



**Projecto de Decisão do ICP-ANACOM relativo ao pedido de
revogação dos direitos de utilização de frequências associadas aos
Multiplexers B a F**

***Observações apresentadas pelo Grupo Impresa
(nos termos e para os efeitos do artigo 8.º do Regicom)***

1. Introdução

Na sequência da comunicação da Comissão Europeia, intitulada “*Acelerar a transição da radiodifusão analógica para a digital*”¹, a qual fixa os objectivos de política comunitária para concretizar a referida transição e um limite temporal (2012) para o encerramento das emissões analógicas em todos os Estados membros, o Estado português adoptou um conjunto de medidas com o objectivo de criar condições para que estejam atempadamente disponíveis alternativas para o acesso a serviços de televisão à generalidade da população, e por outro lado, para que os utilizadores se dotem dos meios necessários para continuarem a aceder aos serviços de televisão, nomeadamente em formato digital, após a desactivação do sistema analógico.

Assim, a introdução da televisão digital terrestre (a “**TDT**”) em Portugal passou a constituir um dos objectivos enunciados no Programa do XVII Governo, «*visando, designadamente, a igualdade de acesso a emissões televisivas digitais pelo conjunto de cidadãos, independentemente da sua condição social ou territorial*». Acrescem «*as potencialidades para a expansão e consolidação da sociedade do conhecimento associadas à instalação da TDT e, bem assim, o contributo decisivo que esta pode trazer para a criação de condições favoráveis à emergência de novas possibilidades empresariais e à criação de riqueza.*»².

Neste contexto, e após uma consulta pública sobre os instrumentos necessários ao desenvolvimento da operação de TDT, foram lançados dois concursos públicos: (i)

¹ COM(2005)204, de 24.05.2005.

² Cfr. Resolução do Conselho de Ministros n.º 12/2008, publicado no DR I, de 22.01.2008.



concurso para atribuição de um direito de utilização de frequências de âmbito nacional para o serviço de radiodifusão televisiva digital terrestre (Multiplexer A³); e um segundo concurso (ii) para atribuição de direitos de utilização de frequências de âmbito nacional e parcial para o serviço de radiodifusão televisiva digital terrestre (Multiplexes B a F⁴) e de licenciamento de operador de distribuição.

Na sequência desses concursos, foi homologado à PT Comunicações, S.A. (a “**PTC**”) o direito de utilização de frequências de âmbito nacional e parcial para o serviço de radiodifusão televisiva digital terrestre (Muxes B a F), assim como a licença de operador de distribuição. Quase em simultâneo, foi também homologado à PTC o direito de utilização de frequências de âmbito nacional para o serviço de radiodifusão televisiva digital terrestre (Mux A).

Os referidos direitos foram atribuídos pelo ICP – Autoridade Nacional de Comunicações (o “**ICP-ANACOM**”) à PTC entre Dezembro de 2008 e Junho de 2009.

Por carta de 19 de Dezembro de 2009, a PTC veio requerer ao ICP-ANACOM a «revogação dos actos de atribuição dos direitos de utilização de frequências associadas aos Multiplexers B a F, bem como dos correspondentes actos de emissão dos títulos habilitantes, sem perda de caução.»⁵, iniciando-se o respectivo procedimento administrativo.

Dando cumprimento ao disposto no artigo 8.º da Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro (o “**Regicom**”), em momento prévio à adopção de uma decisão final, o Conselho de Administração do ICP-ANACOM submeteu o Projecto de Decisão à consulta pública por forma a que todos os interessados, querendo, se pronunciassem por escrito, no prazo de 20 dias úteis, sobre o sentido do mesmo, o que a IMPRESA – Gestora de Participações Sociais, S.A. (a “**IMPRESA**”), na qualidade de accionista da SIC, vem, pelo presente documento, fazer.

³ Também designado por “**Mux A**”.

⁴ Também designados por “**Muxes B a F**”.

⁵ Cfr. Projecto de Decisão Conselho de Administração do ICP-ANACOM, de 29 de Janeiro de 2010, disponível em www.anacom.pt (o “**Projecto de Decisão**”).



2. O pedido de revogação

O referido pedido de revogação assenta em 5 argumentos principais, que se encontram devidamente descritos no Projecto de Decisão, e que podem ser resumidos da seguinte forma:

- (i) Perda de sinergias decorrente da antecipação do investimento e da mobilização de recursos para a operacionalização da rede afecta ao Mux A e da impossibilidade de iniciar o desenvolvimento da rede relativa aos Muxes B a F na sequência da acção judicial interposta pela Airplus;
- (ii) Desenvolvimentos ocorridos no mercado da televisão por subscrição após a atribuição dos direitos de utilização de frequências associadas aos Muxes B a F que comprometem a respectiva viabilidade comercial;
- (iii) Crise económico-financeira após a apresentação da proposta e que afecta diversos pressupostos em que esta se baseou;
- (iv) A maior capacidade de transmissão para emissões em HD condiciona uma adesão mais intensa e célere à TDT; e, por fim,
- (v) O incentivo da Comissão Europeia para os Estados membros atribuírem a faixa dos 800MHz a serviços de comunicações electrónicas e, nesse sentido, ser do interesse público a revogação dos títulos emitidos dos Muxes B a F.

Passamos então a apresentar a posição da IMPRESA face ao conjunto dos argumentos em que se pretende fundamentar o sentido da decisão, e que deve ser devidamente valorado e ponderado antes da adopção de uma decisão final pelo ICP-ANACOM.

3. A posição da Impresa face aos argumentos apresentados

Com efeito, dos argumentos apresentados, em momento algum, se conclui pela impossibilidade, no sentido de ser objectivamente inexecutável, a realização do projecto de TDT nos termos licenciados.

Como se refere no artigo 18.º do Regulamento do concurso para a atribuição de direitos de utilização de frequências de âmbito nacional e parcial para o serviço de radiodifusão televisiva digital terrestre (Muxes B a F) e de licenciamento de operador de



distribuição⁶, «*as obrigações emergentes dos termos do concurso e os compromissos assumidos na proposta vencedora fazem parte integrante dos títulos de atribuição dos direitos de utilização de frequências*».

Ou seja, através da proposta apresentada, um proponente vincula-se ao cumprimento de um conjunto de obrigações caso, como veio a suceder, lhe sejam atribuídos determinados direitos de utilização de frequência.

Deste modo, a desvinculação desse proponente a essas obrigações só parece possível em situações verdadeiramente excepcionais, pois caso contrário, estar-se-ia a admitir a possibilidade dos particulares requererem a revogação de licenças atribuídas sempre que, no seu próprio e único benefício, deixassem de ter interesse na concretização das obrigações decorrentes da atribuição do direito licenciado.

A revogação do acto administrativo com base na alteração de circunstâncias só parece possível se for demonstrado, de forma inequívoca e objectiva, que a alteração recai sobre as circunstâncias em que o proponente baseou a sua proposta.

Nesse sentido, o n.º 4 do artigo 18.º do Regulamento refere expressamente que, «*atribuição dos direitos de utilização de frequências não confere ao seu titular quaisquer outros direitos que não sejam os que resultam dos exactos termos constantes dos títulos de atribuição, não sendo invocáveis quaisquer factos decorrentes da atribuição, por qualquer forma, de novos serviços ou direitos de utilização ou modificação superveniente de circunstâncias*».

Deste modo, será sempre necessário demonstrar que a mesma alteração de circunstâncias é anormal, no sentido de ter sido totalmente imprevisível no momento da apresentação da proposta, e que não constitui um risco normal do negócio.

Da análise do Projecto de Decisão não parece possível concluir que a invocada alteração das circunstâncias seja de molde a, com razoabilidade e ponderados os interesses em causa, fundamentar a revogação.

Com efeito, nenhuma das alterações invocadas era imprevisível, desconhecida ou vai para além do risco normal do negócio em causa. Senão vejamos:

a) Em 2007, na resposta apresentada pela PTC à consulta pública lançada pelo ICP-ANACOM sobre o modo de introduzir a TDT em Portugal e sobre os projectos de regulamentos dos concursos, a mesma mostrou conhecer as possíveis evoluções dos

⁶ Aprovado pela Portaria n.º 207-A/2008, de 25 de Fevereiro.



investimentos, e chegou mesmo a sugerir o aligeiramento de algumas obrigações de cobertura e de cronograma por forma a viabilizar a *Pay TV*.

b) O preâmbulo da Portaria n.º 207-A/2008, de 25 de Fevereiro, que aprova o regulamento do concurso público para a atribuição de direitos de frequências de âmbito nacional e parcial para o serviço de radiodifusão televisiva digital terrestre e de licenciamento de operador de distribuição – publicamente disponível e certamente do conhecimento dos concorrentes –, refere expressamente que a introdução da TDT constitui um dos objectivos enunciados no Programa do XVII Governo assente em dois modelos de negócios distintos: *«uma operação que sinteticamente se designa Free to Air (FTA), objecto do concurso público lançado [naquela] mesma data pelo ICP-ANACOM, com a qual se pretende, nomeadamente, e antes de mais, assegurar a migração analógico-digital da plataforma terrestre, proporcionando-se condições para a continuidade da oferta por parte dos respectivos operadores de televisão dos serviços de programas televisivos [actualmente] disponibilizados por via analógica terrestre; e uma operação de Pay TV, objecto do presente concurso público, com a qual se pretende propiciar aos utilizadores finais a existência de uma oferta comercial concorrencial às disponibilizadas por outras plataformas, ao nível de serviços de televisão por subscrição.»* (sublinhado nosso).

Em face do exposto, não se compreende o alcance da conclusão do ICP-ANACOM, de que a “*orientação política não sublinha que a TDT em Portugal tenha, necessariamente, de comportar uma componente paga e outra gratuita*”.

c) Em Abril de 2008, quando a PTC apresentou a sua proposta ao concurso, era do conhecimento público os fortes investimentos em fibra e outras tecnologias que iam ser realizados (como a evolução da rede de cabo da ZON) para tornar a *Pay TV* “Digital”, e até em HD, concorrente da *Pay TV* em TDT, pelo que, uma vez mais não se compreende como pode o ICP-ANACOM aceitar o argumento aduzido pela PTC relativamente às *«perspectivas reduzidas do impacto concorrencial do lançamento de ofertas Pay TV na plataforma TDT»*⁷.

Como tal, não parece possível proceder o argumento de que o aumento da taxa de penetração dos serviços de televisão por subscrição e consolidação do modelo de negócio

⁷ Cfr. Projecto de Deliberação, p. 17.



IPTV tornaram desinteressante a TDT paga, evolução esta a que, nas palavras do ICP-ANACOM, «*não é alheia a própria PT*»⁸.

Ainda a este propósito, estranha-se o facto de o ICP-ANACOM considerar suficiente a existência de «*duas ofertas em concorrência por concelho e que todos os concelhos têm uma cobertura de ofertas de televisão por subscrição com, pelo menos uma plataforma (DTH), garantindo o acesso ao serviço de televisão por subscrição em condições concorrenciais a nível nacional*».

Em claro prejuízo dos objectivos do Governo declarados nas diversas Resoluções e Portarias sobre esta matéria, o ICP-ANACOM conclui que as actuais ofertas são suficientes para a população portuguesa e para atingir as metas de info-inclusão definidas politicamente.

É curioso ver como os objectivos programáticos do Governo, e que motivaram o lançamento dos concursos, são “*ajustados*” e “*corrigidos*” pelo ICP-ANACOM ao arrepio das suas atribuições, e longe do que o próprio Governo considerou ser o interesse público.

d) Acresce, que em momento algum, incluindo nas audiências de interessados realizadas para efeitos de atribuição das licenças e/ou para emissão dos respectivos títulos habilitadores, a PTC invocou, ou sequer referiu, qualquer dos argumentos que vem agora aduzir e no qual fundamenta a sua pretensão.

Pelo contrário, em Abril de 2009 a PTC procedeu ao reforço da caução com o objectivo de lhe serem atribuídos os direitos de frequência pela Entidade Reguladora para a Comunicação Social (a “**ERC**”) e pelo ICP-ANACOM para a *Pay TV*, o que só veio a ocorrer em Junho de 2009 devido à providência cautelar proposta pelo concorrente preterido – a Airplus (grupo sueco com larga experiência europeia em TDT paga).

Ora, perante tal atraso, a PTC jamais alegou qualquer modificação de circunstâncias que a impedisse de assumir a titularidade desses direitos.

Adicionalmente, a alteração de circunstâncias só poderá ser eventualmente aceite como fundamento para um pedido de revogação de direitos atribuídos na sequência de um concurso público, como no caso em apreço, se devidamente enquadrada numa actuação de boa-fé do próprio requerente.

⁸ Cfr. Projecto de Deliberação, p. 17.



Ou seja, se a alteração das circunstâncias resultar da acção do requerente, não pode este invocá-la como fundamento para um pedido de revogação, sem com isso violar os mais básicos princípios da boa-fé.

Assim, não parece razoável que tendo a PTC disponibilizado uma oferta de televisão suportada na plataforma FTTH, DTH e xDSL (oferta MEO), que permite prestar serviços de *Pay TV* em qualquer parte do território nacional, venha agora invocar «*as perspectivas reduzidas do impacto concorrencial do lançamento de oferta Pay TV na plataforma TDT*»⁹ como fundamento para o pedido de revogação.

Nem tão pouco o ICP-ANACOM «reconhecer que a plataforma terrestre de *Pay TV* já não exercerá a pressão concorrencial nem os efeitos a nível de expansão da procura ou, em menor grau, da cobertura, que se perspectivou quando da definição do modelo de introdução da TDT – papel que entre outras tem sido desempenhado pela oferta MEO Satélite.»¹⁰.

Na realidade, o próprio ICP-ANACOM não pode, sob pena de violar a lei, colocar os interesses particulares de um proponente acima do interesse público que esteve na origem da abertura do concurso.

Não se compreende por isso, uma vez mais, como pode o ICP-ANACOM concluir que «a revogação do acto de atribuição dos direitos de utilização de frequência a que estão associados os Muxes B a F não prejudica, nas actuais condições de mercado, o interesse público que esteve na sua génese.»¹¹.

4. A devolução da caução

Em face de tudo quanto foi dito anteriormente, somos a concluir que a posição da PTC se aproxima muito mais de uma antecipação de incumprimento das obrigações que lhe incumbem por via da licença atribuída em resultado das suas próprias opções comerciais, do que de uma pretensão alicerçada em fundamentos jurídicos atendíveis.

Ora, uma vez que a caução prestada pela PTC, no valor de € 2.500.000, ao ICP-ANACOM visa precisamente assegurar o cumprimento das obrigações constantes das

⁹ Cfr. Projecto de Decisão, p. 17.

¹⁰ Cfr. Projecto de Decisão, p. 18.

¹¹ Cfr. Projecto de Decisão, p. 19.



licenças, a mesma não poderá ser devolvida enquanto essas obrigações não forem cumpridas.

Se a PTC entrar em situação de incumprimento, ou declarar a sua impossibilidade para cumprir as referidas obrigações, deve esta caução ser considerada perdida a favor do ICP-ANACOM, como aliás parece resultar do artigo 16.º do programa de concurso.

Deste modo, e sem que as obrigações decorrentes das licenças estejam cumpridas, a devolução da caução não é justificada. Ainda que a licença venha a ser revogada, sempre se dirá que sendo por causa imputável ao próprio requerente a caução ficaria irremediavelmente perdida a favor do Estado.

5. A posição de terceiros face à revogação da licença

Diferentemente do alegado pela PTC, e confirmado pelo ICP-ANACOM, a revogação da licença fere simultaneamente o interesse público (como se demonstra acima) e os interesses de diversos particulares, entre os quais dos produtores de conteúdos que legitimamente esperavam um alargamento do acesso à comunicação televisiva em consequência de mais uma plataforma de TDT.

Para os produtores de conteúdos e para os *broadcasters* não é indiferente se há ou não, e em que termos, *Pay TV* suportada em TDT, uma vez que as sinergias com o *Free to Air* são evidentes.

Com a sua não implementação deixa de existir um dos principais incentivos (senão mesmo o principal) para a migração do analógico para o digital por parte de um significativo número de consumidores de televisão analógica.

O principal indutor para uma mais rápida transição analógico-digital passará, neste caso, a ser a oferta dos quatro canais *Free to Air* em Alta Definição (HDTV), exigindo dos operadores um esforço de investimento muito superior ao esperado com a plataforma TDT.

No caso do canal de televisão da IMPRESA – a SIC – o esforço de investimento para a emissão em HDTV ronda os 17 milhões de euros, o qual para ser efectuado dentro de um prazo razoável nas suas componentes técnicas de meios centrais e emissão, produção de informação, produção de programas, áreas comuns – grafismo e arquivo, e meios móveis, considerava a retribuição económica que derivaria da atribuição de licenças para *Pay TV* em TDT.



Conclui-se assim que a distribuição do sinal em HDTV será muito mais onerosa para os operadores de *Free to Air* do que a distribuição do sinal em SDTV (*standard definition*), em claro benefício do operador que gere o Mux A, ou seja, da PTC.

A plataforma TDT paga permitiria aos fornecedores de conteúdos diversificar receitas e criar sinergias de custos de produção, uma vez que legitimamente se previa uma produção de novos canais específicos para esta plataforma.

Também ao nível da distribuição de conteúdos, a plataforma TDT paga se apresentava como uma alternativa às plataformas existentes (cabo, satélite e IPTV), aumentando a concorrência efectiva entre operadores, com ganhos para os utilizadores.

Por fim, a utilização justa e eficiente do dividendo digital resultante do lançamento do *Pay TV* em plataforma TDT, contribuiria para a criação de mais emprego, proporcionando o aparecimento de serviços que potenciam o aumento da produtividade e do nível de conhecimento de toda a população (info-inclusão).

Como tal, caso proceda a intenção da PTC de não implementar a plataforma de TDT, o que não se concede, o Estado deve garantir alternativas técnicas e compensações financeiras por forma a promover a concorrência na oferta de redes e serviços, e contribuir para o desenvolvimento do mercado interno, em substituição do que legitimamente se esperava alcançar com a *Pay TV* em TDT.

6. Conclusões

Pelo exposto, no entendimento do Grupo Impresa, uma decisão de revogação dos direitos de utilização de frequências associadas aos Muxes B a F deve valorar as seguintes questões:

1. O Projecto de Decisão do ICP-ANACOM não é suportado em factos que permitam concluir que ocorreu, efectivamente, uma alteração dos pressupostos que serviram de base à atribuição das licenças;

2. Pelo contrário, a PTC mostrou-se durante todo o procedimento, e até à atribuição dos títulos dos direitos de utilização, interessada em executar as obrigações que lhe foram assacadas, sem nunca ter referido qualquer dificuldade ou alteração dos pressupostos em que baseou a sua actuação;

3. Inclusive, sem referir qualquer anomalia ou dificuldade, a PTC prestou a caução definitiva;



4. Adicionalmente, importa atentar ao facto de ter sido a própria PTC a dar origem à “alteração das circunstâncias” que vem agora invocar. Referimo-nos ao lançamento pela PTC da oferta MEO, que no seu entendimento, juntamente com a oferta da ZON, reduz as perspectivas do impacto concorrencial do lançamento da oferta *Pay TV* na plataforma TDT;

5. A projectada revogação da licença pelo ICP-ANACOM, equivale à colocação dos interesses particulares acima do interesse público que esteve na origem da abertura dos concursos, o que parece manifestamente ilegal;

6. Acresce que não pode o ICP-ANACOM substituir-se ao legislador e alterar o conceito de interesse público que esteve na origem do concurso público em questão, ao arrepio da separação de poderes na qual se baseia o Estado de Direito.

7. Além disso, não foram apresentados fundamentos capazes de justificar a devolução da caução, ainda que a licença seja revogada;

8. A revogação da licença acarreta importantes consequências para terceiros que devem ser tidas em consideração, desde logo pela onerosidade que impõe sobre os operadores de Free to Air, e ainda pela limitação das expectativas de crescimento que legitimamente era esperado pelos produtores e distribuidores de conteúdos;

9. Assim, caso proceda a intenção da PTC de não implementar a plataforma de TDT, o que não se concede, o ICP-ANACOM deverá considerar a caução prestada pela PTC irremediavelmente perdida a favor do Estado português.

10. De igual modo, caso proceda a pretensão da PT, o que não se concede, o Estado ficará obrigado a lançar um novo concurso público para atribuição das licenças de utilização de frequências associadas aos Multiplexers B a F a uma nova entidade, concurso este do qual deverá ser especificamente excluída a PTC.

11. Finalmente, a promoção da concorrência no sector em benefício do interesse público, só será possível através de uma compensação imediata aos operadores de canais de televisão, relacionada com o esforço de investimento necessário para uma transição atempada para o HDTV.

Lisboa, 1 de Março de 2010