



ICP— Autoridade Nacional de Comunicações
Av. José Malhoa, 12
1099-017 Lisboa

Queluz de Baixo, 1 de Março de 2010

N^o Ref^o: 36/C-SJ/JH/2010

V.^a Ref.^a : Consulta sobre a revogação dos direitos de utilização de frequências dos Muxes B a F

Assunto: projecto de decisão relativo à revogação dos direitos de utilização de frequências associados aos Multiplexers B a F

Ex.^{mos} Senhores,

A sociedade Grupo Media Capital, S.G.P.S., S.A. (a «GMC») detém indirectamente as acções representativas da totalidade do capital social da TVI — Televisão Independente, S.A. (a «TVI»). A TVI encontra-se licenciada para explorar um serviço de programas generalista de acesso não condicionado e de âmbito nacional, transmitido por via hertziana terrestre (doravante, o «Canal TVI») bem como detém a autorização para a emissão de um serviço de programas temático de natureza informativa denominado TVI24.

O Canal TVI é igualmente retransmitido, de forma integral e simultânea, através de várias redes de cabo coaxial dispersas pelo território de Portugal Continental e pelos territórios das Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira, sendo que o Canal TVI24 é actualmente distribuído aos assinantes da ZON, ou seja, como serviço de programas de acesso não condicionado com assinatura.

A GMC é titular a 100% da produtora audiovisual denominada Plural Entertainment, S.A., empresa de produção audiovisual, entre as maiores no mercado ibérico e cujas principais séries de ficção têm vindo a ser comercializadas com bastante sucesso nos mercados internacionais.

A GMC como empresa líder de mercado em produção audiovisual e em televisão, tem, portanto, interesses expressivos no mercado grossista de distribuição de conteúdos audiovisuais, designadamente através das diversas plataformas tecnológicas actualmente existentes, fazendo parte integrante do seu modelo de negócio a produção e organização editorial de tais conteúdos, para comercialização e ou exploração comercial junto dos operadores das referidas plataformas, nos termos negociais que as partes livremente adoptarem, num mercado que se pretende concorrencial.



É precisamente nesse âmbito e nessa perspectiva que se insere a resposta da GMC nesta consulta pública, em que está em causa a evolução futura da plataforma de TDT de acesso condicionado.

Na nossa resposta, adoptaremos por facilidade de referência, a organização sistemática do projecto de Decisão sob análise, a partir do ponto 3 (Análise do pedido) e terminaremos com algumas conclusões.

I - Análise do pedido

Tal como refere o ICP-Anacom, a análise do pedido da PTC implica uma avaliação prévia do objectivo de interesse público subjacente, no início de 2008, à disponibilização de frequências do espectro radioeléctrico para a operação de Pay-TV, no contexto alargado da transição para a televisão digital terrestre.

Como factores preponderantes à data da abertura dos dois concursos destinados ao licenciamento de operadores de rede pública de comunicações electrónicas e de distribuição televisiva, constantes da Deliberação do Conselho de Administração do ICP-Anacom de 30 de Janeiro de 2008.

Foi ali aprovada a decisão sobre a limitação do número de direitos de utilização de frequências reservadas para radiodifusão televisiva digital terrestre e a definição do procedimento de atribuição, bem como o respectivo relatório da consulta pública relativa ao projecto de decisão.

Na referida decisão são enumerados um conjunto de benefícios que adviriam da introdução da TDT, designadamente os seguintes:

- Emissão digital para acesso não condicionado livre, por parte da generalidade da população nacional, no mínimo, aos serviços de programas televisivos emitidos através do actual sistema analógico terrestre;
- Promoção da concorrência no sector das comunicações electrónicas, nomeadamente através da emergência de uma plataforma alternativa para acesso a televisão digital;
- Mais eficiente utilização do espectro radioeléctrico e libertação das frequências usadas pelo sistema analógico, a concluir desejavelmente até 2012, conforme preconizado para o espaço da UE;
- Criação de condições propícias ao desenvolvimento de novos serviços;



- Potencial estímulo da indústria portuguesa de conteúdos, aplicações e equipamentos;
- Possibilidade de oferta de um serviço com melhor qualidade de som (e.g. Dolby Digital 5.1) e de imagem (incluindo 16:9) e de introdução de televisão de alta definição (HDTV).

Constata-se, assim que a promoção da concorrência entre diversas plataformas de distribuição de televisão digital não era a única nem a mais importante motivação para o modelo de implementação da TDT adoptado por essa Autoridade.

Tanto assim é que na Portaria n.º 207-A/2008, de 25 de Fevereiro, rectificada pela Declaração de Rectificação n.º 8-A /2008, que aprovou o Regulamento do Concurso para a atribuição de cinco direitos de utilização de frequências (abreviadamente designada por operação Pay-TV), no art.º 13.º, onde estão vertidos os critérios de graduação e classificação das candidaturas, para além do subcritério da promoção da concorrência, (a 1.2), o qual representa 62% de 3/5 do valor total da proposta ou seja, sensivelmente 37%, previu-se, igualmente, um critério b relativo à contribuição para a qualificação da oferta televisiva, para a produção de obras europeias e para a difusão de obras criativas em língua originária portuguesa, o qual tinha um peso total de 2/5, sendo o mesmo densificado do seguinte modo:

«Para efeito de concretização do critério b da fórmula de classificação final prevista no n.º 2, atender-se – á à seguinte densificação e ponderação:

Critério b1 (60 %) — Qualificação da oferta televisiva:

Subcritério b1.1 (70 %) — Diversidade da composição da oferta de serviços de programas, atentos os fins legais da actividade de televisão e a obrigação do operador de distribuição consagrada no n.º 2 do artigo 9.º da Lei n.º 27/2007, de 30 de Julho;

Subcritério b1.2 (10 %) — Oferta de serviços de programas televisivos regionais ou disponibilização de capacidade de rede e de distribuição para essa tipologia de serviços de programas;

Subcritério b1.3 (10 %) — Oferta de serviços de programas de matriz educativa ou cultural ou capacidade de rede e de distribuição para essa tipologia de serviços de programas;

Subcritério b1.4 (10 %) — Oferta de conteúdos em alta definição;

Critério b2 (20 %) — Oferta de serviços de programas que contribuam para a produção de obras europeias;

Critério b3 (20 %) — Oferta de serviços de programas com relevante difusão de obras criativas de produção originária em língua portuguesa.»



Media Capital

Mais se comprova que o concurso para a TDT paga não se esgotava no objectivo de promover a concorrência, pelo facto de, desde a sua génese, estar prevista a intervenção obrigatória da ERC no licenciamento do operador de distribuição, nos termos do n.º 7 do mesmo art.º 13.º, precisamente para proceder à apreciação do critério b) de ponderação das candidaturas.

Deste modo, e de acordo com o artº 4.º da Deliberação n.º 4/LIC-TV/2009 do Conselho Regulador da ERC, proferida a 02 de Julho de 2009, a candidatura da PTC venceu o Concurso com base, entre outras, nas seguintes obrigações assumidas pela candidata:

- a) Desenvolver uma oferta de serviços de programas inovadora e diversificada, com vista à qualificação da oferta televisiva existente, vocacionada para abranger todos os segmentos de públicos e tendo em conta os fins legais da actividade de televisão, consagrados nos ns.º 1 e 2 do artigo 9.º da Lei n.º 27/2007, de 30 de Julho;
- b) Apoiar, quer directamente, quer por via da composição da sua oferta televisiva, a produção e difusão de obras criativas de produção originária em língua portuguesa bem como a produção e difusão de obras europeias;
- c) Promover a criação de novos serviços de programas de âmbito regional;
- d) Assegurar a distribuição de quarenta e sete serviços de programas no litoral de Portugal Continental (dos quais, pelo menos três em HD) e a distribuição de dezasseis serviços de programas no resto do país (dos quais, pelo menos dois em HD);
- e) Assegurar na composição dessa oferta televisiva a distribuição de, pelo menos, oito serviços de programas nacionais temáticos, entre os quais informação, entretenimento e infantil, com cobertura nacional, e de treze serviços de programas nacionais temáticos com cobertura parcial;
- f) Assegurar na composição dessa oferta televisiva uma distribuição diversificada de serviços de programas em cobertura nacional, designadamente serviços de programas de informação, desporto, entretenimento, música, infantil, documentário e cinema;
- g) Promover a criação de um novo serviço de programas infanto-juvenil de cobertura nacional, dirigido às crianças e jovens entre os 6 e os 14 anos de idade, que compreenda o desenvolvimento de um projecto educativo aberto à participação dos jovens, dos pais e das escolas, vocacionado para promover a aquisição de competências no domínio dos novos media e a integração na Sociedade da Informação e que contemple, ao nível do entretenimento, a ficção nacional e internacional (esta, dobrada em português), música e jogos;



- h) Promover a criação de um novo serviço de programas de matriz cultural de cobertura nacional, a desenvolver com um parceiro nacional, vocacionado em particular para a promoção da cultura portuguesa, privilegiando a difusão de obras de referência da produção nacional e europeia nos domínios do cinema, da música e do documentário, as quais deverão representar pelo menos 75% do tempo total de difusão;
- i) Promover a criação de um serviço de programas de entretenimento de cobertura nacional, que privilegie a difusão de obras criativas de produção originária em língua portuguesa, incluindo ficção, cultura e temáticas privilegiadas pelo público feminino;
- j) Reservar capacidade de rede destinada à emissão de dois serviços de programas de âmbito regional e à promoção do desenvolvimento de projectos regionais no domínio do audiovisual com vista à rentabilização dessa capacidade de rede;
- l) Assegurar a distribuição de pelo menos três serviços de programas em alta definição em acesso não condicionado, sendo que um deles será um dos três novos serviços de programas sujeitos a autorização;
- m) Apoiar directamente a produção de conteúdos nacionais num montante global mínimo de dois milhões de euros, nos primeiros quatro anos de actividade, destinados à produção de obras criativas portuguesas nos domínios da ficção e do documentário, as quais deverão integrar os novos serviços de programas sujeitos a autorização.

Tendo presente todo o exposto, designadamente as obrigações legais que foram validamente assumidas pela PTC através da sua proposta de candidatura, e em ordem a permitir o vencimento da mesma no critério b, o que veio a concretizar-se, não pode a GMC deixar de discordar frontalmente com a afirmação constante do Considerando e) do ponto 4 do projecto de decisão sob análise, no qual o ICP-Anacom aceita, erroneamente, o argumento invocado pela PTC segundo o qual a revogação do acto de atribuição dos direitos de atribuição das frequências a que estão associados os MUX B a F não prejudica, nas actuais condições de mercado, o objectivo de interesse público que esteve na sua génese, o qual, no entendimento do ICP-Anacom, aparentemente se resume à promoção da concorrência.

Em face dos elementos acima referidos, existe toda uma outra ordem de motivações ligadas ao interesse público que estão presentes na ponderação levada a cabo pela ERC na sua intervenção destinada a apurar o candidato que melhor satisfaz os imperativos assinalados no âmbito do critério b., designadamente as que se prendem com a promoção da criação de novos serviços de programas de cobertura nacional (v.g. de temática infanto-juvenil, de matriz cultural, de entretenimento de produção originária em língua portuguesa), e com o



Media Capital

apoio financeiro à produção de obras criativas portuguesas no montante global mínimo de dois milhões de euros nos primeiros quatro anos.

Em síntese, e tendo em consideração quer os benefícios esperados com a atribuição do título de operador de distribuição televisiva, aquando do lançamento do concurso, quer os critérios de ponderação e qualificação dos candidatos ao mesmo, quer ainda, o número de novos serviços de programas, sobretudo de origem nacional, torna-se claro que a revogação do título de licenciamento atribuído à PTC no termo do concurso público levado a cabo no âmbito da operação de Pay-TV prejudicará indelevelmente o objectivo de prossecução do interesse público, conforme se demonstrará.

A GMC não pode compreender que o ICP-Anacom aceite a tese apresentada pela PTC segundo a qual os desenvolvimentos significativos no mercado de televisão por subscrição entretanto ocorridos seja de *per se* a causa justificativa para se aceitar o pedido de revogação do título atribuído à PTC.

Assim é, desde logo, e reportando-nos ao período temporal em que a operação TDT foi definida (início de 2008) e em que as propostas foram apresentadas (Abril de 2008) a verdade é que já então era notória a tendência de crescimento do mercado de televisão por subscrição, designadamente nas redes de televisão por cabo ou satélite, conforme se pode constatar pela leitura dos Boletins estatísticos do ICP-Anacom referentes ao período em apreço, ou seja, 4.º trimestre de 2007¹ e 1.º trimestre de 2008².

Segundo o Boletim estatístico do ICP Anacom relativo ao 4.º trimestre de 2007, existiam em Portugal 1,96 milhões de assinantes dos serviços de TV por subscrição suportados em redes de distribuição por cabo ou satélite (DTH). A soma dos alojamentos cablados por todos os operadores rondava quatro milhões. No período em análise, o número de assinantes dos serviços de televisão por cabo, 1,49 milhões de assinantes, cresceu cerca de 1%, traduzido em mais 20 mil clientes.

Em termos homólogos (comparação com 2006), o crescimento ronda 5%, em termos absolutos. No entendimento do ICP-Anacom, a este facto não seriam certamente alheias as ofertas de pacotes de serviços, com preços promocionais, lançadas pelos principais prestadores dos serviços de televisão por cabo.

No final de 2007, os assinantes do serviço de televisão por cabo representavam cerca de 27% do total dos alojamentos portugueses. Em relação à taxa de penetração de assinantes calculada em termos de alojamentos cablados, esta ronda os 40%.

¹<http://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=559445&channel=print>



No final de 2007, o serviço de televisão através da tecnologia Direct To Home (DTH) contava com 476 mil assinantes, mais 9,3% do que período homólogo (2006).

No que respeita ao primeiro trimestre de 2008, segundo o Boletim Estatístico relativo a este período, os serviços de televisão por subscrição que utilizam as tecnologias cabo e satélite registavam cerca de dois milhões de utilizadores, o que representa 18,8 assinantes por cada 100 habitantes. Ou seja, dos dois milhões de utilizadores, 75% são clientes das redes de distribuição por cabo - quase 1,5 milhões de clientes - enquanto a tecnologia *Direct To Home* (DTH) apresentava meio milhão de utilizadores. Os assinantes representavam cerca de 36,2% dos alojamentos, i.e. , mais um ponto percentual do que no trimestre anterior.

Entre Janeiro e Março de 2008, o número de assinantes dos serviços de televisão por cabo cresceu cerca de 0,5% ou sete mil assinantes, para um total de 1,497 milhões de assinantes.

No que respeita ao serviço de televisão através da tecnologia *Direct To Home* (DTH), o mesmo contava com meio milhão assinantes no final de Março, mais 3,3% do que no trimestre anterior e mais 12,5% que no período homólogo. Em termos absolutos, e durante o trimestre em análise, contabilizaram se mais cerca de 16 mil assinantes, i.e. mais do dobro dos novos assinantes de cabo.

Isto traduz inequivocamente a noção de que o mercado de televisão por subscrição, já na altura da definição do modelo da operação TDT, bem como da preparação e elaboração das propostas de candidatura, apresentava uma clara tendência de crescimento, em todas as plataformas, em especial no cabo e no DTH.

Acresce que, de acordo com elementos constantes do Relatório de Regulação da ERC relativo a 2007³, «*outros sistemas alternativos de acesso à televisão por subscrição, designadamente o IPTV e o Tmax, registaram um crescimento significativo entre 2006 e 2007.*

- *O IPTV consiste na disponibilização do serviço televisivo sobre o protocolo IP. É oferecido, em Portugal, pela Novis e pela PT Comunicações.*
- *O Tmax é uma tecnologia FWA (Fixed Wireless Access). Foi adoptada pelo grupo SGC, que em Portugal opera através da AR Telecom.*

² <http://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=586300&channel=print>

³ ERC, Relatório de Regulação de 2007, Capítulo V, pág. 333, disponível em http://www.erc.pt/documentos/Relatorios/ERC_RelatorioRegulacao2007.pdf



Agregados, os dois serviços registaram, em 2007, um total de cerca de 41 mil assinantes, o que representa uma taxa de crescimento superior a mil por cento em comparação com 2006.»

Tal como a GMC referiu em 15 de Outubro de 2007, na sua resposta à consulta pública relativa á forma concreta de implementação da TDT em Portugal, «(...) o ICP-ANACOM aprovou, por deliberação de 2 de Agosto de 2007, a decisão final relativa à definição dos mercados do produto e mercados geográficos, avaliações de poder de mercado significativo (PMS) e imposição, manutenção, alteração ou supressão de obrigações regulamentares no mercado grossista de serviços de radiodifusão para a entrega de conteúdos difundidos a utilizadores finais (o mercado 18 da Recomendação da Comissão 2003/311/CE, de 11 de Fevereiro de 2003), tendo então identificado, como relevante para efeitos de regulação ex-ante, o mercado de fornecimento grossista de serviços de difusão televisiva através de redes analógicas terrestres, que abrange todo o território nacional.

Naquela análise, concluiu o ICP- ANACOM que a empresa do Grupo PT que nele actua, a PT Comunicações (PTC), atendendo às suas quotas de mercado, à sua dimensão como empresa líder do mercado, ao grau de concentração do mesmo, à existência de barreiras à expansão, à inexistência de indícios que comprovem a existência de concorrência efectiva entre as empresas (preços e outras variáveis) e à inexistência de concorrência potencial, detém PMS nesse mercado, devendo-lhe ser impostas determinadas obrigações.»

Aliás, importa também ter presente que foi a própria PTC o grande agente impulsionador desse crescimento, o que o próprio ICP-Anacom reconhece no segundo parágrafo da página 17 do projecto de decisão em análise, por força do lançamento e da campanha comercialmente agressiva do serviço e da marca MEO, suportada em FTTH, DTH e xDSL.

Assim, de acordo com o que se expressa no Relatório e contas consolidadas de 2008 da Portugal Telecom⁴, «Em apenas um ano, a base de clientes do MEO cresceu 14,9 vezes, atingindo mais de 310 mil subscritores no final de 2008 e uma quota de mercado estimada de 14% do mercado de TV por subscrição em Portugal, representando já 42,9% da base de clientes ADSL.»

Segundo a mesma fonte⁵, «a PT ultrapassou o limiar dos 300 mil clientes de TV por subscrição em 18 de Dezembro (2008), aumentando assim o ritmo do crescimento da base de clientes observado em trimestres anteriores. As adições líquidas no ano, no serviço de TV por subscrição, atingiram 291 mil, alcançando o total de 312 mil clientes no final de 2008. Os clientes de TV por subscrição já representam 11,8% das linhas geradoras de tráfego e 42,9%

⁴ PT, Relatório e Contas consolidadas de 2008, pág 13, disponível em <http://www.telecom.pt/NR/rdonlyres/8099FEB1-90F4-4E43-925E-8833E6FFD8E7/1432222/RCC08PT.pdf>



dos clientes ADSL, um sólido desempenho, tendo em consideração que o serviço de IPTV foi lançado no quarto trimestre de 2007 e o de satélite em Abril de 2008.»

É curioso salientar que, no mesmo Relatório, a própria PTC encarava a operação TDT- Pay TV como claramente complementar das demais plataformas, como decorre das seguintes passagens: *«Adicionalmente, e ao vencer o concurso para a radiodifusão de televisão digital terrestre (TDT), a PT viu reforçada a sua capacidade futura para uma oferta multiplataforma única a nível nacional.»*

Em Comunicado da PT de 02 de Abril de 2008, dizia-se que *«A estratégia de TV da PT será baseada num conceito multiplataforma cujo objectivo é oferecer o mesmo conteúdo independentemente do interface do cliente»*⁶. Segundo as palavras do Presidente Executivo da PT, Zeinal Bava, no referido Relatório anual (2008): *«Destacaria também a vitória da PT no concurso de Televisão Digital Terrestre, o que nos permitirá reforçar a nossa estratégia multiplataforma com cobertura nacional, contribuindo dessa forma para o crescimento do mercado de televisão paga em Portugal. (...) A nossa estratégia passará por uma abordagem multiplataforma, com o lançamento de uma rede de transmissão TDT e, tendo por base a existência de um enquadramento regulatório apropriado, pelo investimento numa rede de fibra óptica que mudará radicalmente a forma como todos vivemos e trabalhamos».*

Também faz eco desta posição a publicação «Comunicações», da APDC, de Janeiro de 2008, pág. 49, ao referir que mais do que os *timings* do *switch-off* o que preocupava a PT era o já efectivo sucesso da televisão por cabo, com uma quota de 80% do negócio de televisão. Citando Zeinal Bava, pode ler-se na referida publicação *«se considerarmos que somos um País com 3,5 milhões de lares, onde potencialmente a TV paga poderá chegar a 80% desse total – ou seja, 2,7 milhões de lares – o mercado tem hoje uma base instalada onde não sobra muito para a TDT.»* Para Zeinal Bava *«a TDT é um meio para atingir um fim: o de ter uma estratégia de televisão que permita dar aos portugueses uma alternativa para o que existe hoje no mercado.»* Já nessa altura Zeinal Bava assumia o carácter meramente complementar da TDT: *«não será possível criar uma alternativa de TV assente exclusivamente na TDT (...) sem outras plataformas será muito difícil angariar clientes para a TDT. No concurso terá de se avaliar a capacidade de investimento de cada empresa e o compromisso e estratégia para o mercado».*

A mesma afirmação se reproduz na edição da «Comunicações» de Maio de 2008, em cuja página 11 se pode ler *«Zeinal Bava justifica a aposta do grupo na TDT como uma oferta complementar na televisão em Portugal, enquadrando-se numa estratégia de televisão*

⁵ PT, Relatório e Contas consolidadas de 2008, cfr nota de rodapé anterior, pág. 63

⁶ Fonte: <http://www.agenciafinanceira.iol.pt/empresas/iol/934866-1728.html> e jornal «Semanário» de 04.04.2008



Media Capital

multiplataforma. "O IPTV é tudo aquilo que de mais inovador existe em oferta de TV. A proposta de satélite (DTH) garante cobertura a 100 por cento do território nacional. O Meo Mobile permite conteúdos em qualquer lado. A TDT enquadra-se nesta oferta, com custos de aquisição perfeitamente suportáveis", afirma. A aposta na massificação da TDT passa pela criação de um fundo de 40 milhões de euros para subsídio dos equipamentos, sendo 15 milhões para a plataforma de canais gratuitos e 25 milhões para os pagos, valor que pode ainda ser revisto caso existam mais consumidores a necessitarem de apoio. Garante ainda que o investimento na TDT não compromete outros investimentos, nomeadamente ao nível da fibra óptica, porque "a PT tem capacidade financeira para todos os projectos estratégicos" (...) «A Portugal Telecom quer massificar o negócio da televisão, onde depois do spin-off começou quase do zero, complementando agora o serviço de cobre (IPTV) que já oferecia desde meados de 2007 com este novo serviço de âmbito nacional. Promete uma oferta flexível e de alta definição, ao mesmo tempo que irá continuar a apostar no cobre, prevendo uma cobertura para televisão por IP em 600 centrais no final deste ano, o equivalente a 90 por cento da população portuguesa. Está aberta a "guerra" na televisão paga via satélite. (...) O novo CEO da PT, Zeinal Bava, não perdeu tempo a avançar com a proposta de massificação da incumbente nacional na área da televisão paga. Depois de ter tomado posse na assembleia geral de 28 de Março, anunciou, a 2 de Abril, uma oferta de televisão via satélite (DTH).»

Este posicionamento demonstra que os investimentos em TDT e fibra não eram considerados incompatíveis mas sim cumulativos, e que o desenvolvimento das demais redes não era visto como uma ameaça à capacidade de afirmação da TDT como plataforma de distribuição complementar, havendo capacidade financeira por parte da PTC para os múltiplos investimentos necessários.

Aliás a PTC apostou decisivamente o seu investimento no aumento significativo da capacidade de satélite, ao celebrar um contrato de oito anos com a Hispasat, o qual representou, segundo a edição do jornal «Semanário» de 04 de Abril de 2008, um investimento de 43 milhões de euros, o qual foi registado nas contas do quarto trimestre de 2007 e já reflectido no nível de dívida líquida.

Segundo a publicação «Computerworld» de 10 de Abril de 2008, o serviço disponibilizado por satélite apresentaria à data um potencial de crescimento de um milhão de lares, sendo que, até ao final desse ano, a empresa tencionava cobrir 90% do território nacional, mediante a instalação de 580 centrais de distribuição do serviço IPTV MEO, o qual seria oferecido em três plataformas – telemóvel, casa e PC – na forma por rede IP (IPTV) ou com tecnologia DTH, por satélite – serviço para os qual a PT terá investido entre de 40 e 50 milhões de euros.



Também segundo um artigo publicado na «Meios & Publicidade», edição de 19 de Dezembro de 2008, «O Meo foi outra das apostas estratégicas. Primeiro uma plataforma de IPTV, o Meo começou a ganhar contornos de um player a ter em conta no sector da televisão por subscrição quando este ano a PT adicionou o satélite ao serviço, com vista à sua expansão nacional» (...) «O ambiente concorrencial na TV por subscrição aumentou significativamente com o lançamento de uma oferta triple Play concorrente na plataforma IPTV e DTH por parte do operador incumbente [PT].»

O lançamento e a aposta sustentada no crescimento dos serviços MEO constituíram efectivamente uma alavanca fundamental na inversão da tendência histórica de perda de quota de mercado no negócio fixo, aparecendo assim como «factor chave na recuperação de quota de mercado na banda larga e na diminuição de perda de linhas»⁷.

Refere a publicação «TeleSatélite» de 01 de Abril de 2009, comentando os dados do Relatório Trimestral do ICP-Anacom relativos ao último trimestre de 2008, que a progressão rápida do mercado de televisão por subscrição se ficou a dever à chegada de novos canais e promoções, mas, «sobretudo, [à chegada] de um novo operador nacional que tem apostado forte neste sector do mercado: a oferta de DTH cuja progressão de clientes deverá ser imputada antes de mais a uma fortíssima campanha promocional, a que se juntou a chegada ao mercado, precisamente em finais de Outubro passado, do novo receptor MeoBox Satélite DVR Full HD, que possibilita aos clientes Meo ver enriquecido o lote de funcionalidades a que têm acesso: canais de Alta Definição, gravação digital, guia TV, Pausa TV, entre outras. (...) Por um lado, é mais que provável que as diversas campanhas promocionais lançadas pelo Meo – a mais recente, decorrida até finais de Fevereiro, oferecia 3 meses a 0 euros a quem assinasse o serviço satélite - levem à angariação de ainda mais clientes».

Pelo exposto, constata-se que não é legítimo à PTC invocar como causa justificativa da revogação dos direitos de utilização das frequências, os desenvolvimentos entretanto ocorridos no mercado de televisão por subscrição porque, em primeiro lugar, na data em que foram apresentadas as propostas de candidatura já era notória a tendência de crescimento desse mesmo mercado e, em segundo lugar, conforme se demonstrou pela análise aos Relatórios e Contas da PTC, foi ela própria o agente responsável pelo desenvolvimento do mercado em apreço.

⁷ PT, 3trim 2009, slides 13 e 14, disponível em http://www.telecom.pt/NR/rdonlyres/9AAE4C8C-725E-45F7-99EC-B8698415B463/1446006/3Q09EarningsPresentation_P.pdf



Assim sendo, tal não pode ser equiparado a uma qualquer alteração de circunstâncias, a qual, aliás, para ter efeitos jurídicos careceria de ser «anormal e imprevisível», excedendo o risco normal do negócio⁸ – o que obviamente exclui qualquer facto voluntário ou provocado pela Parte que a invoca.

Neste sentido, não é correcta a afirmação contida na página 14 do Projecto de Decisão em análise, segundo a qual «no período que decorreu entre a definição do modelo do concurso (início de 2008), a data de entrega de candidaturas (Abril de 2008) e o presente pedido da PTC, ocorreram desenvolvimentos significativos no mercado de televisão por subscrição que, sendo reveladores de maior concorrência, reduzem a importância concorrencial que se esperava da plataforma terrestre e, conseqüentemente, limitam as possibilidades de viabilização de uma operação comercial associada aos Muxes B a F.»

Na revista «Comunicações», da APDC, de Novembro de 2008, pág. 78 recorda-se que «Ao longo de todo este ano foram surgindo inúmeros potenciais candidatos ao concurso, não só de grupos estrangeiros (como a Indra, Abertis ou Prisa⁹), mas sobretudo nacionais como a Ar Telecom, Vodafone, Sonaecom e até Visabeira, para além dos grupos de media com canais de televisão sinal aberto. Quase todos levantaram o caderno de encargos para os dois concursos, e muitos apresentaram questões e dúvidas ao regulador sectorial. Mas acabaram por desistir, por considerarem o negócio pouco atractivo e de grande risco, já que a plataforma terá de concorrer com as ofertas já existentes de TV paga.

O concurso foi lançado a 25 de Fevereiro, terminando o prazo de candidatura a 23 de Abril. À corrida apresentaram-se apenas a PT- concorrendo às duas plataformas – e os suecos da Airplus TV, apenas na plataforma paga (...)

Esta passagem demonstra claramente qual era a situação então existente no mercado, em que concorriam diversas ofertas de televisão por subscrição, pelo que, já então, era equacionável a dificuldade de lançamento da plataforma de televisão paga, em virtude da pressão concorrencial das demais plataformas, o que certamente terá sido ponderado pela PTC como foi por outros operadores que, de início, se mostraram eventualmente interessados, mas acabaram por não apresentar propostas.

A PTC foi a concurso animada da vontade publicamente declarada de complementar, com a TDT paga, a sua estratégia multiplataforma como distribuidora de conteúdos audiovisuais.

⁸ Acerca destes conceitos ver por todos, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Alteração das Circunstâncias*, AAFDL, Lisboa, 1987, ANTUNES VARELA / MÁRIO MESQUITA, *Resolução ou modificação do Contrato por Alteração das Circunstâncias*, in CJ, II, Ano VII, 1982.

⁹ Em rigor, não foi a PRISA que manifestou interesse pelo Concurso mas sim a própria GMC,, ou seja, a ora respondente.



Note-se que, aquando da resposta à consulta pública relativa ao modelo concreto de implementação da TDT em Portugal, a GMC reafirmou a sua confiança relativamente à implementação da TDT, gratuita e paga, mas admitindo que não fosse simultânea da TDT FTA e da TDP paga.

Porém, a Autoridade gestora do espectro entendeu, que haveria vantagens no desenvolvimento e implementação simultâneos da oferta paga e da oferta gratuita, numa assumida óptica de obtenção de sinergias entre as duas operações, a qual permitia mesmo ao concorrente a obtenção de uma melhor pontuação ou classificação. Aliás, pela evolução posterior dos factos relativos a ambos os concursos, ficou clara a ponderação de vantagens concursais para o caso de obtenção de todas as licenças por parte da mesma operadora, tendo justificado, inclusive, a apresentação pela PTC de uma proposta com variante ao concurso relativo à atribuição de um título de acesso ao Multiplexer A (operação FTA) a qual se tornaria aplicável na eventualidade de a PTC sair vencedora de ambos os concursos, como veio a suceder.

Note-se que a questão das referidas sinergias, e da necessidade de implementação simultânea de ambas as plataformas, continua a ser equacionada como justificação adicional para a pretendida revogação, quando é certo que, no art.º 16.º do título ICP-ANACOM 006/2008 se dispõe o seguinte:

«Caso, entre a emissão do presente título habilitante e o prazo máximo de início de exploração dos serviços, indicado na alínea e) do n.º 1 da cláusula 12.ª, a PTC seja impedida, por motivos que não lhe sejam imputáveis, de exercer os direitos de utilização de frequências objecto da Portaria n.º 207-A/2008, de 25 de Fevereiro (relativa aos Multiplexers B a F), fica vinculada ao cumprimento das condições associadas à proposta base da sua candidatura.»

Foi, portanto, ponderada pelo ICP-Anacom, aquando da atribuição do título relativo ao Multiplexer A, que ocorreu em 09 de Dezembro de 2008 a possibilidade da não implementação simultânea, assumindo o regulador que as referidas sinergias só se perderiam se o início da exploração dos direitos concedidos pelo título de acesso aos Multiplexers B a F não pudesse ocorrer até ao decurso do prazo limite dentro do qual deveria iniciar-se a exploração do Multiplexer A, o que não ocorre *in casu*.

Na verdade, desde o seu início que o modelo concreto de implementação da TDT em Portugal partiu do pressuposto de que a migração voluntária necessitaria de um incentivo traduzido essencialmente numa maior oferta televisiva, a par de incrementos no plano da qualidade de imagem e som.



Tanto assim é que o próprio ICP-ANACOM reconheceu que a operação Pay-TV teria um efeito de alavancagem junto do grande público do conhecimento da plataforma TDT como um todo.

Não compreende assim a GMC como é possível, neste momento, ao ICP-ANACOM admitir que a transição para a TDT se processe nos mesmos termos caso não venha a existir uma operação de TDT paga, uma vez que certamente não será por virtude do quinto canal generalista de acesso livre ou do serviço de televisão em Alta Definição em segmentos de emissão partilhados por vários operadores, que se criará o estímulo necessário para a mudança tecnológica que se impõe a muito breve prazo: a oferta de mais serviços a preços reduzidos seria claramente complementar da gratuita.

II- A não revogabilidade do acto de licenciamento, por mera adesão à declaração de vontade da PTC

Nos termos do disposto no nº 1 do art.º 138.º do Código de Procedimento Administrativo, «*Os actos administrativos podem ser revogados por iniciativa dos órgãos competentes, ou a pedido dos interessados, mediante reclamação ou recurso administrativo.*»

Como se esclarece na página 9 do Projecto de Decisão ora em apreciação, não se trata na presente circunstância, de uma revogação desencadeada por via de recurso ou reclamação, mas de petição, ou seja, de revogação a pedido do destinatário do próprio acto e por inconveniência do mesmo, não estando pois, em causa, a validade do mesmo.

Porque naturalmente se trata de um acto que investe o particular numa determinada posição jurídica de vantagem, constituindo mesmo a atribuição de um direito subjectivo, é correcta a remissão que se faz para o regime da revogabilidade dos actos administrativos constitutivos de direitos, ou seja, para o regime de decorre do art.º 140, n.º 2 do CPA, e do qual resulta que «*Os actos constitutivos de direitos ou interesses legalmente protegidos são, contudo, revogáveis: a) Na parte em que sejam desfavoráveis aos interesses dos seus destinatários; b) Quando todos os interessados dêem a sua concordância à revogação do acto e não se trate de direitos ou interesses indisponíveis.*»

Porque não está em causa um acto que tenha um conteúdo com uma parte desfavorável ao seu destinatário, resulta evidente - como aliás decorre do disposto na página 10 do projecto de Decisão aqui em análise - que o ICP-Anacom alicerça a justificação do exercício da sua competência revogatória na alínea b) da citada norma.

Sucede que, ao contrário do que parece resultar, até de uma leitura simplista da própria norma, a verdade é que nem sempre o facto de o interessado dar a sua concordância à revogação do acto do qual é destinatário assegura a legalidade do acto revogatório.



Media Capital

Com efeito, casos existem em que, apesar do interessado não se opor à revogação do acto, do conteúdo do mesmo resulta a existência de direitos ou interesses indisponíveis que obstam a que a Administração, mesmo que seja a pedido do interessado, possa proceder à revogação do acto validamente emitido.

Nos casos em que o exercício do direito que o acto incorpora, por parte do seu destinatário, visa, não apenas a sua satisfação enquanto particular mas também, e ainda que acessoriamente, a satisfação do interesse público, deve obrigatoriamente considerar-se que existem direitos ou interesses irrenunciáveis por parte do destinatário do acto e interessado na revogação, que obstam a que a Administração possa proceder à revogação do mesmo,

Já nas situações em que, seja pelas obrigações assumidas pelo particular em face da Administração, seja porque do conteúdo do acto resulta uma clara associação à realização do interesse público, a simples concordância do interessado não basta para que o acto se possa considerar como susceptível de revogação. Parece-nos ser precisamente este o caso vertente.

Por outras palavras, se é verdade que os actos discricionários legais e constitutivos de direitos são livremente revogáveis, entre outros casos, sempre que haja o consentimento do interessado, a verdade é que tal regra só é válida quando o direito constituído pelo acto *“seja disponível e renunciável, ou seja, que a sua criação vise exclusivamente a satisfação de um interesse privado”*¹⁰.

Neste sentido, e se dúvidas ainda existissem acerca deste entendimento, aqui ficam as palavras insuspeitas e autorizadas do Prof. Robim de Andade¹¹, que a propósito da questão de saber em que medida é admissível a renúncia a posições jurídicas já constituídas por acto administrativo – para efeitos de revogação - diz, claramente:

«Têm sido dois os critérios fundamentais invocados pelos autores para resolver esta questão: Num primeiro critério, consideram-se renunciáveis os direitos constituídos por actos que visem exclusivamente a prossecução de interesses privados, e consideram-se irrenunciáveis os direitos constituídos por actos que associem a prossecução de interesses públicos à constituição de direitos e qualidades jurídicas. Num segundo critério que, aliás, mais não é do que a explicitação do primeiro, consideram-se irrenunciáveis todos os direitos ou qualidades jurídicas a que os respectivos actos constitutivos tenham associado obrigações a cargo dos seus titulares e em proveito da colectividade.

¹⁰ Mário Esteves de Oliveira, Direito Administrativo, Vol I, Almedina, Lisboa, 1980, p. 621.

¹¹ José Robim de Andrade, A Revogação dos Actos Administrativos, 2ª Edição, Coimbra Editora, 1985, p. 170



Poderão considerar-se assim renunciáveis, apenas, os direitos cuja atribuição pela Administração aos particulares não seja acompanhada por elementos (obrigações acessórias, condições) que revelam uma associação de fins de interesse público ao bem jurídico particular garantido pelo direito. Só então a revogação dos respectivos actos constitutivos poderá ter lugar, mediante concordância do administrado.»

Ora, as obrigações que decorrem para a PTC do facto de ser a entidade licenciada, designadamente as que decorrem do licenciamento como operador de distribuição, facilmente permitem compreender que a posição jurídica em que agora se encontra investida não visa única e simplesmente a satisfação do seu interesse particular, mas também e necessariamente a satisfação do interesse público que subjaz a todo o procedimento de concessão de licenças nesta área.

Em suma, parece evidente que estamos perante um acto que, além de constituir direitos na esfera jurídica do interessado, associa-o também à realização de um específico interesse público. Em consequência, a possibilidade da sua revogação deve necessariamente encontrar o seu fim e limite na realização desse mesmo interesse público.

Significa isto que uma eventual revogação dos direitos de utilização de frequências associados à TDT paga implicaria, dada a relação umbilical existente entre o licenciamento por parte do ICP-ANACOM e a outorga de título de operador de distribuição pela ERC, a desconsideração do interesse público inerente a esta última qualidade.

Se é certo que não caberá nunca à PTC definir qual seja o interesse público, nem definir se o mesmo se mantém ou não, ou em que moldes se mantém, é também certo que ao ICP-ANACOM apenas cabe prosseguir o interesse público tal e qual ele foi definido pelo legislador, não lhe estando, nem podendo estar-lhe atribuída a capacidade de alterar a sua concreta definição. E, como sabemos, o legislador não introduziu, a posteriori, qualquer alteração às obrigações que impendem, designadamente, sobre a entidade licenciada como operador de distribuição.

Acresce que, no caso concreto, a circunstância de o interessado, em “troca” da aquisição dos direitos, ter igualmente assumido algumas obrigações cujo conteúdo visa a concretização ou associação da PTC à realização do interesse público, obrigações essas a que a PTC de forma livre, autónoma, e seguramente consciente do seu alcance se auto-vinculou¹², leva necessariamente a que não seja permitida a revogação do acto, sob pena de essa mesma revogação se ter de considerar como contrária ao interesse público.

¹² Aliás auto vinculou-se a partir do momento em que apresentou proposta e em que esta foi a proposta adjudicada, nos termos do art.º 18º, n.º 1, do Portaria n.º 207/-A/2008, de 25 de Fevereiro.



É que, se quem atribui os direitos na sequência do procedimento concursal exige ao titular dos mesmos a vinculação a um conjunto de obrigações que o associam à realização do interesse público subjacente à atribuição desses mesmos direitos, então parece evidente que a revogação do acto implica necessariamente a não realização do interesse público quer por parte do titular dos direitos quer por parte de quem os conferiu.

Ou seja: se o interesse público que esteve subjacente à emissão do acto e atribuição dos direitos se mantém inalterável - e seguramente que se mantém pois não existe da parte do legislador qualquer alteração nesse sentido - os factos ou ocorrências que alegadamente alteram a posição do interessado em face do direito atribuído são absolutamente irrelevantes e não podem validar a revogação da decisão, nos casos em que a atribuição de um determinado direito visa não apenas os interesses do particular mas, também, a realização de um específico interesse público, ao ponto de, juntamente com a atribuição do direito, serem impostas ao interessado obrigações que visam a satisfação desse mesmo interesse público, como obviamente é o caso.

O que torna, a nosso ver, incorrecta a afirmação do ICP-ANACOM na pág. 12 do Projecto de Decisão segundo a qual «a orientação política não sublinha que a TDT em Portugal tenha, necessariamente, de comportar uma componente paga e outra gratuita».¹³

Em termos de conclusão lembra-se que, como em Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, se disse “A Administração, mesmo quando pode revogar um acto administrativo, não é obrigada a fazê-lo se o interesse público exigir que o não faça”¹⁴ e, permita-se acrescentar, não o deve mesmo fazer quando o interesse público assim o reclame, como é indubitavelmente o caso em apreço, já que o interesse público subjacente à qualidade de operador de distribuição e às inerentes obrigações permanece válido.

Tudo conflui, portanto, para que a revogação dos títulos atribuídos à PTC a que se refere o Projecto de Decisão ora em apreço, só pudesse ser legal, se se demonstrasse que a mesma satisfazia o interesse público, o que não é o caso.

Importa ainda referir que, ao contrário do que sucedeu em anteriores Decisões de revogação de licenças - designadamente a de 8 de Janeiro de 2003 relativa à revogação da licença da ONIWAY como operadora do serviço móvel de IMT/2000 (3G) e de 25 de Março de 2003,

¹³ Esta afirmação do ICP-ANACOM é contrariada pelo preâmbulo da Portaria n.º 2071-A/2008, de 25 de Fevereiro, onde claramente se afirma que “Entendeu-se, assim, que a introdução da TDP assenta em dois modelos de negócio distintos, ou seja: uma operação que sinteticamente se designa por Free to Air (FTA), objecto do concurso público lançado nesta mesma data pelo ICP-ANACOM,(...); e uma outra operação de Pay Tv, objecto do presente concurso público, com o qual se pretende proporcionar aos utilizadores finais a existência de uma oferta comercial concorrencial às disponibilizadas por outras plataformas, ao nível do serviço de televisão por subscrição”

¹⁴ AC. Tribunal Pleno da Secção Administrativa, de 20/1/1998, Proc. n.º 032448, in www.dgsi.pt





relativa à revogação da licença da PTDP como operadora da plataforma de TDT¹⁵, no caso vertente não podem ser invocadas razões de impossibilidade técnica derivadas de atraso generalizado na disponibilização de equipamentos terminais e no arranque da exploração comercial dos serviços a que diziam respeito¹⁶.

Na verdade, não pode dizer-se, como então, que a tecnologia se encontra ainda atrasada na sua implementação, ou que não é ainda oportuno o arranque da sua exploração comercial.

Como se não bastasse, a própria PTC em momento algum do seu pedido de revogação invoca a impossibilidade de levar a cabo o projecto a que se comprometeu, limitando-se a entender ser «*mais adequado não dar continuidade*» ao mesmo, o que nos parece manifestamente insuficiente para superar o interesse público tal como superiormente definido pelo legislador.

III- A utilização harmonizada da sub-faixa dos 790-862 MHz

O ICP-ANACOM, na página 23 do projecto de decisão em apreço (ponto 3.3), alude ao que, na sua opinião, se caracteriza como uma irreversibilidade: a utilização harmonizada da sub-faixa dos 790-862 MHz por redes e serviços de comunicações electrónicas diferentes do serviço de radiodifusão.

Permitimo-nos discordar desta suposta «irreversibilidade», a qual, na verdade, não corresponde a uma obrigatoriedade imposta pela UE, mas sim a uma mera faculdade que assiste aos Estados membros, conforme foi, aliás, reconhecido expressamente pela própria Comissária Viviane Reding, em 15 de Outubro de 2009, em resposta a uma questão colocada pela Deputada Helga Trüpel do Partido dos Verdes (ALDE) em 29 de Setembro de 2009, sobre a compatibilidade da afectação dessa sub-faixa ao serviço móvel com o novo pacote regulamentar europeu para o sector das comunicações electrónicas e com as actuais dotações espectrais equitativamente alocadas a cada País, no âmbito da Conferência Regional de Radio-Comunicações de 2006 (RRC-05)¹⁷:

¹⁵ De acordo com o parecer do Conselho de Administração do ICP-ANACOM de 13 de Março de 2003

¹⁶ No Despacho de revogação do Ministro da Economia dizia-se, por exemplo «*Não está assegurada, em regime de oferta massificada, a disponibilidade no mercado nacional de equipamentos (set-top boxes) conformes com a norma DVB-MHP, pressuposto, também, necessário ao lançamento e entrada em funcionamento da plataforma de televisão digital terrestre. Da mesma forma, o actual contexto tem afectado os operadores de plataformas de televisão digital terrestre, referindo-se a título de exemplo as operações malogradas no Reino Unido e em Espanha.*» A este propósito, veja-se por exemplo o Relatório de análise do chamado mercado 18, pág. 58 e ss.

¹⁷ <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=WQ&reference=P-2009-4568&format=XML&language=EN>



«É importante ter em conta que a projectada decisão sobre a harmonização técnica não obrigará um Estado membro a abrir a sub-faixa para novas utilizações para além da radiodifusão¹⁸.»

Este entendimento veio, aliás, a ser reiterado nas Conclusões adoptadas pelo Conselho de Ministros dos Transportes, Telecomunicações e Energia, em 17 de Dezembro de 2009, em que, no ponto 6 a) convida os Estados membros a facilitar, dentro do possível, a harmonização técnica da faixa dos 800 MHz, referindo expressamente que os Estados membros não estão obrigados a abrir tal sub-faixa aos serviços de comunicações electrónicas e reconhecendo ainda que os Estados-Membros poderão manter toda ou uma parte de tal faixa, para serviços de televisão de alta potência e outras aplicações existentes.

O mesmo Conselho reconhece ainda, no ponto 5 c) das mesmas Conclusões, a importância do dividendo digital como um meio de dar resposta às elevadas expectativas dos Consumidores europeus relativamente à qualidade e diversidade dos serviços televisivos.

Já o PE, através da posição expressa na sua Resolução de 24 de Setembro de 2008¹⁹, salientou o papel decisivo dos serviços de radiodifusão televisiva para o interesse geral, com base nos seguintes aspectos:

«15. Salaria que as empresas de radiodifusão são actores essenciais para a defesa dos princípios do pluralismo e da democracia, e acredita firmemente que as oportunidades oferecidas pelo dividendo digital permitirão às empresas de radiodifusão públicas e privadas oferecerem um número muito mais importante de programas que promovam os objectivos de interesse geral, fixados nas legislações nacionais, tais como a promoção da diversidade cultural e linguística;

16. Considera que o dividendo digital deve constituir uma oportunidade para os radiodifusores desenvolverem e expandirem os seus serviços e, ao mesmo tempo, terem em conta outras potenciais aplicações sociais, culturais e económicas como as tecnologias e os serviços de acesso novos e abertos de banda larga concebidos para ultrapassar a «fractura digital», não permitindo entretanto a existência de obstáculos à interoperabilidade;

(...)

20. Salaria que o princípio orientador na atribuição do dividendo digital deverá ser o de servir o interesse geral, garantindo o melhor valor social, cultural e económico possível traduzido numa oferta acrescida e geograficamente mais ampla aos cidadãos de serviços e

¹⁸ Parlamento Europeu, Resolução sobre tirar o máximo partido do dividendo digital na Europa: Abordagem comum para o aproveitamento do espectro libertado com a transição para o digital, disponível em <http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=P-2009-4568&language=EN>

¹⁹ Documento (2008/2099(INI)) publicado no J.O n.º C 8 E de 14.01.2010,



conteúdos digitais, e não apenas de maximizar as receitas públicas, protegendo também os direitos dos utilizadores de serviços media audiovisuais e reflectindo a diversidade cultural e linguística;

(...)

29. Salaria que o dividendo digital proporciona novas oportunidades para os objectivos das políticas de audiovisual e de comunicação social; está, portanto, convencido de que as decisões sobre a gestão do dividendo digital deverão promover e proteger os objectivos do interesse geral ligados a estas políticas, como a liberdade de expressão, o pluralismo dos media, a diversidade cultural e linguística e os direitos dos menores;

(...)

42. Reitera que, no interesse dos cidadãos da União, o dividendo digital deve ser gerido o mais eficiente e eficazmente possível, a fim de evitar interferências com a prestação de programas de televisão digital de elevada qualidade a um número crescente de cidadãos, e de respeitar os direitos e os interesses dos consumidores e o seu investimento em equipamento;»

A mesma preocupação tem vindo a ser reiteradamente manifestada pelo DIGITAG, designadamente no seu último documento, publicado em Dezembro de 2009²⁰, no qual se afirma que os Estados membros deverão proceder a uma completa avaliação dos custos da eventual migração de serviços, e dos cenários em termos de interferências, caso decidam implementar a harmonização técnica da sub-faixa.

Curiosamente, o próprio ICP-ANACOM, aquando da sua resposta à consulta pública da Comissão Europeia sobre o dividendo espectral²¹, e insurgindo-se contra a rigidez associada à imposição de condições técnicas harmonizadas para utilização da faixa 790-862 MHz, ressaltou «(...) o papel essencial da radiodifusão televisiva digital terrestre na oferta de televisão de acesso gratuito, incluindo de âmbito regional ou local, não esquecendo ainda todas as expectativas em torno da televisão móvel, designadamente assente em DVB-H, para as quais é também indispensável a afectação de espectro.»

Além do mais, e no que toca a alegada imposição por parte da Comissão relativamente à utilização da faixa 790-862 MHz por redes e serviços de comunicações electrónicas diferentes do serviço de radiodifusão, cabe frisar, e para que não restem dúvidas sobre este ponto, que a Comissão não aprovou uma decisão, que essa sim, seria vinculativa para os

²⁰ Digitag, The Digital Dividend & the Future of Digital Terrestrial Television, disponível em http://www.digitag.org/DTTResources/DigiTAG_Position_Paper%201.01.pdf

²¹ Contributo da ANACOM para a consulta pública da Comissão Europeia, "Transformar a oportunidade do dividendo digital em benefícios sociais e crescimento económico na Europa", acessível em http://ec.europa.eu/information_society/policy/comm/radio_spectrum/document_storage/consultations/2009_digital_dividend/replies/039_pt_anacom.pdf



Estados-Membros, mas somente uma recomendação 22 relativamente à utilização da referida faixa de frequências.

Fica assim demonstrado que Portugal não está obrigado a abrir a sub-faixa 790-862 MHz para novas utilizações para além da radiodifusão, tal como expressamente referiu a Comissária Viviane Reding, em 15 de Outubro de 2009, a uma questão suscitada pelo Parlamento Europeu (vide supra).

Ao invés do que aparentemente se afirma no projecto de decisão do ICP-ANACOM, o Estado Português pode manter toda ou uma parte sub-faixa 790-862 MHz para serviços de televisão de alta potência, designadamente a TDT em formato HD, tal como se infere nas Conclusões adoptadas pelo Conselho de Ministros dos Transportes, Telecomunicações e Energia, em 17 de Dezembro de 2009²³.

Por último, importa clarificar que não pode ter-se por correcta afirmação do ICP-ANACOM segundo a qual «a maioria dos respondentes à consulta pública sobre o dividendo digital defendeu a atribuição, tão cedo quanto possível, da sub-faixa 790-862 MHz para aplicações móveis de banda larga.»

De facto, e sem preocupação de exaustividade, pelo menos a RTP, a SIC, a GMC, APIMPrensa, bem como a APR/ARIC, manifestaram um entendimento distinto, realçando a importância da afectação de espectro para serviços audiovisuais, designadamente tendo em conta a necessidade de recursos espectrais acrescidos para a televisão em Alta Definição (HDTV) e, num futuro próximo, a televisão 3D. A propósito, a própria PTC reconheceu na sua resposta à mesma consulta, as necessidades espectrais associadas ao desenvolvimento de tais serviços.

Nem poderá ser invocada, a este propósito, a inevitabilidade de Portugal ter de afectar a referida sub-faixa para serviços de banda larga móvel em virtude de Espanha ter já decidido nesse sentido, porquanto existem possibilidades técnicas para mitigar as interferências entre as redes de TDT e os serviços de banda larga móvel tal como é profusamente explicitado na Secção 7.3.3 pág. 141 e seguintes do Relatório 'Exploiting the digital dividend' – a European approach de 14 de Agosto de 2009, elaborado sob a coordenação da empresa de consultoria Analysys Mason para a Comissão Europeia²⁴.

²² Recomendação da Comissão de 28.10.2009, *Facilitar a libertação do dividendo digital na União Europeia*, Bruxelas, 28.10.2009 C(2009) 8287 final, acessível em http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecomm/radio_spectrum/document_storage/legislation/dd_recommendation/pt_rec.pdf

²³ Conclusões adoptadas pelo Conselho de Ministros dos Transportes, Telecomunicações e Energia, em 17 de Dezembro de 2009 acessível em http://www.consillium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/trans/112001.pdf

²⁴ Acessível em:



IV- Do comportamento anti-concorrencial da PTC

Em face de todos os factos expostos, é legítimo questionar se o actual comportamento da PTC configura ou não uma prática de concorrência desleal, caso em que será legalmente inadmissível.

Relativamente a esta questão, a GMC revê-se genericamente na valoração dos factos vertida no projecto de decisão do Conselho Regulador da ERC, aprovado por unanimidade, no qual aquela entidade considera improcedente o pedido de revogação da PT Comunicações do título habilitante de operador de distribuição²⁵, a saber:

«Além disso, e a um nível mais geral, o reconhecimento das pretensões invocadas pelo operador PTC dificilmente deixaria de ser interpretado pelo mercado e pelos diferentes actores nele implicados como representando um benefício para quem deliberadamente se teria colocado numa situação de incumprimento face a compromissos assumidos. Embora o Conselho Regulador rejeite, naturalmente, que tenha sido esse o objectivo visado pela PTC, julga-se contudo inevitável que a revogação da licença em apreço viabilizaria a leitura de que, numa primeira fase, teria sido permitido à PTC afastar a concorrência à componente paga da TDT, afirmando nela o seu interesse e apresentando para tanto um projecto meritório, para, numa fase posterior, já na posse do respectivo título habilitante, renunciar a tal projecto, afirmando já não ser o mesmo economicamente viável nem interessante, com isso colocando em causa quer os interesses de terceiros entretanto preteridos, quer os de outros agentes sectoriais visados nos instrumentos concursais aplicáveis, quer ainda os do Estado, e tendo então caminho livre para gerir a plataforma do Mux A sem as naturais condicionantes impostas pelo modelo de televisão paga.²⁶».

V- Conclusões

A GMC discorda dos fundamentos e consequentes ilações vertidos no Projecto de Decisão relativa à revogação dos Direitos de utilização de frequências associados aos Multiplexers B a F, submetido a procedimento de consulta, pelos seguintes fundamentos:

1. O ICP-Anacom não pode aceitar o argumento invocado pela PTC segundo o qual a revogação do acto de atribuição dos direitos de atribuição das frequências a que estão associados os MUX B a F não prejudica, nas actuais condições de mercado, o objectivo de interesse público que esteve na sua génese, o qual, no entendimento do ICP-Anacom, aparentemente se resume à promoção da concorrência.

<http://www.analysismason.com/PageFiles/13825/Analysys%20Mason's%20final%20report%20Exploiting%20the%20digital%20dividend%20-%20a%20European%20approach%2020090814.pdf>

²⁵ Acessível

em:

<http://www.erc.pt/documentos/ProjectoDeliberacaoRevogacaoOperadorDistribuicaoPT%20Comunicacoes.pdf>

²⁶ ERC, projecto de deliberação, parágrafo 16, página 17



2. Ao invés do que sustenta a PTC, a verdade é que, tendo em consideração, quer os benefícios esperados com a atribuição do título de operador de distribuição televisiva, aquando do lançamento do concurso, quer os critérios de ponderação e qualificação dos candidatos ao mesmo, quer ainda, o número de novos serviços de programas que a PTC se obrigou a disponibilizar, sobretudo de produção nacional, afigura-se-nos que a revogação do título de licenciamento atribuído à PTC prejudicará indelevelmente o objectivo de prossecução do interesse público.
3. O ICP-Anacom não pode aceitar a tese da PTC segundo a qual os desenvolvimentos significativos no mercado de televisão por subscrição entretanto ocorridos são de *per se* a causa justificativa para se aceitar o pedido de revogação do título atribuído à PTC, porquanto:
 - a. reportando-nos ao período temporal em que a operação TDT foi definida (início de 2008) e em que as propostas foram apresentadas (Abril de 2008) a verdade é que já então era notória a tendência de crescimento do mercado de televisão por subscrição, designadamente nas redes de televisão por cabo ou satélite;
 - b. foi a própria PTC o grande agente impulsionador desse crescimento, por força do lançamento e da campanha comercialmente agressiva do serviço e da marca MEO, suportada em FTTH, DTH e xDSL;
4. Assim sendo, tal não pode ser equiparado a uma qualquer alteração de circunstâncias, a qual, aliás, para ter efeitos jurídicos careceria de ser «anormal e imprevisível», excedendo o risco normal do negócio – e obviamente que exclui qualquer facto voluntário ou provocado pela Parte que a invoca.
5. As obrigações que decorrem para a PTC do facto de ser a entidade licenciada, designadamente as que decorrem do licenciamento como operador de distribuição, facilmente permitem compreender que a posição jurídica em que agora se encontra investida não visa única e simplesmente a satisfação do seu interesse particular, mas também e necessariamente a satisfação do interesse público que subjaz a todo o procedimento de concessão de licenças nesta área.
6. Estamos perante um acto que, além de constituir direitos na esfera jurídica do interessado, associa-o também à realização de um específico interesse público. Em consequência, a possibilidade da sua revogação deve necessariamente encontrar o seu limite na realização desse mesmo interesse público.



7. Significa isto que uma eventual revogação dos direitos de utilização de frequências associados à TDT paga implicaria, dada a relação umbilical existente entre o licenciamento por parte do ICP-ANACOM e a outorga de título de operador de distribuição pela ERC, a desconsideração do interesse público inerente a esta última qualidade.
8. Ao ICP-ANACOM apenas cabe prosseguir o interesse público tal e qual ele foi definido pelo legislador, não lhe estando, nem podendo estar-lhe atribuída a capacidade de alterar a sua concreta definição. E, como sabemos, o legislador não introduziu, a posteriori, qualquer alteração às obrigações que impendem, designadamente, sobre a entidade licenciada como operador de distribuição.
9. Se o interesse público subjacente à emissão do acto e atribuição dos direitos se mantém inalterável, tal como definido pelo legislador, os factos ou ocorrências que alegadamente alteram a posição do interessado em face do direito atribuído são absolutamente irrelevantes e não podem validar a revogação daquela decisão, a qual visa também a realização de um específico interesse público.
10. Como se não bastasse, a própria PTC em momento algum do seu pedido de revogação invoca a impossibilidade de levar a cabo o projecto a que se comprometeu, limitando-se a entender ser «mais adequado não dar continuidade» ao mesmo, o que nos parece manifestamente insuficiente para sobrelevar o interesse público.
11. Relativamente à pretensa obrigatoriedade da utilização harmonizada da sub-faixa dos 790-862 MHz por redes e serviços de comunicações electrónicas diferentes do serviço de radiodifusão, que seria imposta pela EU, permitimo-nos discordar desta suposta «irreversibilidade», a qual, na verdade, corresponde a uma mera faculdade que assiste aos Estados membros, conforme foi, aliás, reconhecido expressamente pela própria Comissária Viviane Reding.
12. A GMC entende, ao contrário da posição defendida pelo ICP-ANACOM, que a sub-faixa dos 790-862 MHz deverá ser prioritariamente reservada para os serviços audiovisuais, em particular os que propiciem melhores condições para a migração voluntária dos serviços analógicos para o digital terrestre.
13. A GMC entende, designadamente, que é essencial a disponibilidade de espectro para permitir, pelo menos, a difusão integral, e em modo simultâneo, dos actuais serviços de programas de acesso livre presentes no MUX A em Alta Definição e



que em caso algum se deverá comprometer a possibilidade de os mesmos virem a evoluir para o formato 3D.

14. Aliás, não é correcto afirmar-se que a maioria dos respondentes à consulta pública sobre o dividendo digital tenha defendido a atribuição, tão cedo quanto possível, da sub-faixa 790-862 MHz para aplicações móveis de banda larga. De facto, pelo menos a RTP, SIC, TVI, APIMPrensa, bem como a APR/ARIC, manifestaram um entendimento distinto, realçando a importância da afectação de espectro para serviços audiovisuais, designadamente tendo em conta a necessidade de recursos espectrais acrescidos para a televisão em Alta Definição (HDTV) e, num futuro próximo, a televisão 3D.
15. Importa assim que o ICP-ANACOM estude as modalidades técnicas que permitem a utilização da sub-faixa 790-862MHz para a TDT, ainda que em Espanha se venha a confirmar a decisão de afectar tal sub-faixa a serviços de banda larga móvel.
16. Por fim, a GMC considera ser legítimo questionar se o actual comportamento da PTC não configurará uma prática de concorrência desleal na medida em que por via da sua actuação conseguiu eliminar potenciais agentes sectoriais concorrentes, ao apresentar-se a concurso com uma proposta que mereceu vencimento, pretendendo agora desistir da operação por considerações meramente financeiras. A este propósito, a GMC não pode deixar de se rever genericamente na valoração dos factos vertida no projecto de decisão do Conselho Regulador da ERC, aprovado por unanimidade, no qual aquela entidade considera improcedente o pedido de revogação da PT Comunicações do título habilitante de operador de distribuição.

Com os nossos melhores cumprimentos,

Pela GMC,

(Juan Herrero)
Administrador