixou de compensar a PTC, sendo que, por deliberação do ICP-ANACOM de 17 de Maio de 2007, a PTC viu-se obrigada a disponibilizar aos reformados e pensionistas assinantes de uma única linha de rede analógica, cujo agregado familiar auferisse um rendimento mensal igual ou inferior ao ordenado mínimo nacional, um desconto de 50% no aluguer da linha de rede, calculado sobre o preço de mercado, tendo obrigação de repercutir o desconto sobre os acessos ORLA relevantes. O desconto de 50% sobre a assinatura seria considerado em sede de avaliação de CLSU.
46. Assim sendo, o ICP-ANACOM entende que, a partir dessa data, a PTC passou a suportar um custo adicional por cliente, correspondente ao valor do desconto associado, independentemente do nível de receitas. Para calcular esse valor, o ICP-ANACOM faz um exercício de estimativa da elasticidade procura-preço, procurando determinar o número de reformados e pensionistas que desligaria o STF se o desconto cessasse, deixando assim de constituir um encargo para o PSU.
47. A Cabovisão entende que este exercício é adequado ao fim que se visa atingir. No limite, a elasticidade pode ser superior àquela estimada, uma vez que se trata de um segmento muito sensível ao factor preço.
48. A análise do ICP-ANACOM não parece considerar o facto de a cobrança da tradicional 'assinatura' ter sido massivamente substituída pela cobrança de um valor convertível em minutos de chamadas. A análise da penetração destas ofertas no parque de clientes residenciais da PTC afigura-se fundamental para calcular o «saldo» líquido dos CLSU.
49. Não obstante, a Cabovisão concorda inteiramente com o exercício realizado pelo ICP-ANACOM, embora entenda que, a par disso, deva ter em conta outras considerações, quando aborda o tema dos descontos oferecidos aos reformados e pensionistas.
50. Antes de mais, refira-se que estão em causa, alegadamente, valores muitíssimo elevados. Da consulta do processo resulta que a PTC alega que, com os descontos que se vê forçada a oferecer aos reformados e pensionistas, incorre em custos semestrais de pelo menos 8.1M€ (refere que de Janeiro a Junho de 2007 os custos atingiram cerca de 8.1M€ - documento 17, Volume I). Pode por isso assumir-se que a PTC se prepara para apresentar custos anuais na ordem de, pelo menos, 16M€.
51. A Cabovisão entende que o ICP-ANACOM deve considerar outras variáveis adicionais, relevantes para a determinação do valor anual do custo líquido adicional por cliente decorrente dos descontos oferecidos aos reformados e pensionistas.

52. Em primeiro lugar, e tal como sublinhado pela Aritel em 2003, para além de o serviço universal apresentar cada vez menor acuidade, a rede que o suporta beneficiou de financiamento público nacional e comunitário. Ora, no tema dos reformados e pensionistas, o encargo é apresentado como se correspondesse ao desconto atribuído aos pensionistas e reformados mas não é impossível que o preço que estes pagam, mesmo com o desconto, seja suficiente para a manutenção e a parcela proporcional dos *overheads* do negócio como um todo imputável a tais clientes.
53. Caso se expurgue o efeito de comparticipação no investimento fixo, muito do qual, como referido, beneficiou de financiamento público, não é de excluir que o alegado encargo se revele, na realidade, como um menor lucro e não propriamente como um custo.
54. Em segundo lugar, e como decorre do processo consultado, o ICP-ANACOM decidiu não compensar os CLSU incorridos no período anterior à liberalização plena e efectiva do mercado de telecomunicações. Subjacente a esta decisão parece estar a convicção de que, não havendo alternativa, ou pelo menos em igualdade de circunstâncias, de operadores, os encargos com clientes que "provocam" margens negativas de exploração à PTC acabam por ser compensados por outros benefícios. Neste sentido, se se demonstrar que os reformados e pensionistas não procuram alternativa por razões "históricas" e "sociológicas" (como sejam a resistência à mudança e a inércia dos consumidores mais idosos) justifica-se que parte da permanência resulta da própria existência do SU. Aliás, a própria PT chega a sustentar que uma das razões da escolha do operador é a fidelidade e que essa decorre da relação estabelecida no âmbito do SU (documento 23, pág. 22, Volume I).
55. Finalmente, cabe sublinhar que, se todo o valor do desconto oferecido aos reformados e pensionistas fosse objecto de compensação, parte dessa compensação constituiria uma margem da PTC uma vez que o desconto é calculado sobre o valor de facturação ao cliente final, e não sobre o custo concreto.
56. Ora, basta consultar as demonstrações financeiras da PTC para constatar que a margem é apreciável e, salvo informação expressa em contrário, pode presumir-se que a margem no STF seja equivalente à média.
57. Por conseguinte, a ser efectuada qualquer compensação – o que não se concede – a mesma deveria limitar-se ao necessário para perfazer o custo da prestação do serviço, sob pena de, ao invés de compensar um encargo excessivo, passar a garantir como que um lucro cessante.
58. Por outro lado, havendo alguns indícios de substituíbilidade na ausência do desconto, é até duvidoso que tal lucro fosse sequer atingível. Este ponto pode ser tido em conta tanto ao nível da definição dos CLSU, como da aferição da existência de um encargo excessivo, pois dificilmente um tal encargo será excessivo se não impedir - como não tem impedido - , uma adequada remuneração do capital investido.

Disponibilização de listas telefónicas e de um serviço de informações



59. Em relação à obrigação de disponibilização de uma lista telefónica completa e de um serviço de informações, o ICP-ANACOM refere que este serviço foi globalmente rentável até 2009 pelo que não deve ser considerado.
60. A Cabovisão é sensível ao argumento do ICP-ANACOM, de que não se trata de custos líquidos directos para efeitos dos custos imputáveis referidos na LCE, não se podendo utilizar para redução dos valores negativos de outras componentes do SU.
61. Não significa isso que o valor positivo destes serviços não possa ser, ainda assim, contabilizado na ponderação da determinação dos CLSU, pelo menos em sede de benefícios indirectos.
62. Como o próprio ICP-ANACOM reconhece, a PTC obtém lucros da venda de espaços de publicidade nas páginas amarelas. Estas receitas de publicidade decorrentes da venda de espaço vendido a anunciantes têm de ser tidas em conta a título de benefícios indirectos obtidos pelo PSU. Estes benefícios não seriam obtidos se a PTC não tivesse sido designada PSU.
63. Da consulta ao processo (fls. 6567 a 6636), resulta que esta posição é conforme com a posição da TERA Consultants que considera que a exposição do logótipo do PSU nas listas telefónicas em papel constitui um benefício indirecto (reforço da marca).
64. Além disso, quanto aos serviços de informações em concreto, uma vez que mais de metade dos clientes deu autorização para a utilização dos seus dados, é de todo pertinente que este benefício seja tido em conta como um benefício indirecto que, sem dúvida, favorece a PTC. Tanto parece o ICP-ANACOM reconhecer no SPD.

Benefícios indirectos

65. Conforme previsto na alínea c) do n.º 1 do artigo 96.º da LCE, no cálculo do CLSU devem ser tidos em conta os benefícios, incluindo os benefícios não materiais, obtidos pelo PSU.
66. O ICP-ANACOM apresenta a metodologia relevante para apurar determinadas categorias de benefícios indirectos, que compreendem as categorias respeitantes à reputação empresarial e reforço da marca, os efeitos do ciclo de vida, a ubiquidade, a exploração da base de dados de clientes, a publicidade nos postos públicos, o mailing e as taxas de regulação.
67. Antes de mais, à lista de categorias apresentadas, deve acrescentar-se os benefícios decorrentes da disponibilização de listas telefónicas e de um serviço de informações, na medida do disposto nos pontos supra (pontos 59 a 64).
68. Além disso, deve ainda ter-se em conta os benefícios decorrentes da presença do Grupo Portugal Telecom no negócio de *wholesale*.
69. Finalmente, e sem prejuízo de outras categorias de benefícios que possam ser apurados, deve considerar-se o benefício indirecto decorrente dos descontos de volume. Expurgar esse efeito com base na noção de que o desconto máximo é atingido num patamar de



volume anterior ao necessário para acorrer ao SU significa assumir que o SU constitui sempre a actividade marginal. Ora, constituindo o SU uma obrigação, deveria ser precisamente o contrário. A parte do volume de aquisições de bens e serviços destinados ao SU é a única que a PTC não pode restringir e como tal não se entende porque não beneficia do efeito do desconto.

70. Isto dito, e quanto às categorias de benefícios apresentadas pelo ICP-ANACOM, em relação à primeira, referente à reputação empresarial (a PSU contribui para aumentar a reputação do operador que presta o SU) e ao valor da marca (benefícios associados aos clientes terem uma percepção positiva da empresa), o ICP-ANACOM refere que o primeiro passo para determinar os benefícios indirectos associados é o de determinar o valor da marca Portugal Telecom (recorrendo ao *european brand institute*).
71. O segundo passo passa pela identificação das receitas do Grupo e das receitas que a PTC obtém decorrentes da prestação dos serviços do SU (obtendo assim o valor da marca imputável àqueles serviços numa base acumulada).
72. O terceiro e último passo é o de imputar esse valor aos acessos da PTC que geram CLSU.
73. Ora, quanto a isto, em primeiro lugar, a Cabovisão entende que a marca valoriza todo o Grupo PT ou, pelo menos, todo o negócio fixo da PT. Isto é, a marca que resulta valorizada pela prestação do SU, acaba por valorizar todo o negócio fixo (PT Prime inclusive) e não apenas o da PTC. Portanto o valor da marca deve ser calculado de outra forma menos limitativa que reflecta os benefícios reais decorrentes da PSU para o reforço da marca do Grupo PT.
74. Em segundo lugar, e quanto ao *mailing*, que segundo o ICP-ANACOM se traduz num benefício indirecto para a PTC porquanto ao enviar mensalmente facturas de STF pela PSU, a PTC tem a possibilidade de juntamente com a factura remeter publicidade diversa com um custo adicional bastante reduzido, a Cabovisão gostaria apenas de referir que, a alegar-se a existência de uma conexão negativa com o pagamento associada ao envio de facturas, a mesma não inibe o facto de estas serem acompanhadas de folhetos publicitários (dentro e fora do âmbito do serviço universal).
75. Finalmente, quanto às taxas de regulação, o ICP-ANACOM vem reconhecer no SPD que a dedução desde 1 de Janeiro de 2009, que o PSU obtém no cálculo do valor da taxa anual devida pelo exercício da actividade de fornecedor de redes e serviços de comunicações electrónicas, se traduz num benefício indirecto. O valor desse benefício resulta da diferença que se obtém ao efectuar os cálculos da taxa de regulação devida pelo PSU tendo em conta, ou não, os proveitos decorrentes da prestação do SU.
76. A Cabovisão concorda inteiramente com o entender do ICP-ANACOM quando afirma que a dedução em causa constitui um benefício para a PTC.
77. Sendo um benefício indirecto, em teoria, deveria ser considerado para efeitos do cálculo dos CLSU.
78. No entanto, e como é sabido, a Cabovisão discorda do modo de cálculo da taxa de regulação, e em concreto da dedução dos proveitos do SU em benefício da PTC.



79. Para os anos de 2009 e 2010, o valor da percentagem contributiva aplicado aos fornecedores de redes e serviços de comunicações electrónicas resultou, entre outros elementos, da aprovação de um montante de proveitos relevantes para efeitos do cálculo da taxa em causa, no que respeita a entidades incluídas no escalão 2 (nos termos dos n.ºs 1 e 2 do Anexo II à Portaria n.º 1473-B/2008, de 17 de Dezembro, e para efeitos da alínea b) do n.º 1 do artigo 105.º da LCE).
80. Esse montante pressupõe precisamente a exclusão de uma parte dos proveitos auferidos pelo operador incumbente do serviço universal de telecomunicações, num valor que é desconhecido.
81. A Cabovisão tem contestado este modo de calcular a taxa de regulação, alegando que a mesma é ilegal, inconstitucional e constitui um benefício estatal ao Grupo PT que origina graves restrições da concorrência.
82. Admitir agora que, para apurar os CLSU, se desconte o valor do benefício indirecto que resulta da diferença entre a taxa de regulação devida pelo PSU havendo, ou não, dedução dos proveitos do SU, equivaleria a admitir a validade dessa dedução, o que não se aceita.
83. A dedução que o PSU obtém no cálculo do valor da taxa anual devida, e que majora a taxa que todos os demais operadores têm a pagar, viola declaradamente o Direito da União Europeia.
84. Tanto mais que, tendo o TJUE declarado que o Estado Português violou o disposto no Direito da União Europeia quando à designação do PSU, não resta ao ICP-ANACOM, enquanto autoridade administrativa vinculada ao respeito da legalidade, outra alternativa que não a de adoptar todas as decisões que assegurem a realização do pleno efeito do Direito da União Europeia.
85. Assim sendo, não pode o ICP-ANACOM continuar a retirar consequências desta situação ilegal – a designação da PTC em desrespeito do mecanismo previsto na Directiva Serviço Universal – como seja a não consideração dos proveitos decorrentes da prestação do serviço universal para efeitos do cálculo das taxas relativas ao exercício da actividade de fornecedor de redes e serviços de comunicações electrónicas.
86. Por tudo o exposto, apesar de corroborar o entendimento do ICP-ANACOM de que a dedução que a PTC obtém no cálculo do valor da taxa de regulação anual constitui um benefício àquela empresa, a Cabovisão não concorda com o método agora proposto de apurar esse benefício, e descontá-lo aos CLSU apurados.
87. Nem esta solução seria de resto adequada, uma vez que a forma de cálculo da taxa tem em conta os proveitos do SU e não os proveitos subtraídos dos custos, pelo que nunca poderia a Cabovisão subscrever esta tese.
88. O problema do cálculo da taxa de regulação deve ser solucionado de outro modo. O ICP-ANACOM deve corrigir, de forma retroactiva, o valor global dos proveitos relevantes dos operadores de telecomunicações sujeitos às taxas referidas, de forma a incluir no mesmo



a totalidade dos proveitos do SU e a reduzir, em conformidade, a percentagem contributiva aplicável a todos os operadores.

89. Deve pois proceder à anulação das notas de liquidação / facturas emitidas por referência aos anos de 2009 e de 2010 (com a conseqüente devolução dos montantes indevidamente pagos, acrescidos de juros indemnizatórios) e à sua substituição de acordo com o cálculo resultante da nova percentagem contributiva (sem prejuízo das demais alterações necessárias, designadamente as tendentes a expurgar dos encargos do ICP-ANACOM a financiar os que decorrem de provisões para encargos com processos judiciais).

III. SPD RELATIVO AO CONCEITO DE ENCARGO EXCESSIVO

90. O SPD relativo ao conceito de encargo excessivo – que se refere à diferença entre os proveitos e os custos associados à PSU – define as condições em que será considerado que a prestação do SU é passível de constituir um encargo excessivo.
91. De acordo com o quadro legal vigente, é necessário apurar, em primeiro lugar, se a prestação do SU pode constituir um encargo excessivo e, em caso afirmativo, proceder ao cálculo dos CLSU.
92. Para definir o conceito de encargo excessivo o ICP-ANACOM sugere um método que passa pela identificação do grau de concorrência no mercado em causa, e da situação económico-financeira do PSU.
93. Em primeiro lugar, refere que o conceito de encargo excessivo é estabelecido tendo em conta o grau de concorrência no mercado já que este pode condicionar a capacidade de o PSU suportar, para certos serviços ou zonas, condições afastadas das práticas comerciais normais. Isto é, condiciona a capacidade da empresa de, por via de subsídio cruzada, subsidiar internamente os CLSU.
94. Assim, um primeiro exercício que o ICP-ANACOM faz é o de verificar se o mercado é concorrencial, analisando, antes de mais, as quotas de mercado da PTC em termos de receitas do STF. Segundo o ICP-ANACOM, no caso de o PSU manter sustentadamente quotas de mercado elevadas, indicando que o mercado não é suficientemente concorrencial, os CLSU não representam um encargo excessivo.
95. Em segundo lugar, para definir o conceito de encargo excessivo, o ICP-ANACOM refere que é também relevante a situação específica da empresa que presta o SU, uma vez que o carácter excessivo do encargo depende da capacidade da empresa de o suportar. Reconhece o ICP-ANACOM, quanto a isto, que a PTC tem bons equipamentos que permitem a prestação de serviços de SU de qualidade, e que a empresa tem uma capacidade económico-financeira sólida que até 2006 lhe permitiu deter poder de mercado e suportar os encargos referentes à PSU.
96. Depois de analisados estes dois vectores, o ICP-ANACOM refere ser ainda necessário definir o valor mínimo de CLSU a partir do qual se justifica o financiamento do SU, tendo em conta a expressão de tais custos na economia da PTC, o facto de o próprio Grupo PT vir a contribuir para um eventual fundo de compensação (limitando a



contribuição dos outros) e os custos associados à implementação e gestão do referido fundo que assegure tal financiamento.

97. Referindo o exemplo de França, e considerando a inexistência de informação adicional e o facto de que a dimensão do País não afectará significativamente os custos de gestão do referido fundo, o ICP-ANACOM entende que o valor mínimo de CLSU que justifica financiamento é de 4ME.
98. Antes de mais, a Cabovisão gostaria de recordar o entendimento do regulador britânico quanto à noção de conceito de encargo excessivo. Este regulador considera que, pelo menos até 2006, não existiu qualquer encargo excessivo, tendo em conta somente a capacidade económico-financeira da empresa: *“BT’s level of overall profitability, after taking into account the costs of US, exceeded what BT needed to cover its full costs and make reasonable return”* (fl. 6580 do processo).
99. À luz do exercício do regulador britânico, a Cabovisão questiona-se se o ICP-ANACOM, aplicando um método semelhante, e avaliando somente a situação económico financeira da PTC, face aos CLSU, não chegaria à conclusão de que não há qualquer encargo excessivo susceptível de compensação, sem ter de recorrer sequer à aferição de quotas de mercado.
100. Isto dito, quanto ao primeiro aspecto, o ICP-ANACOM procura definir o nível de quota de mercado do PSU para verificar se o mesmo sofre, ou não, concorrência no mercado do STF e determinar se é, ou não, capaz de internalizar os CLSU.
101. Para tal, o ICP-ANACOM recorre a um limiar de quota de mercado (medida em termos de receitas de STF) de 80%. Considera que mesmo que aplicasse o limiar dos 75% de quota de mercado propugnado pela Comissão Europeia, tal não relevaria para o caso português, uma vez que a aplicação do limiar dos 75% ou dos 80% para a quota de mercado medida em termos de receitas do STF conduziria ao mesmo resultado.
102. A Cabovisão considera que, uma vez que o está aqui em causa é determinar o grau concorrencial de um determinado mercado relevante, segundo as linhas orientadoras do Direito da Concorrência, o limiar de quota de mercado que deve ser tido em conta é aquele sugerido pela Direcção-Geral da Concorrência da Comissão Europeia e pelo TJUE – os 75%.
103. Mesmo que, como sustenta o ICP-ANACOM, a aplicação do limiar de 75% ou de 80% de quota de mercado em termos de receita do STF conduza ao mesmo resultado, por uma questão de respeito pelos princípios do Direito da Concorrência, deve utilizar-se o critério correcto dos 75% de quota de mercado, desde logo porque é impossível prever em absoluto a evolução destas mesmas percentagens.
104. Assim, a partir do limiar de quota de mercado de 75% deve o ICP-ANACOM considerar automaticamente que não há qualquer encargo excessivo.
105. Caso a quota de mercado seja inferior a 75%, nem por isso deve presumir-se que o mercado é concorrencial em termos tais que o PSU não consiga suportar os CLSU. Com efeito, na prática decisória da Comissão Europeia e dos Tribunais da União Europeia, as



preocupações quanto a uma posição de dominância individual surgem normalmente no caso de empresas com quotas de mercado superiores a 40-50%.

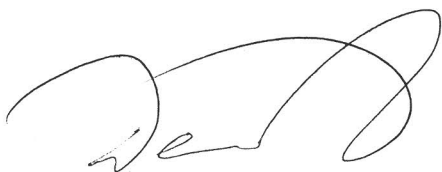
106. Assim sendo, em caso de quotas de mercado superiores a 40-50%, o PSU deve ficar incumbido de demonstrar que o mercado é efectivamente concorrencial em termos tais que a subsidiação interna dos CLSU não é possível.
107. Isto dito, a Cabovisão discorda do ICP-ANACOM quanto à base de cálculo das quotas de mercado. O regulador toma em consideração as quotas de mercado da PTC em termos de receitas obtidas por aquela 'empresa' com a prestação do STF. Com base nas quotas apuradas considera que a partir de 2007 a quota de mercado da PTC é inferior a 80% pelo que deve o mercado do STF ser considerado concorrencial. Logo, a partir desse momento, o financiamento dos CLSU deve passar a ser endogeneizado.
108. Também aqui deve atender-se à disciplina do Direito da Concorrência. Está em causa determinar o poder de mercado de uma determinada empresa num dado mercado relevante de acordo com os princípios do Direito da Concorrência.
109. Ora, nem a PTC é uma 'empresa' do ponto de vista do Direito da Concorrência – que toma em conta o conceito de "unidade económica" e portanto, encara o Grupo PT como uma só empresa –, nem devem ter-se em conta as quotas de mercado da PTC isoladamente para efeitos de avaliar as condições de concorrência no mercado da prestação de serviço fixo telefónico.
110. Além de juridicamente inexacta, esta análise é artificial, uma vez que desconsidera a quota de mercado de outras empresas/unidades do Grupo PT que também prestam STF e que, claramente, não estão em concorrência com a PT.
111. Assim sendo, o ICP-ANACOM deve considerar as quotas de mercado no STF do Grupo PT.
112. Além disso, o ICP-ANACOM não pode pura e simplesmente ignorar o negócio de *wholesale* do Grupo PT. Para determinar a existência de poder de mercado relevam não apenas as quotas de mercado da empresa mas outros factores, como sejam a integração vertical, a existência de barreiras à entrada, entre outros. Assim sendo, e visto que a integração vertical do Grupo PT é reconhecidamente um factor de reforço do seu poder de mercado, na avaliação concorrencial que faz do mercado, o ICP-ANACOM deve ter em conta as receitas grossistas auferidas pelo Grupo PT.
113. Por fim, nessa avaliação jusconcorrencial que é feita devem também ser tidas em conta, para além das receitas provenientes da prestação do STF, todas as receitas dos serviços que são prestados em cima dos acessos não rentáveis.
114. Quando ao segundo vector de definição do conceito de encargo excessivo, que se prende com a avaliação da situação específica do prestador do SU, à semelhança do que foi dito anteriormente, não deve o ICP-ANACOM limitar-se, na sua análise, à situação económico-financeira da 'unidade' PTC.



115. Uma tal análise limitativa não reflecte a realidade da capacidade económico-financeira de que goza o Grupo PT. O ICP-ANACOM deveria considerar todo o Grupo PT ou, pelo menos, todas as empresas do negócio fixo do Grupo PT.
116. Finalmente, quanto ao valor mínimo de CLSU a partir do qual se justifica o financiamento do SU, o ICP-ANACOM refere que os referidos custos devem ser superiores a 4M€ uma vez que é esse o valor dos custos da implementação e gestão de um mecanismo de financiamento.
117. A Cabovisão concorda com o juízo do Regulador, entendendo que deve estabelecer-se um patamar mínimo a partir do qual se justifica o financiamento do SU, não fazendo sentido onerar o sector quando estejam em causa montantes inferiores a, pelo menos, 4M€. Pode até considerar-se elevar o referido montante.

IV. CONCLUSÃO

118. Tendo em conta tudo o exposto, a Cabovisão solicita ao ICP-ANACOM que reavalie os SPD por forma a tomar em consideração os comentários aqui tecidos.
119. Em concreto, e antes de mais, solicita ao ICP-ANACOM que tome em devida consideração o Acórdão do TJUE de 7 de Outubro de 2010 (Processo C-154/09), segundo o qual é inválida a designação do PSU em Portugal e que, ao invés de efectuar qualquer análise dos eventuais custos líquidos que possam existir na provisão deste serviço, desencadeie antes o processo previsto no referido artigo 95.º da LCE, garantindo assim que a solução encontrada será a mais eficiente e que menos onera o mercado.
120. Caso assim não o entenda, solicita-se ao ICP-ANACOM que considere os comentários da Cabovisão aos dois SPD em análise.



Daniela Antão
Direcção Jurídica e de Regulação



Madalena Sutcliffe
Direcção Jurídica e de Regulação