



Exmo. Senhor
Professor Doutor João Confraria
Vogal do Conselho de Administração da
Autoridade Nacional de Comunicações
Av. José Malhoa, nº 12
1099-017 Lisboa

Sua referência	Sua comunicação	Nº referência	Data
		S0616SG/	2015 SET. 21

Assunto Pronúncia da MEO sobre as consultas públicas relativas aos sentidos prováveis de decisão sobre as conclusões da investigação aprofundada aos custos e proveitos da TDT e sobre o mercado grossista de teledifusão para a entrega de conteúdos a utilizadores finais.

Exmo. Senhor,

Na sequência das notificações da ANACOM relativas às deliberações do Conselho de Administração da ANACOM de 22.07.2015 que aprovaram (i) o SPD sobre as conclusões da investigação aprofundada aos custos e proveitos do serviço de TDT (carta com a ref.ª ANACOM-S054193/2051) e (ii) o projeto de decisão sobre o mercado grossista de teledifusão para a entrega de conteúdos a utilizadores finais (carta com a ref.ª ANACOM-S054184/2015), e da prorrogação de prazo de resposta concedida a 31.08.2015 (fax com a ref.ª ANACOM-S063309/2015), junta-se em anexo a pronúncia da MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia, S.A. a ambas as consultas.

Este documento foi, nesta data, igualmente remetido em formato eletrónico para os endereços precoTDT@anacom.pt e mercado18@anacom.pt, acompanhado de uma versão expurgada dos elementos considerados confidenciais.

Com os melhores cumprimentos,

Marta Neves
Membro do Comité Executivo
Head of Regulation, Competition and Legal

Anexo: Pronúncia da MEO relativamente aos SPD sobre as conclusões da investigação aprofundada aos custos e proveitos da TDT e sobre o mercado grossista de teledifusão para a entrega de conteúdos a utilizadores finais



**PRONÚNCIA DA
MEO – SERVIÇOS DE COMUNICAÇÕES E MULTIMÉDIA, S.A.**

RELATIVAMENTE

AOS PROJETOS DE DECISÃO DA ANACOM SOBRE (i) AS CONCLUSÕES DA INVESTIGAÇÃO APROFUNDADA AOS CUSTOS E PROVEITOS DO SERVIÇO DE TELEVISÃO DIGITAL TERRESTRE PRESTADO PELA MEO E (ii) A DEFINIÇÃO DOS MERCADOS DO PRODUTO E MERCADOS GEOGRÁFICOS, AVALIAÇÃO DE PMS E IMPOSIÇÃO, MANUTENÇÃO, ALTERAÇÃO OU SUPRESSÃO DE OBRIGAÇÕES REGULAMENTARES NO MERCADO GROSSISTA DE TELEDIFUSÃO PARA A ENTREGA DE CONTEÚDOS A UTILIZADORES FINAIS

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

21 de setembro de 2015

ÍNDICE

NOTA PRÉVIA	3
SUMÁRIO EXECUTIVO	4
I. INTRODUÇÃO E CONTEXTO	10
II. ENQUADRAMENTO DO SERVIÇO DE TDT E AS SUAS ESPECIAIS CONDIÇÕES DE PRESTAÇÃO	13
III. COMENTÁRIOS GERAIS	27
1. PRIMEIRO PONTO PRÉVIO: A ALTERAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS DO CONCURSO E A RESERVA FORÇADA, PELA MEO, DA CAPACIDADE DISPONÍVEL DO MUX A	29
2. SEGUNDO PONTO PRÉVIO: DO <i>TIMING</i> E OPORTUNIDADE DO SPD MERCADO TDT	34
3. DA AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTOS PARA A INTERVENÇÃO NOS PREÇOS TDT E RESPECTIVAS CONSEQUÊNCIAS	36
3.1. A análise do artigo 19.º, n.º 4, do Regulamento MUX A e da Licença TDT	38
3.2. A intervenção nos preços da TDT e os princípios de direito adjudicatório subjacentes ao Concurso TDT	45
3.3. Consequências da posição assumida pela ANACOM	50
4. DA COMPATIBILIZAÇÃO DAS CONSULTAS TDT COM O REGIME REGULATÓRIO APLICÁVEL	57
4.1. Da (possível) definição do mercado da TDT como mercado relevante <i>ex ante</i>	57
4.2. Da ausência de efeito útil e da violação de princípios de regulação	63
ANEXO À PRONÚNCIA DA MEO	70
1. COMENTÁRIOS AO SPD CUSTOS TDT	70
1.1. Imposição/recomendação de descida de preços	70
1.2. A valorização dos custos inerentes à prestação do serviço TDT	72
1.3. A ocupação da capacidade existente no MUX A	79
1.4. A imputação dos custos referentes à capacidade não ocupada	82
1.5. Modelo alternativo de imputação da capacidade disponível no MUX A	84
1.6. Estimativa de custos por operador/canal de TV	89
2. COMENTÁRIOS AO SPD MERCADO TDT	91
2.1. Mercado (retalhista) de televisão por subscrição	91
2.2. A definição do MR TDT	92

Pronúncia da MEO relativamente aos projetos de decisão da ANACOM sobre a investigação aprofundada aos custos e proveitos do serviço de TDT e ao mercado grossista de teledifusão para a entrega de conteúdos a utilizadores finais

2.3.	A análise de poder de mercado	96
2.4.	As obrigações regulamentares específicas	98

NOTA PRÉVIA

O presente documento representa a pronúncia da MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia, S.A. (doravante “MEO”¹) à audiência prévia e ao procedimento geral de consulta relativo: (a) ao sentido provável de decisão sobre as conclusões da investigação aprofundada aos custos e proveitos do serviço de televisão digital terrestre (doravante “SPD Custos TDT”) e (ii) ao sentido provável de decisão sobre o mercado grossista de teledifusão para a entrega de conteúdos a utilizadores finais (doravante “SPD Mercado TDT”), ambos aprovados por deliberação do Conselho de Administração da ANACOM de 22.07.2015 (doravante, no seu conjunto, “Consultas TDT”).

Embora se trate de dois projetos de decisão autónomos, as matérias tratadas em cada um estão interligadas e, de certa forma, surgem com dependência lógica, razão pela qual a MEO decidiu responder às Consultas TDT de uma forma agregada, através de uma pronúncia única.

Os comentários, sugestões e contributos da MEO apresentados ao longo deste documento tiveram em atenção a atual conjuntura do mercado e o quadro legal existente e não prejudicam a adoção de posições diferentes no futuro, caso se alterem as condições subjacentes à presente pronúncia. A pronúncia da MEO em nada prejudica as posições adotadas em processos judiciais que estejam relacionados com o objeto das Consultas TDT, devendo considerar-se os seus comentários, contributos e sugestões no âmbito do exercício do direito/dever de colaboração com a ANACOM na adoção de decisões com impacto nos operadores e no mercado das comunicações eletrónicas.

A MEO considera, para todos os efeitos, como **CONFIDENCIAIS** as passagens deste documento devidamente assinaladas como tal, com a indicação de [IIC] – Início de Informação Confidencial e [FIC] – Fim de Informação Confidencial, uma vez que as mesmas constituem segredo comercial e de negócio, sendo suscetíveis de revelar questões inerentes às atividades e vida interna da empresa.

¹ De referir que embora em várias passagens deste documento se aluda a factos anteriores à redenominação social da PT Comunicações, S.A. para MEO, por razões de simplicidade de exposição, e também porque se trata da mesma pessoa coletiva, utilizar-se-á sempre a referência a MEO, salvo quando indicado de forma diferente.

SUMÁRIO EXECUTIVO

1. As Consultas TDT visam estabelecer as condições que permitam à ANACOM intervir, numa perspetiva jus regulatória, nas condições de prestação do serviço TDT. No imediato, o impacto da proposta de atuação em consulta projeta-se, sobretudo, ao nível da imposição das obrigações de não discriminação, transparência e separação de contas e, a prazo — de acordo com uma lógica de se e quando necessário — numa intervenção nos preços praticados pela MEO aos operadores de televisão transportados (ou a transportar) no MUX A.
2. A MEO discorda profundamente do objetivo visado e que está subjacente às Consultas TDT e opõe-se terminantemente ao sentido e potenciais consequências destes projetos de decisão. Ao que se assiste nestas consultas é a uma proposta de mudança substancial das regras “a meio do jogo”, correspondendo a uma alteração grave e inesperada das condições de prestação do serviço TDT que foram inscritas no concurso TDT e que persuadiram a MEO a concorrer à Licença TDT.
3. É uma proposta de atuação que *esquece* que o serviço TDT foi sujeito a um procedimento concorrencial, aberto a qualquer interessado; que *ignora* a equação económico-financeira subjacente à proposta da MEO, chancelada pela ANACOM para um horizonte de 15 anos; que *fere* a legítima confiança depositada nos instrumentos do concurso e nos esclarecimentos que foram prestados; que *foge* ao tema central da TDT, que mais não é do que o da alteração dos pressupostos da atividade (como o não surgimento do 5.º canal e a continuada privação da receita que lhe está associada) que causam prejuízos crescentemente significativos para a empresa e, por fim, que *falha* em apontar uma solução para o tema da sustentabilidade da plataforma TDT, sustentabilidade essa que manifestamente está em risco.
4. A ANACOM anteciparia, porventura, um outro tipo de reação a uma proposta de atuação que, à primeira vista, parece ter um efeito inócuo ou negligenciável a curto prazo (quer para a MEO quer seguramente para os operadores de televisão). Mas as razões da discórdia da MEO são substanciais e de princípio, pelo que nunca poderia aceitar (ou sequer tolerar) uma decisão que colide frontalmente com princípios básicos da nossa ordem jurídica e que faz perigar, ainda mais, a sensível (e cada vez mais instável) equação financeira / operacional que esteve subjacente à participação da MEO no concurso TDT.

Pronúncia da MEO relativamente aos projetos de decisão da ANACOM sobre a investigação aprofundada aos custos e proveitos do serviço de TDT e ao mercado grossista de teledifusão para a entrega de conteúdos a utilizadores finais

5. Para começar, o ponto de partida da ANACOM surge toldado por um vício de raciocínio que inquina todo o seu exercício.
6. Na verdade, tudo se passa nas Consultas TDT como se a magna questão no dossier TDT fossem os preços praticados pela MEO. Mas não é. De resto, é a própria ANACOM que o reconhece no SPD Custos TDT, quando conclui que os preços atualmente praticados pela MEO não levantam nenhuma reserva. O cerne da questão no dossier TDT, que a ANACOM teima em ignorar, diz respeito à forma de assegurar a rentabilidade (quando não, a sustentabilidade) de um projeto que, sendo de manifesto interesse público, viu frustrado por motivos absolutamente alheios à MEO, vários pressupostos essenciais da atividade concursada — entre eles, o licenciamento do 5.º canal.
7. Ao contrário do que a ANACOM pretende fazer crer, não estamos perante um risco de atividade, precisamente porque o 5.º canal tinha obrigatoriamente de ser considerado na proposta a apresentar a concurso e, como a ANACOM sabe, está fora da capacidade de gestão da MEO evitar que tal risco se materialize (nada podendo fazer para influenciar a emergência do 5.º canal) ou, sequer, para mitigar os seus efeitos (uma vez que se encontra forçada a manter a capacidade destinada ao 5.º canal reservada, não a podendo explorar para outros efeitos).
8. Para além de não ser um risco gerível pela MEO, a inexistência da receita associada ao 5.º canal torna-se crescentemente intolerável porque conduz a um desequilíbrio cada vez mais profundo da matriz de risco do projeto, tal como foi configurada nos instrumentos do concurso. Neste contexto, o que seria expectável era que a ANACOM, ao invés de estar a avaliar quais os mecanismos que pode vir a utilizar para no futuro reduzir os preços do serviço, estivesse a analisar os mecanismos ao abrigo dos quais a MEO poderia aumentar a receita auferida com o serviço, designadamente pela viabilização de um 5º canal, e assim assegurar a sustentabilidade da plataforma TDT e a rentabilidade esperada.
9. Num contexto em que o serviço TDT gera prejuízos significativos (como a ANACOM reconhece), em que a MEO está “amarrada” a condições de prestação do serviço manifestamente desadequadas, sendo que a alteração dessas condições em nada depende de si, mas sim de terceiros, vir propor uma regulação dos preços do serviço TDT no sentido da sua redução

é chocante, inesperado e paradoxal. Juridicamente é, ainda, uma medida manifestamente ilegal, que rompe o sinalagma subjacente ao concurso TDT, propondo uma intervenção fora do quadro jurídico nele definido e ao arrepio do que a própria ANACOM se auto vinculou a fazer (ou a não fazer).

10. A ANACOM esquece que as condições fundamentais para a prestação do serviço TDT foram definidas *ab initio*, no momento do concurso. Desde logo, a limitação do número de direitos de utilização para a prestação do serviço TDT, que correspondeu a uma decisão política, fundamentada em motivos interesse público, teve como efeito criar um monopólio, com carácter transitório, a favor da entidade que viesse a ganhar o concurso, encerrando assim o mercado do ponto de vista da oferta. Do ponto de vista da procura, foram igualmente criados constrangimentos regulamentares relevantes (nomeadamente ao nível dos potenciais clientes) que limitam a liberdade de atuação da entidade vencedora, que pouco ou nada pode fazer para estimular a procura.
11. A ANACOM abstrai também das consequências da impossibilidade de encontro entre oferta e procura - determinada pela fixação da escala produtiva e pela reserva forçada de capacidade para uma procura que não se concretizou -, a saber a existência forçada de uma capacidade excedentária não remunerada (com conseqüente acumulação de prejuízos para a MEO) e uma sub utilização do espetro, um recurso tornado escasso por via administrativa e cuja utilização eficiente o regulador tem a obrigação de promover.
12. As dinâmicas competitivas no serviço TDT são manifestamente diferentes das verificadas em outros serviços ("mercados") de comunicações eletrónicas, não podendo assim ser tratadas da mesma forma, nomeadamente ao nível do exercício de competências regulamentares de definição de mercados relevantes.
13. Perante um mercado artificial porque criado por opção política, encerrado e com fortes constrangimentos ao nível de potenciais clientes, surgiam legítimas incertezas ao nível dos pressupostos económicos que permitiriam sustentar e rentabilizar o projeto TDT. Foi precisamente com o objetivo de mitigar essas incertezas que a MEO negociou e celebrou com os operadores de televisão os valores de prestação de serviço. Fê-lo confiando legitimamente que, como resulta de forma clara do artigo 19.º, n.º 4, do Regulamento do MUX A e dos

Pronúncia da MEO relativamente aos projetos de decisão da ANACOM sobre a investigação aprofundada aos custos e proveitos do serviço de TDT e ao mercado grossista de teledifusão para a entrega de conteúdos a utilizadores finais

esclarecimentos prestados, a ANACOM apenas interviria ao nível dos preços na ausência de acordo com os operadores de televisão.

14. O disposto no artigo 19.º, n.º 4, do Regulamento MUX A limita efetivamente o exercício do poder de intervenção da ANACOM ao nível dos preços do serviço TDT. Não é só a MEO que o defende. É também a posição dos Professores Doutores Paz Ferreira e Miguel Ferro a quem o Regulador pediu parecer jurídico nesta temática. Foi também essa a leitura que a própria ANACOM fez daquela disposição sempre que teve oportunidade de se pronunciar sobre o seu conteúdo e alcance. A ANACOM vinculou-se a apenas intervir em situações excecionais.
15. A ANACOM não pode, agora, fazer tábua rasa daquela disposição e tentar obter um efeito com as Consultas TDT — a possibilidade de regulação dos preços TDT, fortemente intrusiva, com a imposição de uma obrigação de orientação dos preços para os custos — que contorna uma limitação que ela própria definiu, fora dos pressupostos que projetou para a sua atuação e ao arrepio da leitura que o mercado sempre fez das regras do concurso TDT.
16. Mas mesmo que esta regra não existisse, os projetos de decisão da ANACOM não resistem a um confronto com os princípios de direito adjudicatório que subjazem ao concurso TDT. Também por esta via resulta claro que a proposta de atuação da ANACOM, sobretudo ao nível dos preços, viola os princípios da estabilidade das propostas e da igualdade.
17. O sinalagma subjacente ao concurso TDT impunha que o seu vencedor ficasse vinculado a desenvolver a rede TDT em determinadas condições, detendo, em contrapartida, um monopólio transitório e o direito de cobrar aos operadores de televisão o preço com eles acordado. Tivesse a ANACOM definido o sinalagma de forma diferente, no sentido em que poderia a qualquer momento intervir nos preços, e muito provavelmente nenhuma entidade se candidataria. Certamente que a MEO não o teria feito.
18. No que se refere concretamente à proposta de regulação dos preços do serviço TDT, são de salientar quatro aspetos adicionais:
19. *O primeiro* é o de que existe uma contradição insanável entre a conclusão extraída no SPD Custos TDT (a de que os preços não superam os custos, pelo contrário) e a conclusão sobre a

subsequente necessidade de criar condições para regular os preços. Admitir, sequer, um cenário de regulação de preços no contexto atual contende profundamente com o princípio elementar de direito regulatório de que os poderes e mecanismos legais da ANACOM existem para endereçar problemas concretos e não problemas hipotéticos ou meramente eventuais.

20. *O segundo* é o de que a abordagem da ANACOM, no sentido em que intervirá se e quando estiverem reunidos determinados pressupostos futuros que hoje não se configuram sequer como prováveis (como a existência de um 6º canal), preconiza uma “regulação sob condição” ou de “remédio sob condição” que não é legítima, desde logo por violar o princípio da adequação e da previsibilidade regulatória.
21. *Em terceiro lugar*, a eventual regulação dos preços por parte da ANACOM terá única e exclusivamente como beneficiários os operadores de televisão. Estamos assim perante uma “redistribuição de riqueza” de um operador privado (a MEO) para os operadores de televisão, algo que manifestamente não é legítimo e não pode ser objeto de uma decisão de cariz regulatório, sob pena de instrumentalização dos poderes de regulação.
22. *Em quarto e último lugar*, a proposta da ANACOM, nos termos da qual a MEO deveria reduzir os seus preços grossistas (sob pena de ser forçada a fazê-lo) logo que os preços sejam “ligeiramente superiores aos custos”, ficando assim impedida de recuperar os fortes prejuízos registados nos últimos sete anos, é de tal forma chocante que só pode corresponder a uma forma imperfeita de expressão do pensamento do Regulador.
23. Uma nota final sobre as consequências da concretização da posição manifestada nas Consultas TDT.
24. Desde logo, tal implicaria uma violação (dupla) da regra do artigo 19.º, n.º 4, do Regulamento MUX A e do artigo 16.º da Licença TDT. Neste último caso, sendo a Licença TDT um ato constitutivo de direitos, a proposta de atuação da ANACOM corresponde, de forma inquestionável, a uma alteração substancial dos pressupostos que lhe estão subjacentes, a qual é ilegal e ilegítima porque defrauda (sem motivo) a posição jurídica da MEO e subverte o equilíbrio alcançado com o procedimento concursal.

Pronúncia da MEO relativamente aos projetos de decisão da ANACOM sobre a investigação aprofundada aos custos e proveitos do serviço de TDT e ao mercado grossista de teledifusão para a entrega de conteúdos a utilizadores finais

25. Sem estabilidade das condições remuneratórias e sem estabilidade das peças do procedimento, não é legítimo obrigar a MEO a desenvolver a TDT. O rompimento do referido equilíbrio gera, no mínimo, uma pretensão de indemnização ou de reequilíbrio financeiro.
26. As propostas de atuação contidas nas Consultas TDT agravam profundamente o cenário de prestação do serviço TDT pelo que, a serem adotadas, a MEO pugnará por todos os meios ao seu alcance pelo respeito do quadro de legalidade no âmbito de um serviço que é de manifesto interesse público e cujas condições de sustentabilidade e de rentabilidade não podem ser colocadas em causa.

I. INTRODUÇÃO E CONTEXTO

26. As Consultas TDT submetidas a audiência prévia, nos termos e para os efeitos dos artigos 100.º e 101.º do Código do Procedimento Administrativo (doravante “CPA”), e ao procedimento geral de consulta ao abrigo do artigo 8.º da Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro (doravante “LCE” ou “Lei das Comunicações Eletrónicas”) correspondem a dois projetos de decisão autónomos, embora relacionados, que apresentam a posição preliminar da ANACOM sobre:
- (i) As conclusões da investigação aprofundada efetuada pela ANACOM aos custos e proveitos do serviço de Televisão Digital Terrestre (doravante “TDT”) prestado pela MEO para os anos de 2010 a 2012²; e
 - (ii) A definição dos mercados do produto e geográfico, avaliação de Poder de Mercado Significativo (doravante “PMS”) e imposição, manutenção, alteração ou supressão de obrigações regulamentares no novo mercado grossista de teledifusão para a entrega de conteúdos a utilizadores finais.
27. Estes projetos de decisão surgem na sequência do procedimento administrativo que foi espoletado pelo pedido, em 10.07.2013, da Rádio e Televisão de Portugal, S.A. (doravante “RTP”) para a intervenção da ANACOM no preço praticado pela MEO na prestação do serviço TDT. No contexto desse procedimento, a ANACOM adotou uma primeira decisão sobre a matéria em 14.03.2014, onde, entre outros aspetos, aprovou o projeto de arquivamento do pedido da RTP (submetendo o mesmo a audiência prévia) e decidiu desenvolver uma investigação aprofundada aos custos do serviço de TDT prestado pela MEO (doravante “Decisão RTP-1”³).
28. A decisão final⁴ sobre o pedido da RTP foi adotada em 02.05.2014 (doravante “Decisão RTP-2”⁵), tendo a ANACOM decidido encerrar o procedimento espoletado pela RTP, não intervindo, nesse momento, na revisão do preço do serviço de TDT atendendo, por um lado, à exis-

² Apesar de não de realizar uma análise aprofundada aos dados de 2013, a ANACOM acaba por considerar estes custos para avaliar se os preços praticados pela MEO são ou não excessivos, uma vez que, no seu entender, se trata de custos compatíveis com os dados de 2012 e são mais recentes.

³ Disponível em: <http://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=1193492#.VctPr6NdZgA>.

⁴ Tendo o respetivo relatório de audiência prévia e de consulta pública sido aprovado em 02.05.2014 e que se encontra disponível em: <http://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=1193492#.VctPr6NdZgA> (doravante “Relatório Decisão RTP”).

⁵ Disponível em: <http://www.anacom.pt/render.jsp?categoryId=358495>.

Pronúncia da MEO relativamente aos projetos de decisão da ANACOM sobre a investigação aprofundada aos custos e proveitos do serviço de TDT e ao mercado grossista de teledifusão para a entrega de conteúdos a utilizadores finais

tência de contratos celebrados entre a MEO e os operadores de televisão, e, por outro lado, ao facto de não se poder concluir que o preço praticado era excessivo. No entanto, a ANACOM informou nessa decisão que estaria em curso uma investigação aprofundada aos custos do serviço TDT e que iria considerar, no futuro, a oportunidade de analisar o mercado onde se insere o serviço de TDT.

29. É, assim, neste contexto e após diversas interações entre a ANACOM e a MEO (referidas em maior detalhe nas pp. 1 a 5 do SPD Custos TDT) que surgem os dois projetos de decisão a que ora se responde.
30. Para melhor enquadramento da pronúncia da MEO, importa desde já apontar os pontos fundamentais de cada uma das Consultas TDT, sem prejuízo da análise mais pormenorizada destes e de outros pontos ao longo deste documento.
31. Em termos gerais, no que diz respeito ao SPD Custos TDT, a MEO considera que os aspetos essenciais deste projeto de decisão são os seguintes:
 - (i) Os preços atualmente praticados pela MEO aos operadores de televisão não são excessivos e são compatíveis com o princípio de orientação dos preços para os custos, mantendo-se assim válido o sentido decisório plasmado na Decisão RTP-2;
 - (ii) Os preços atualmente praticados pela MEO são compatíveis com o preço anual de 885.100 Euros por Mbps previsto na proposta do concurso público para a atribuição de um direito de utilização de frequências de âmbito nacional para o serviço TDT;
 - (iii) Não existem razões de interesse público que justifiquem uma intervenção da ANACOM no sentido de proceder a uma revisão dos contratos celebrados entre a MEO e os operadores de televisão, ao abrigo do artigo 43.º, n.º 3, da LCE;
 - (iv) A alocação dos custos da capacidade livre no MUX A deve ser feita na proporção de 2/3 para a MEO e 1/3 para os operadores de televisão; e
 - (v) Num cenário (futuro) de ocupação da capacidade livre no MUX A, nomeadamente através da transmissão de dois novos canais, com capacidade equivalente à dos atuais operadores de televisão, os preços cobrados pela MEO poderão ter de ser reduzidos por via

Pronúncia da MEO relativamente aos projetos de decisão da ANACOM sobre a investigação aprofundada aos custos e proveitos do serviço de TDT e ao mercado grossista de teledifusão para a entrega de conteúdos a utilizadores finais

regulatória, numa ótica de orientação para os custos, obrigação regulamentar *ex-ante* essa que apenas pode ser imposta na sequência de uma análise de mercado de cariz regulamentar.

32. Quanto ao SPD Mercado TDT, os pontos fundamentais deste projeto de decisão são, no entender da MEO, os seguintes:

- (i) Conclusão de que o mercado (retalhista) de televisão por subscrição se mantém concorrencial face à análise anteriormente levada a cabo pela ANACOM;
- (ii) Definição, como mercado relevante e suscetível de regulamentação *ex ante*, de um novo mercado, não incluído na lista de mercados relevantes suscetíveis de regulação anexa à Recomendação da Comissão Europeia – o mercado grossista de teledifusão digital terrestre gratuito para os utilizadores finais (doravante “MR TDT”);
- (iii) Identificação da MEO como operador com PMS neste novo MR TDT; e
- (iv) Imposição à MEO das seguintes obrigações regulamentares específicas:
 - Não discriminação dos operadores de televisão na oferta do serviço grossista de TDT;
 - Prestação de informação à ANACOM dos acordos celebrados com os operadores de televisão no prazo de 10 dias úteis após a respetiva celebração;
 - Implementação de um sistema de custeio e separação contabilística;
 - Prática de preços orientados para os custos na prestação do serviço de TDT, com revisão anual;
 - Disponibilização dos registos contabilísticos do produto TDT, incluindo dos dados sobre receitas provenientes de terceiros.

33. Feita esta súpula dos pontos essenciais das Consultas TDT, importa desde já salientar que estes dois SPD estão jurídica e logicamente relacionados:

- (i) Por um lado, embora no SPD Custos TDT a ANACOM considere que os preços atualmente praticados pela MEO não são excessivos nem suscitam outras reservas, acaba por considerar que, num cenário eventual e futuro, os mesmos preços podem vir a ser

regulados, de acordo com o princípio da orientação dos preços para os custos. Porém, reconhece neste SPD que tal só poderá ser feito no âmbito de uma análise regulamentar do mercado em causa, a qual se encontra corporizada no SPD Mercado TDT;

(ii) Por outro lado, a intervenção ao nível dos preços prevista no SPD Mercado TDT, nomeadamente através do princípio da orientação dos preços para os custos, está dependente da evolução dos custos ou da concretização de um cenário futuro e hipotético de ocupação da capacidade disponível no MUX A, sendo que esse cenário se encontra detalhado no SPD Custos TDT.

34. Com a conversão destes projetos decisórios em decisões finais a ANACOM pretende, no imediato, impor as obrigações de não discriminação, transparência e separação de contas à MEO e, se e quando necessário — ou melhor, se e quando se verificar um decréscimo dos custos ou o cenário hipotético apontado no SPD Custos TDT — intervir igualmente no preço grossista do serviço de TDT. Portanto, por diferentes perspetivas, estes dois projetos de decisão são interdependentes entre si e, no seu conjunto, expressam a perspetiva da ANACOM em relação à possível intervenção, do ponto de vista de regulamentação *ex ante*, na prestação do serviço de TDT.

35. Uma nota final para salientar o seguinte: pese embora a regulação proposta pela ANACOM sobre o serviço TDT vá para além da obrigação de controlo de preços, é evidente, pelos termos em que está construído o SPD Mercado TDT e pelos efeitos que pode vir a ter no mercado, que, na perspetiva da MEO, o tema mais sensível das Consultas TDT é, sem dúvida, a proposta de intervenção ao nível dos preços do serviço de TDT, realçando-se desde já a manifesta dificuldade de conciliação desta proposta com as regras de contratação pública e com as estipulações de natureza contratual que conduziram à formação do preço atual. Tal justifica que seja concedida uma especial atenção a este tópico ao longo desta pronúncia.

II. ENQUADRAMENTO DO SERVIÇO DE TDT E AS SUAS ESPECIAIS CONDIÇÕES DE PRESTAÇÃO

36. O serviço de TDT tem um lastro histórico significativo que, em larga medida, é fundamental recuperar para o correto enquadramento, análise e compreensão do conteúdo e implicações das Consultas TDT. Trata-se de um serviço (na perspetiva grossista) com condições de presta-

Pronúncia da MEO relativamente aos projetos de decisão da ANACOM sobre a investigação aprofundada aos custos e proveitos do serviço de TDT e ao mercado grossista de teledifusão para a entrega de conteúdos a utilizadores finais

ção muito particulares, nomeadamente ao nível da procura e da oferta, condições essas que, no entender da MEO, não foram corretamente ponderadas nem refletidas nas Consultas TDT. Além disto, trata-se de um serviço com um enquadramento muito específico ao nível da sua equação financeira e operacional (tendo em atenção o procedimento de contratação pública que teve lugar em 2008) enquadramento esse que não foi devidamente considerado pela ANACOM.

37. Essas condições e enquadramento exigiriam, na perspetiva da MEO, uma decisão da ANACOM com outros contornos, em especial no que respeita à possibilidade de vir a intervir nos preços do serviço – faculdade que, como veremos, a MEO considera não assistir, de forma alguma, à ANACOM.
38. Em termos de enquadramento, comece-se por referir que a implementação da TDT em Portugal surgiu no seguimento das orientações e decisões internacionais e europeias que foram sendo adotadas relativamente à migração para a tecnologia digital das emissões televisivas analógicas terrestres, *maxime* a Comunicação de 24.05.2005 da Comissão Europeia (doravante “CE”), que fixou o ano de 2012 para o encerramento das emissões analógicas em todos os Estados-Membros da União Europeia (doravante “UE”).
39. Na sequência daquela Comunicação da CE, o processo de implementação da TDT em Portugal começou por ser definido como um objetivo de carácter político no Programa do XVII Governo Constitucional (Programa de Governo 2005-2009), que teve em atenção a necessidade de assegurar o cumprimento do prazo limite de 2012 estabelecido pela CE⁶.
40. Neste contexto, a ANACOM aprovou em 29.08.2007⁷ um projeto de decisão sobre a limitação do número de Direitos de Utilização das Frequências (doravante “DUF”) a consignar ao serviço de radiodifusão televisiva digital terrestre. Nos termos do referido projeto de decisão, a ANACOM considerou dever limitar o número de DUF reservados para o serviço de radiodifusão televisiva digital terrestre da seguinte forma:

⁶ Desconsiderando aqui — por não relevar para o caso concreto — o primeiro concurso da plataforma TDT, lançado em 2001 e ganho pelo consórcio PTDP – Plataforma de Televisão Digital Portuguesa, S.A., cuja licença de exploração viria a ser revogada em março de 2003 devido a sucessivos adiamentos no lançamento comercial da operação.

⁷ Disponível em: <http://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=962856#.VcnZsqNdZgB>.

Pronúncia da MEO relativamente aos projetos de decisão da ANACOM sobre a investigação aprofundada aos custos e proveitos do serviço de TDT e ao mercado grossista de teledifusão para a entrega de conteúdos a utilizadores finais

- (i) Um direito de utilização de frequências associado ao MUX A; e
 - (ii) Cinco direitos de utilização de frequências associados aos MUX B a F, a atribuir a uma só entidade.
41. A ANACOM esclareceu, nesse mesmo projeto de decisão (cf. p. 11), o racional seguido para limitar o acesso aos DUF, em especial para o MUX A, salientando o seguinte:
- "(...) a utilização excessivamente fragmentada das mesmas [das frequências], num eventual regime de acesso livre, não permitiria criar propostas de valor suficientemente atraentes para o utilizador e consistentes para assegurar a sua sustentabilidade económica, e conseqüentemente poderia pôr em causa o objetivo primeiro atrás descrito da migração analógico-digital dos atuais serviços de programas televisivos de emissão em aberto, à generalidade da população nacional, sem custos de assinatura mensal para o utilizador (sem destaque no original)."*
42. Esclareceu também que a rede associada ao MUX A se destinava principalmente a assegurar a migração da televisão analógica para a televisão digital, devendo assim ser obrigatoriamente reservada capacidade de transmissão para os serviços de programas televisivos detidos pelos operadores licenciados ou concessionados (cf. p. 12).
43. Abra-se aqui um parêntesis para referir que esta opção representou uma primeira alteração relevante face à situação verificada no contexto da difusão analógica terrestre. Com efeito, num momento anterior à TDT, os DUF eram atribuídos aos vários operadores de televisão que depois podiam desenvolver a sua própria rede ou contratar um terceiro para efetuar a transmissão do sinal de televisão. Nesse contexto, a MEO, embora detivesse a principal infraestrutura de difusão analógica terrestre, encontrava-se em concorrência com a RETI (Rede Teledifusora Independente, S.A.), que concentrava as atividades relacionadas com a operação e exploração técnico-administrativa da rede de difusão da Televisão Independente, S.A. (dora-vante "TVI").
44. Com a introdução da TDT e com a limitação do número de DUF disponíveis, assumiu-se – por decisão política e regulatória – que a concorrência na prestação deste serviço, no mercado para a entrega de conteúdos a utilizadores finais de forma gratuita, deixaria de ser possível numa fase subsequente ao concurso. Aliás, no relatório da consulta pública sobre o projeto de

decisão de limitação do número de direitos de utilização de frequências⁸, a ANACOM acolheu esta conclusão, ao referir a possibilidade de descontinuidade das redes atualmente exploradas para transporte e difusão de serviços e programas, onde se incluía a RETI, numa fase seguinte ao concurso, caso não existisse interesse em aproveitar as infraestruturas existentes (cf. p. 11).

45. Fechado este parêntesis, retome-se a ideia anterior para referir que, uma vez que se admitia que o número de interessados na utilização das frequências disponíveis excedesse a oferta, o procedimento escolhido para a atribuição dos direitos de utilização de frequências relativos ao MUX A e aos MUX B a F foi o concurso público, tendo sido aprovado o lançamento de dois concursos autónomos.
46. Do que ficou descrito nos parágrafos anteriores pode salientar-se, desde já, que a decisão de atribuir a uma única entidade o direito de utilização associado ao MUX A — necessário para assegurar a transição da rede de televisão analógica para a rede de televisão digital — decorre, única e exclusivamente, de uma escolha da ANACOM (validada pelo Governo), na sequência de orientações comunitárias e internacionais relativamente à gestão do espectro radioelétrico, e após ponderação por parte destas entidades das questões de salvaguarda da concorrência, de proteção dos utilizadores e da estabilidade económico-financeira da plataforma TDT.
47. Nos termos previstos na LCE, a limitação do número de direitos de utilização a um único direito implicou, em termos práticos, a constituição de um monopólio, de carácter transitório, a favor da entidade que viesse a ganhar o respetivo concurso. Acresce que a limitação do número de DUF disponíveis determinou a existência de um mercado específico para a aquisição desse bem, sendo que seria então o próprio procedimento para a atribuição do DUF a assegurar a igualdade e a concorrência no acesso a um bem que, por decisão administrativa, foi tornado escasso.
48. Em 22.01.2008 foi publicada a Resolução do Conselho de Ministros n.º 12/2008 (doravante "RCM 12/2008"), que estabeleceu, entre outras, obrigações de reserva de capacidade no MUX A para: (a) efeitos de transmissão de um novo serviço de programas televisivos a licenciar (o

⁸ Disponível em: <http://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=962856#.VcogNKNdZ9D>.

chamado "5.º canal") e (b) a transmissão em alta definição (HD) dos canais de televisão distribuídos através deste MUX.

49. Posteriormente, em 30.01.2008, foi aprovada pela ANACOM a decisão final sobre a limitação do número de DUF reservados para radiodifusão televisiva digital terrestre⁹, ao abrigo da qual foram mantidos os critérios de atribuição e de afetação do espectro atrás referidos.
50. No dia 25.02.2008 foram publicados os regulamentos associados aos concursos públicos relativos à TDT, nomeadamente o Regulamento n.º 95-A/2008 relativo ao MUX A (doravante "Regulamento MUX A"). Entre outros aspetos, que não vale a pena salientar por não serem relevantes para os temas em discussão, este ato obrigava (cf. artigo 19.º) o futuro titular do direito de utilização a reservar capacidade para a transmissão dos serviços de programas televisivos difundidos na altura por modo analógico, ou seja, a RTP1, a RTP2, a SIC e a TVI, bem como a RTP Açores e a RTP Madeira nas respetivas Regiões Autónomas. Obrigava ainda, no seguimento da RCM 12/2008, a reservar capacidade para a transmissão de um futuro 5.º canal e para a transmissão em HD, exceto nas Regiões Autónomas (cf. artigo 20.º).
51. Para além de a limitação do acesso aos DUF ter criado um monopólio artificial, de fonte legal, foram ainda, como se vê, criados constrangimentos relevantes do ponto de vista da procura dos serviços TDT, definindo-se *ab initio*, de forma expressa (e em número limitado), quais as entidades que podiam beneficiar da capacidade de transmissão do MUX A. Desta forma, o futuro titular das frequências associadas ao MUX A, por um lado sabia de antemão que a sustentabilidade económico-financeira da operação estaria (exclusivamente) dependente dos preços a cobrar aos canais de televisão beneficiários das obrigações de reserva e, por outro lado, que podia legitimamente contar com essa receita.
52. Nos termos da RCM 12/2008 e do Regulamento MUX A, a capacidade reservada ficaria indisponível para o titular dos direitos de utilização, no sentido em que o mesmo não poderia dispor da mesma para qualquer outra atividade a não ser para o transporte dos canais beneficiários das respetivas obrigações.

⁹ Disponível em: <http://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=559878#.VcncM6NdZ9A>.

53. Entre outras, a circunstância de a procura possível para o serviço de TDT estar delimitada e de os operadores de televisão terem o direito a ser transportados (a partir de 2011, 5 operadores de televisão no Continente e 6 nas Regiões Autónomas) fazia a viabilidade e rentabilidade do projeto depender inexoravelmente do nível de receitas que a exploração da rede permitiria, tornando por isso essencial a qualquer concorrente dispor de uma estimativa fiável dos preços que poderiam ser cobrados aos operadores de televisão. Este aspeto assumia também grande relevância em virtude de o artigo 19.º, n.º 4, do Regulamento MUX A limitar a possível intervenção da ANACOM ao nível dos preços do serviço TDT a situações de ausência de acordo entre o vencedor do concurso e os operadores de televisão, privilegiando assim uma solução de autorregulação, por via de acordo entre as partes.
54. Dada a essencialidade deste aspeto e a sua centralidade à preparação da proposta a submeter a concurso, a ANACOM foi questionada na altura, pelo Grupo PT, sobre as regras relativas à formação dos preços da TDT. Com efeito, e como o Grupo PT teve então oportunidade de manifestar com clareza, foi sempre uma grande preocupação acautelar que a ANACOM não pudesse vir a definir preços que pusessem em causa a rentabilidade do projeto, conforto sem o qual não teria submetido uma proposta a concurso.
55. Confrontado com as questões colocadas pelo Grupo PT sobre esta matéria, esclareceu o Regulador o seguinte, no relatório da consulta pública sobre o Regulamento MUX A (cf. pp. 11 e 12)¹⁰, o que não pode deixar de se destacar desde já:

“Antes de mais é relevante referir que qualquer “plano de negócios” envolve sempre incerteza, nomeadamente do lado da procura dos serviços e das receitas que são possíveis obter, não constituindo exceção as candidaturas no âmbito do concurso objeto deste relatório.

Não obstante, e conforme é referido no Artigo 19.º, n.º 3, do Projeto de Regulamento referente ao Multiplex A, o poder de intervenção do ICP-ANACOM está previsto no Artigo 43.º, n.º 3 da LCE, onde se dispõe que ‘A ARN pode determinar uma remuneração adequada como contrapartida das obrigações de transporte impostas, a qual deve ser aplicada de modo proporcionado e transparente, competindo-lhe ainda garantir que, em circunstâncias análogas, não haja discriminação no tratamento das empresas que oferecem redes de comunicações eletrónicas’.

¹⁰ Disponível em: <http://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=962856#.VciNUKNdZ9A>.

Pronúncia da MEO relativamente aos projetos de decisão da ANACOM sobre a investigação aprofundada aos custos e proveitos do serviço de TDT e ao mercado grossista de teledifusão para a entrega de conteúdos a utilizadores finais

*Ou seja, o ICP-ANACOM poderá, de forma proporcional e transparente, determinar o que entende por uma remuneração adequada pelo acesso, **caso as partes não tenham chegado a acordo**, não existindo nenhuma indicação de que a determinação do preço ou a metodologia a utilizar na sua definição deva ocorrer a montante. **Pelo contrário, atendendo ao requisito de proporcionalidade nas obrigações impostas, pode-se dizer que faz todo o sentido que esta Autoridade apenas intervenha, e defina inequivocamente os preços, quando verificar que as partes não alcançam um entendimento através de negociação comercial**. Caso assim não fosse, e esta Autoridade definisse desde já um preço ou as regras específicas para a sua imposição, estar-se-ia a limitar o direito que assiste aos agentes de mercado de negociar livremente o preço do acesso.*

*Assim sendo, caso não se verifique o desejável alinhamento de interesses para a utilização do Multiplexer A entre o operador do Multiplexer e os operadores de televisão FTA, afigura-se a esta Autoridade que **o risco, aludido pelo GRUPO PT, de o ICP-ANACOM poder definir preços que ponham irremediavelmente em causa a rentabilidade do projeto apresentado a concurso não é provável, face ao enquadramento e momento da sua intervenção**” (sem destaque no original).*

56. Daqui decorre que a ANACOM reafirmou ser de privilegiar — como de resto viria a constar do artigo 19.º, n.º 4, do Regulamento MUX A — uma solução de cariz negocial entre o titular de direitos de utilização e os operadores de televisão a propósito dos preços do serviço de TDT, determinando que apenas interviria se e quando as partes não alcançassem um desejável entendimento¹¹.
57. A ANACOM escolheu esta solução em detrimento de outros métodos possíveis, como a fixação de um preço máximo ou a determinação de uma metodologia a utilizar no cálculo do preço, precisamente porque, no seu entendimento, outras soluções *limitar(iam) o direito que assiste aos agentes de mercado de negociar livremente o preço do acesso*.
58. Fazendo fé neste entendimento da ANACOM e confortada pelo facto de o nº 4 do artigo 19º do Regulamento MUX A ter limitado a possibilidade de o Regulador vir a intervir nos preços a situações de ausência de acordo, a MEO desenvolveu todos os esforços no sentido de alcançar um acordo de princípio sobre os preços a praticar nos primeiros 10 anos do projeto com todos os operadores de televisão, o que conseguiu, tendo juntado à proposta que submeteu a concurso os Memorandos de Entendimento celebrados com cada um daqueles operadores.

¹¹Note-se ainda que este entendimento tem vindo a ser repetidamente afirmado pela ANACOM em diversos documentos, como a Consulta Futuro TDT e o Relatório Consulta TDT, que mais abaixo serão referidos.

59. É altura agora de salientar que, em matéria de preços, em momento algum, nas diversas vezes que teve oportunidade de se pronunciar sobre o assunto, a ANACOM deu qualquer indicação de que teria alterado o seu entendimento sobre este assunto vital e menos ainda fez a mínima – a mais ténue – alusão ao facto de poder vir a intervir nos preços da TDT por via regulatória, mediante a consideração de um novo mercado relevante suscetível de regulação.
60. Assim, até à adoção da Decisão RTP-1 em 2014, foi sempre o acima referido o entendimento manifestado pela ANACOM. Aliás, num procedimento paralelo, no relatório de audiência prévia sobre a decisão de regulação do preço da teledifusão analógica, de 09.03.2012, a ANACOM veio esclarecer o seguinte a este propósito (cf. p. 6)¹²:
- “(...) por forma a minimizar qualquer incerteza que possa existir nos agentes de mercado, esta Autoridade esclarece que se devem aplicar, de acordo com a informação disponível: (a) para o serviço de teledifusão digital terrestre, os preços que se encontram previstos no direito de utilização de frequências n.º 6/2008 por remissão para a proposta apresentada pela PTC (...) sendo que **na falta de acordo entre as partes (PTC e operadores de televisão) o ICP-ANACOM tem capacidade de intervenção ao abrigo do regime do artigo 43.º, n.º 3, da LCE, podendo determinar uma remuneração adequada que deve ser aplicada de modo proporcionado e transparente (...)**” (sem destaque no original).*
61. Em suma, e isso é inequívoco, o entendimento da ANACOM – o único aliás compatível com as disposições legais vigentes e com os princípios jurídicos aplicáveis – foi sempre o de que (i) esta Autoridade apenas teria capacidade de intervenção ao abrigo do artigo 43º da LCE (para o qual o nº 4 do Regulamento MUX A remete) e que (ii) mesmo ao abrigo desta disposição, o Regulador só interviria nos preços se “verificar que as partes não alcançam um entendimento comercial”. Por outras palavras, o entendimento reiteradamente transmitido pela ANACOM foi o de que não teria capacidade de intervenção – e, como tal, não interviria – exceto na falta de acordo entre o prestador do serviço TDT e os operadores de televisão. Foi assim no momento do concurso e foi assim nos anos que lhe sucederam (até à Decisão RTP -1).
62. É inegável, pois, que foi com base neste entendimento e na confiança (digna de tutela jurídica) pelo mesmo gerada que a então PT Comunicações decidiu submeter-se a concurso.

¹² Disponível em: <http://www.anacom.pt/render.jsp?categoryId=344829>.

Pronúncia da MEO relativamente aos projetos de decisão da ANACOM sobre a investigação aprofundada aos custos e proveitos do serviço de TDT e ao mercado grossista de teledifusão para a entrega de conteúdos a utilizadores finais

63. Retomando a descrição cronológica do serviço de TDT, importa referir que qualquer entidade interessada podia apresentar uma candidatura a um ou aos dois concursos públicos que foram abertos para a prestação do serviço TDT.
64. A proposta da MEO, nomeadamente na parte relativa ao plano económico-financeiro, foi assim formada num ambiente de plena concorrência, em que qualquer entidade poderia ter submetido uma proposta concorrente para a prestação do mesmo serviço e disputado com a MEO a atribuição do DUF em questão, apresentando nomeadamente preços mais favoráveis.
65. Não interessa, para o presente caso, analisar os termos mais concretos da proposta da MEO ao concurso (até porque não estão aqui em causa e a própria ANACOM reconhece que o preço atual respeita os termos da proposta apresentada), devendo apenas salientar-se que a mesma se alicerçou nos factos atrás descritos, em especial, na delimitação da potencial procura por serviços TDT e na posição assumida pela ANACOM sobre uma possível intervenção ao nível dos preços.
66. E foi precisamente para mitigar, por um lado, a situação de incerteza ao nível de receitas da plataforma e, por outro, o risco de uma futura intervenção nos preços da TDT por parte da ANACOM, ao abrigo do mecanismo previsto no artigo 19.º, n.º 4, do Regulamento MUX A, que a MEO, conforme foi já referido, empreendeu relevantes esforços no sentido de estabelecer acordos de princípio com os operadores de televisão beneficiários das obrigações de transporte. Neste sentido, foram juntos à sua proposta os Memorandos de Entendimento celebrados com a RTP, a SIC e a TVI e, mais tarde, celebrados os respetivos contratos de prestação de serviços.
67. As propostas da MEO foram consideradas vencedoras nos dois concursos públicos atrás descritos, tendo a proposta de adjudicação do júri dos concursos sido homologada, no caso do concurso MUX B a F, pela ANACOM e pela Entidade Reguladora para a Comunicação Social doravante “ERC”) em 16.10.2008, e, no caso do concurso MUX A, pela ANACOM em 20.10.2008. Em consequência, foram atribuídos pela ANACOM os DUF associados, nomeadamente, em 09.12.2008 o DUF n.º 06/2008 relativo ao MUX A (doravante “Licença TDT”).

68. A Licença TDT veio concretizar os aspetos atrás referidos, sendo de destacar aqui as obrigações de reserva de capacidade e de transporte constantes do Capítulo IV (artigos 15.º e seguintes). Ficaram neste instrumento densificadas as obrigações de reserva de capacidade em definição *standard* (9,0Mbit/s e 640kbit/s, respetivamente, para as componentes de vídeo e de áudio, no território continental, e 10,8Mbit/s e 768kbit/s, respetivamente, para as componentes de vídeo e de áudio, nas Regiões Autónomas) e em alta definição (5,0Mbit/s e 384kbit/s, respetivamente, para as componentes de vídeo e de áudio, no território nacional, bem como as obrigações de transmissão, incluindo a codificação, multiplexagem, transporte e difusão, dos canais de televisão atrás referidos.
69. Estas obrigações de reserva de capacidade permanecem inalteradas, pese embora as significativas alterações nos pressupostos que presidiram à submissão da proposta apresentada pela MEO.
70. Adicionalmente, e num claro sinal da prevalência das soluções de autorregulação sobre soluções de intervenção externas, a Licença TDT prevê no artigo 16.º o direito da MEO de cobrar aos operadores de televisão um preço médio anual de disponibilização do serviço por Mbit/s, nos primeiros dez anos a contar da data de emissão do presente título, nos termos da proposta apresentada (n.º 1), bem como a possibilidade de rever os acordos celebrados com os operadores de televisão e posteriormente comunicá-los à ANACOM (n.º 4).
71. Como se sabe, após a emissão da Licença TDT verificou-se uma série de circunstâncias inesperadas, circunstâncias essas que, sendo alheias à MEO, frustraram os pressupostos da proposta apresentada e da equação tanto económico-financeira como operacional que lhe está subjacente, como sejam:
- (i) A perda de sinergias entre o MUX A e os MUX B a F, na sequência da revogação, por deliberação da ANACOM de 12.07.2010, a pedido da MEO mas fundamentada em motivos de interesse público, dos atos de atribuição à MEO dos DUF associados aos referidos MUX B a F.

Embora as circunstâncias que fundamentaram este pedido — nomeadamente a perda de sinergias motivada pelos atrasos na instalação da rede TDT e a evolução do mercado — não tenham sido imputáveis à MEO, esta empresa assumiu a obrigação de praticar os

preços previstos no cenário variante da sua proposta, o que se traduziu num benefício claro para os operadores de televisão que, de outra forma, teriam de se submeter aos preços da proposta base (mais altos) e não aos da proposta variante.

- (ii) Quanto ao 5.º canal, no seguimento das candidaturas apresentadas no âmbito do concurso lançado para o licenciamento de um novo serviço de programas televisivo de âmbito nacional, generalista, de acesso não condicionado livre, a ERC, em 23.03.2009, através da deliberação n.º 1030/2009, decidiu excluir as duas candidaturas apresentadas pela Telecinco, S.A., e pela Zon II - — Serviços de Televisão, S.A..

Após a exclusão das referidas candidaturas, não foi decidido abrir um novo procedimento tendente ao licenciamento de um novo serviço de programas televisivo, competindo a abertura de novo procedimento concorrencial exclusivamente ao Governo, nos termos dos artigos 13.º, n.º 1, al. a) e 15.º, n.º 1, 2.ª parte, da Lei n.º 27/2007, de 30 de julho (doravante “Lei da Televisão”).

Este facto, a que a MEO é totalmente alheia, resultou e continua a resultar num forte prejuízo para a empresa, que se viu privada de auferir a receita relativa ao 5.º canal, no valor anual de cerca de € 3,5 milhões de euros, embora tivesse realizado todo o investimento projetado e previsto esta receita na sua proposta económico-financeira, com a agravante de que continua obrigada a reservar capacidade no MUX A para um futuro e eventual licenciamento de um 5.º canal, nos termos do Regulamento MUX A e da Licença TDT.

Mais uma vez, a MEO foi a única entidade prejudicada com esta circunstância, uma vez que, apesar de o 5.º canal não ter sido licenciado e de isso ter implicado para a empresa uma forte e inesperada perda de receita, a empresa não aumentou o preço a cobrar aos restantes operadores de televisão beneficiários das obrigações de transporte, por forma a compensar a referida quebra de proveitos – operadores esses que, por seu lado, claramente saíram beneficiados pela não entrada de um novo concorrente.

- (iii) Adicionalmente, apesar de a MEO ter ficado obrigada a reservar capacidade para a transmissão, em modo não simultâneo, em alta definição dos canais de televisão transportados no MUX A, os três operadores de televisão envolvidos não manifestaram inte-

resse na partilha do canal HD. A MEO viu-se assim igualmente privada de auferir os proveitos relativos à utilização do espaço reservado para o canal HD do MUX A, com os quais legitimamente contava, mais uma vez por um facto que em nada lhe é imputável.

E continua a MEO, apesar disso, obrigada a reservar a capacidade relativa ao canal HD, nomeadamente por força do entendimento da ERC sobre esta matéria.

- (iv) Por fim, e apesar de os pressupostos de receita do projeto da TDT terem sido amplamente frustrados por motivos alheios à MEO (inexistência de um 5º canal e desinteresse, por parte dos operadores de televisão em emitir em HD) e absolutamente fora do seu controlo, a MEO não apenas teve de realizar investimentos com os quais não podia contar (como os relacionados com a alteração dos canais radioelétricos da TDT, por substituição do canal 67 pelo canal 56), como corre o risco de a ANACOM vir a impor uma alteração profunda (e muito onerosa) das obrigações de cobertura estipuladas na Licença TDT, nos termos do SPD de julho de 2015 sobre a Definição das obrigações de cobertura terrestre e alteração do DUF TDT.
72. Tudo isto conduziu a um desequilíbrio inesperado e significativo da equação económico-financeira do serviço de TDT na qual a MEO assentou a decisão de se submeter a concurso. A própria ANACOM reconhece de resto que a situação é fortemente negativa para a empresa, quando indica que, de acordo com os dados resultantes do Sistema de Contabilidade Analítica (SCA) de 2013, a MEO tem uma margem negativa na prestação deste serviço no montante de [IIC] [REDACTED] [FIC] euros, ou seja de [IIC] [REDACTED] [FIC] dos custos (cf. p. 5 do SPD Custos TDT).
73. Note-se que, embora os pressupostos de prestação do serviço de TDT se tenham alterado sobremaneira, é a MEO quem tem sido a única prejudicada com a atual situação, ao que acresce o facto de não ter qualquer capacidade para a alterar ou sequer influenciar. Já os operadores de televisão têm sido claramente as entidades mais beneficiadas, uma vez que, por um lado, não têm que partilhar proveitos de publicidade com um canal de televisão adicional (o 5º canal) e, por outro, têm vindo a pagar um preço (mais baixo) que tinha como pressuposto, entre outros¹³, a existência de um novo canal que nunca se concretizou.

¹³ Como a existência de sinergias pela exploração conjunta pela MEO dos MUXES A e B a F e a utilização pelos operadores da capacidade reservada para transmissão em HD.

74. Por último, uma palavra final para salientar que o próprio futuro da TDT está, neste momento, em discussão. Com efeito, por deliberação de 04.04.2014, a ANACOM aprovou o documento de consulta pública relativo ao futuro da TDT¹⁴, elaborado em articulação com a ERC, o qual visava recolher comentários sobre possíveis cenários de evolução da TDT, designadamente no sentido da disponibilização de novos conteúdos e plataformas *free-to-air*, da transmissão dos atuais serviços de programas televisivos em HD, da oportunidade e adequação da introdução de outros modelos de negócio, nomeadamente de televisão paga (doravante “Consulta Futuro TDT”).
75. Este documento veio reforçar alguns aspetos ou condições especiais da prestação do serviço de TDT, como sejam, entre outras, a manutenção da obrigação de reserva de capacidade no MUX A para o 5.º canal (cf. p. 10) e a circunstância de a utilização da capacidade disponível não estar dependente da vontade da MEO, mas sim de terceiros, quer ao nível do licenciamento de novos operadores de televisão quer ao nível de reafecção espectral para a eventual disponibilização dos serviços e programas temáticos da RTP (cf. p. 8).
76. Do exposto decorre de forma clara que o serviço de TDT (na componente relativa ao MUX A) surge moldado por um conjunto de condições muito específicas e com uma particular equação económico-financeira e operacional que não podem ser desconsideradas, sobretudo, ao nível do exercício de poderes de cariz regulamentar, e que são as seguintes:
- (i) Desde logo, ao contrário do que sucedia com o serviço de difusão analógica terrestre, foi intenção da ANACOM (validada pelo Governo), por razões de interesse público relativos à gestão de recursos escassos, à proteção dos utilizadores e à estabilidade económico-financeira da plataforma, limitar a uma única entidade a exploração da rede TDT relativa ao MUX A, criando assim um monopólio, transitório, na prestação deste serviço. O “encerramento” do mercado sucedeu, assim, por própria decisão administrativa e não em decorrência de qualquer comportamento da MEO, ou de qualquer favorecimento desta empresa;

¹⁴ Cujo relatório foi aprovado em 01.08.2014 pela ANACOM e em 06.08.2014 pela ERC (doravante “Relatório Futuro TDT”).

- (ii) A existência de uma limitação no acesso ao mercado (por força da limitação do número de DUF disponíveis), conduziu a que a garantia dos princípios da igualdade e da concorrência se fizesse através do próprio procedimento de atribuição e não através do funcionamento do mercado, uma vez que, neste caso concreto, se assume como certo (e desejado), por via administrativa e legal, um cenário de ausência de concorrência numa fase pós-concursal;
- (iii) As especiais condições de prestação do serviço TDT levaram a ANACOM a, em obediência à lei, privilegiar uma solução de autorregulação em matéria de preços do serviço, auto vinculando-se a não intervir salvo na ausência de acordo entre as entidades envolvidas, sendo certo que a equação económico-financeira deste serviço surgiu num contexto de concurso público ao qual qualquer entidade poderia ter concorrido e apresentado uma proposta mais favorável do que a MEO, nomeadamente ao nível dos preços a praticar;
- (iv) O titular do direito de utilização de frequências ficou obrigado a reservar determinada capacidade na exploração das frequências do MUX A, não podendo utilizar essa capacidade, ainda que disponível, até decisão das entidades com competência para o efeito (nomeadamente do Governo). Por outras palavras, o titular das frequências pouco ou nada pode fazer para estimular a procura, já que a inclusão de novos canais no MUX A depende exclusivamente da vontade de terceiros, dependendo também do preenchimento das regras previstas na Lei da Televisão. Um parêntesis a este respeito para expressar a perplexidade da MEO com as afirmações da ANACOM no SPD Preços TDT, que incitam a empresa a “maximizar a utilização do espectro disponível no MUX A”, ao mesmo tempo que reconhece que tal não está manifestamente nas mãos da MEO;
- (v) Verificou-se uma série de vicissitudes na exploração do MUX A, vicissitudes essas que afetaram de forma profunda os pressupostos da prestação do serviço de TDT e o plano económico-financeiro apresentado a concurso, nomeadamente a não concretização do licenciamento do 5.º canal e da utilização do canal HD partilhado, pressupostos com os quais a MEO legitimamente contou, por corresponderem, não a uma análise previsional que fez do mercado e da procura, mas antes a condições impostas pelos instrumentos do concurso. Apesar de estas vicissitudes não poderem ser imputadas à MEO (nem esta

empresa poder de forma alguma gerir ou limitar as consequências adversas delas decorrentes), a verdade é que é apenas a MEO que tem suportado os respetivos custos;

- (vi) Por fim, a Consulta Futuro TDT demonstra e reafirma, mais uma vez, a inexistência de qualquer margem de liberdade da MEO para alterar o paradigma de prestação do serviço TDT, permanecendo integralmente dependente de decisões de terceiros e vinculada ao cumprimento de um conjunto de regras que não escolheu.

77. Este conjunto de condições especiais não foram devidamente ponderadas pela ANACOM nas Consultas TDT. A verdade é que o serviço TDT tem subjacente um contexto muito específico que o afasta dos serviços tradicionais de comunicações eletrónicas (e seguramente do serviço de teledifusão analógica), não sendo por isso juridicamente admissível, na opinião da MEO, pretender regular o serviço TDT nos mesmos termos em que se regulam outros serviços de comunicações eletrónicas, como se existisse um mercado suscetível de regulação. Trata-se assim de uma intenção que, se for concretizada, não pode deixar de se considerar ilegal, como se demonstrará no próximo capítulo.

III. COMENTÁRIOS GERAIS

78. Apesar dos condicionalismos muito particulares de prestação do serviço de TDT (nos termos atrás descritos), das atuais condições profunda e inesperadamente deficitárias em que o mesmo é prestado e do seu especial enquadramento económico e operacional, é intenção da ANACOM definir um novo mercado relevante, regular o serviço e intervir no preço que tem vindo a ser praticado pela MEO ao abrigo de (supostas, mas no caso inexistentes) competências de regulação *ex ante*.
79. Embora esta seja uma matéria legal e juridicamente complexa, na sua essência, o que aqui se discute é de fácil exposição. Assim, de uma forma sucinta (e sem prejuízo dos comentários mais detalhados infra), a MEO contesta totalmente a posição assumida pela ANACOM e entende que a mesma:

Pronúncia da MEO relativamente aos projetos de decisão da ANACOM sobre a investigação aprofundada aos custos e proveitos do serviço de TDT e ao mercado grossista de teledifusão para a entrega de conteúdos a utilizadores finais

- (i) Desconsidera, sem qualquer justificação atendível, as especiais condições de prestação do serviço de TDT;
- (ii) Ignora por completo os pressupostos do concurso TDT e que estiveram na base da proposta apresentada pela MEO, correspondendo, assim, em linguagem comum, a uma *“mudança substancial das regras a meio do jogo”*;
- (iii) Promove um quadro de incerteza regulatória ao quebrar significativamente as legítimas expectativas e a confiança da MEO, que ao concorrer ao concurso TDT não podia de forma alguma antecipar que a ANACOM viria a *“dar o dito por não dito”*, ignorando o disposto no artigo 19.º, n.º 4¹⁵, do Regulamento MUX A, as garantias então dadas pelo Regulador de que apenas interviria num quadro de ausência de acordo comercial e a lógica inerente ao procedimento concursal e ao funcionamento deste mercado específico (que aquela norma se limita a espelhar);
- (iv) Contende com a lógica de submissão de um bem escasso – neste caso o DUF – a um procedimento concursal, onde, em contrapartida da assunção do risco da atividade, qualquer concorrente pode legitimamente esperar apropriar-se de toda a rentabilidade positiva que o projeto gerar e, no mínimo, ser ressarcido dos custos de investimento, com uma taxa razoável de rentabilidade sobre o capital investido ao longo de todo o período de exploração da licença;
- (v) Desrespeita vários princípios de direito adjudicatório, em especial o da estabilidade das peças do procedimento e desrespeita igualmente os direitos emergentes para o adjudicatário do que ficou expressamente disposto no DUF em matéria de preços;
- (vi) Desvirtua os pressupostos de definição de mercados relevantes, sobretudo porque a estrutura e as dinâmicas de funcionamento do mercado, em termos de oferta e procura, ficaram fixadas à partida pela ANACOM/pelo Governo e a MEO tem uma margem de liberdade de atuação extremamente reduzida (para não dizer nula) na exploração das frequências que lhe estão atribuídas, nomeadamente ao nível do estímulo da procura ou do aumento da oferta;

¹⁵ Note-se a este respeito que, como será salientado mais adiante, no Parecer dos Professores Doutores Paz Ferreira e Miguel Ferro, emitido a pedido da ANACOM, é afirmado que *“o artigo 19.º, n.º 4, do Regulamento do Concurso limitou, por via de regra, o exercício do poder de intervenção supra referido [intervenção nos preços] no que respeita ao Mux A, às situações de falta de acordo entre o titular do direito de utilização e os operadores de canais must carry (...)”* (cf. Conclusão 2.ª, na p. 91, sem realce no original)

Pronúncia da MEO relativamente aos projetos de decisão da ANACOM sobre a investigação aprofundada aos custos e proveitos do serviço de TDT e ao mercado grossista de teledifusão para a entrega de conteúdos a utilizadores finais

- (vii) Não tem qualquer efeito útil, atendendo às regras e condições constantes do Regulamento MUX A e da Licença TDT, e não visa endereçar qualquer problema específico de concorrência, uma vez que não se verifica, como a ANACOM concluiu (e bem), qualquer prática de preços acima de custos, muito pelo contrário;
 - (viii) Introduce uma prática inusitada e até hoje inédita de “regulação sob condição” ou de “remédio sob condição” que, a todos os títulos, mas em especial por força dos princípios da proporcionalidade, da adequação e da previsibilidade, se deve rejeitar; e, por fim,
 - (ix) Corporiza uma transferência, ilegal, de receitas de uma entidade privada, a MEO, para os operadores de televisão, sem que esta medida tenha qualquer repercussão económica nos consumidores. Do que se trata é, pois, de uma instrumentalização dos poderes de regulação com o objetivo de efetuar uma “redistribuição de riqueza” entre operadores, sem que existam motivos ponderosos de interesse público que a motivem e sem que se verifique qualquer fundamento que justifique que os operadores de televisão sejam merecedores de uma tutela jurídica acrescida face à MEO.
80. Apontados os aspetos essenciais da contestação da MEO aos projetos de decisão que corporizam as Consultas TDT, passamos agora à sua densificação, começando, contudo, por abordar dois pontos prévios: (i) o primeiro, relativo à situação imprevisível e de desfavor jurídico insuportável em que a MEO se encontra, em virtude da continuada inexistência de um 5º canal e de estar obrigada a reservar capacidade não utilizada do MUX A para um hipotético e eventual 5º canal cujo concurso, por exclusiva opção do Governo e demais entidades competentes, não foi até à data relançado; (ii) o segundo, relativo ao *timing* e oportunidade do SPD Mercado TDT.
- 1. PRIMEIRO PONTO PRÉVIO: A ALTERAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS DO CONCURSO E A RESERVA FORÇADA, PELA MEO, DA CAPACIDADE DISPONÍVEL DO MUX A**
81. A inexistência do 5º canal – fonte essencial de receita e condição de sustentabilidade (e não apenas de rentabilidade) do projeto TDT – constitui uma circunstância que se encontra manifestamente fora do perímetro de risco que a MEO assumiu quando se submeteu ao concurso para atribuição do DUF relativo ao MUX A.

82. E a ANACOM sabe que assim é, como de resto resulta daquilo que o Regulador refere na Decisão RTP-2, onde pode ler-se (cf. pág. 33) que o preço anual de 885,1 milhares de euros por Mbps foi determinado no pressuposto “de que toda a capacidade útil do MUX A estaria atribuída diretamente ou por reserva aos operadores de televisão. Assim, o referido preço foi calculado admitindo plena utilização da capacidade instalada pelos operadores de televisão que na altura tinham direito de transmissão no MUX A”.
83. Não pode assim deixar de ser desde já salientado que, nas Consultas TDT, a ANACOM confunde risco empresarial com pressupostos da atividade e este é o mal que está na raiz de muitas das deficiências de que padece o raciocínio que esta Autoridade faz naqueles documentos.
84. Diz a ANACOM na p. 9 do SPD Custos TDT que a exploração do MUX A estaria sempre sujeita a um fator de risco empresarial, pelo que a MEO não poderia deixar de aceitar os riscos próprios do negócio ao concorrer ao concurso TDT, nomeadamente o não lançamento do 5.º canal e a não utilização do canal HD partilhado.
85. Sucede que quer o não lançamento/licenciamento do 5.º canal, quer a não utilização por nenhum dos operadores de televisão da capacidade reservada para emissões em HD, não podem de forma alguma ser considerados como riscos empresariais próprios do negócio, constituindo antes um pressuposto essencial da atividade a desenvolver pelo titular do DUF.
86. É na verdade inequívoco que, quer o Regulamento MUX A, quer a RCM 12/2008, obrigavam os concorrentes a considerar no plano técnico e no plano económico-financeiro o 5.º canal, bem como um canal HD e a assumir o compromisso de realização dos correspondentes investimentos na plataforma TDT. Não se tratava, de todo, de fatores meramente opcionais ou facultativos, que um concorrente poderia ou não considerar na sua proposta, correndo os respetivos riscos e sofrendo as consequências de ter feito previsões que acabaram por se revelar erradas. Não se trata também de fatores que devam ser considerados como abrangidos pela álea própria do projeto. Com efeito, é certo que a MEO teve de incorporar no desenho das suas propostas técnica e económico-financeira quer a capacidade necessária para a transmissão em HD, (face, aliás à importância que era atribuída ao HD enquanto fator diferenciador da TDT, determinante para o sucesso da migração do analógico para o digital), quer a capacidade necessária para o 5º canal, para o qual estava definido (sendo por isso um pressuposto da ati-

vidade) que o procedimento para licenciamento deste novo canal seria lançado no prazo máximo de 180 dias após o ato público do concurso relativo ao MUX A (cf. nº 3 da RCM 12/2008) e que a capacidade de transmissão em causa, quer para o HD, quer para o 5º canal, deveria ser reservada por todo o período da vida do projeto.

87. Ora, um fator que constitui um pressuposto da atividade, que obrigatoriamente deve ser considerado na proposta a apresentar para toda a vida do projeto, que condiciona de forma determinante o plano económico-financeiro e o plano de investimento, e que assume contornos que excluem qualquer capacidade de influência da parte do concorrente, não pode ser qualificado como um risco da atividade, sendo de salientar a este respeito que a obrigatoriedade de reserva de capacidade para o 5.º canal teve fortes repercussões a nível do investimento efetuado, por via da necessidade de instalação de emissores de maior capacidade (19,91 Mbps no Continente e 22,12 Mbps nas Regiões Autónomas).
88. Outra posição levaria ao absurdo de se considerar que caso a RTP, a SIC e a TVI, por algum motivo, não pretendessem ser transportados no MUX A, isso constituiria risco empresarial da MEO, continuando a mesma obrigada a instalar e a manter a rede TDT, ainda que não tivesse cliente algum para transportar.
89. Em suma, do que aqui se trata é, em boa verdade, de um pressuposto da atividade a desenvolver que, tendo sido fixado por via administrativa e legal, nunca se chegou a verificar ao longo da vigência da Licença TDT, sem que nisso a MEO tivesse qualquer responsabilidade e por motivos que podem considerar-se imputáveis às autoridades públicas (já que o Governo, podendo – *rectius*, devendo – fazê-lo, não relançou até hoje o processo de licenciamento do 5º canal).
90. Ora, a frustração de um pressuposto essencial da atividade concursada, que foi definido nos instrumentos do concurso e que tem de ser obrigatoriamente considerado pelo concorrente nas propostas a apresentar, para toda a vida do projeto, não pode ser configurado como um risco empresarial ou como um risco do negócio, mas antes como uma alteração de pressupostos, com as consequências jurídicas daí decorrentes.
91. Neste sentido, ao contrário do que é afirmado pela ANACOM, não é verdade que a MEO estivesse ciente do risco do não lançamento do 5.º canal (e menos ainda, que tivesse sequer capa-

cidade de o absorver), nem é de todo correto afirmar que essa pretensa aceitação de risco resulta da proposta apresentada, em virtude de, a MEO ter identificado a existência deste canal como um “fator crítico de sucesso” no capítulo relevante da sua proposta (capítulo de resto obrigatório, nos termos do Caderno de Encargos). Aliás, o que seria bizarro é que, num capítulo de inclusão obrigatória destinado a identificar os “fatores críticos de sucesso” do projeto TDT, o efetivo licenciamento de um 5º canal não fosse referido (a par, naturalmente, de outros fatores, também eles fora do perímetro de risco que a MEO assumiu quando se submeteu ao concurso (e por isso qualificados na sua proposta como “fatores externos ao concorrente”), como por exemplo o calendário do *switch-off* ou a adequada informação da população sobre os benefícios da migração para o digital).

92. O risco da não existência de um 5º canal não pode correr por conta da MEO pela simples razão que esta empresa não está em condições de o gerir, menos ainda de o absorver, já que não há rigorosamente nada que possa fazer no sentido de evitar que tal risco se materialize ou sequer de mitigar os efeitos dessa materialização. A MEO não só não tem qualquer capacidade de influenciar a emergência do 5º canal, como está impedida de mitigar os efeitos negativos da sua inexistência, uma vez que se encontra forçada a manter reservada a capacidade destinada à sua transmissão, durante os 15 anos de vida do projeto. Por outras palavras, a inexistência de um 5º canal ao longo da vida do projeto constitui um risco que fica manifestamente fora da álea própria do projeto tal como o mesmo foi configurado pelas partes.
93. E o que é certo é que a inexistência do 5º canal e da receita que lhe deveria estar associada, mesmo que pudesse ser “tolerável” durante um período curto, torna-se crescentemente intolerável porque conduz a um desequilíbrio profundo da matriz de risco do projeto, colocando a MEO numa situação imprevisível e de desfavor juridicamente insuportável, que não está nas suas mãos corrigir. Pelo que, ou esse equilíbrio é, de alguma forma repostado, ou haverá que considerar que, tendo saído irremediavelmente frustrados pressupostos essenciais do projeto, não é exigível à MEO que mantenha esse projeto ou, pelo menos, que o mantenha nos atuais moldes. O mesmo racional se poderá aplicar à inexistência de interesse por parte dos operadores de televisão de emitirem em HD.

Pronúncia da MEO relativamente aos projetos de decisão da ANACOM sobre a investigação aprofundada aos custos e proveitos do serviço de TDT e ao mercado grossista de teledifusão para a entrega de conteúdos a utilizadores finais

94. A reposição mínima dos pressupostos do projeto só parece poder ser alcançada através de uma de duas formas (i) mediante aumento do preço atualmente praticado pelo serviço TDT, ou (ii) mediante o licenciamento do 5º canal.
95. Como afirma o Professor Miguel Ferro num email que dirigiu à ANACOM em 13.10.2014, *"se é certo que o risco de não transmissão do 5.º canal devia ter sido e foi efetivamente ponderado pela PTC quando se apresentou ao concurso para o Mux A, é **natural e justo que o operador procure dividir entre os seus clientes atuais a totalidade dos custos da plataforma de modo a não pôr em causa a rentabilidade e sustentabilidade desta**"* (sem destaque no original).
96. Ora, o que se verifica é que a MEO, ao invés, é forçada a manter os preços que seria "natural e justo" que aumentasse, e a manter reservada, indefinidamente, a capacidade não utilizada do MUX A (tanto a "destinada" ao 5º canal, que se ignora se chegará a ser licenciado durante a vida do projeto, como a relativa à transmissão em HD).
97. Com a agravante que, ao que tudo indica, a ANACOM considera que a MEO fez relativamente ao projeto TDT uma espécie de "voto de pobreza", ao abrigo do qual a empresa se encontra obrigada (i) a aceitar continuar a incorrer em pesadas perdas anuais de receita (independentemente da respetiva magnitude) por falta continuada do licenciamento do 5º canal, (ii) a reservar indefinidamente a capacidade não utilizada do MUX A e a suportar os respetivos custos (mais uma vez, independentemente da magnitude destes) e (iii) a reduzir o preço atualmente praticado, logo que o custo por canal se torne "ligeiramente inferior"¹⁶ a este preço!
98. A ANACOM não pode é estabelecer uma equação que não pode deixar de ser considerada como uma "equação impossível". E é manifestamente isso que a ANACOM faz no SPD Preços TDT quando, depois de reconhecer que o lançamento do 5º canal se encontra "inteiramente fora do controlo da MEO", que "a inclusão de novos canais no MUX A não depende, exclusivamente, da vontade da MEO", que a utilização da capacidade disponível naquele MUX está "também dependente de uma opção política", conclui que a MEO "numa ótica de eficiência na utilização do espectro deverá procurar maximizar a utilização do espectro disponível no MUX A". A MEO Interroga-se na verdade, de que forma poderá maximizar a "venda" se não pode sequer decidir vender ou a quem vender.

¹⁶ Cf. página 16 do SPD Preços TDT.

99. Antes de concluir este primeiro ponto prévio, a MEO gostaria de lamentar a forma displicente como é tratado, nas Consultas TDT, o problema que gerou uma profunda alteração de pressupostos, legitimadora, no mínimo (conforme se verá adiante), de uma reposição do equilíbrio financeiro subjacente à proposta da MEO e que comprometeu (de forma potencialmente irremediável) a rentabilidade, quando não a sustentabilidade, do projeto – o facto de a MEO ter sido obrigada a desenvolver a plataforma TDT no pressuposto da transmissão, também, de um 5º canal e a circunstância de a empresa se manter obrigada a reservar indefinidamente capacidade para esse efeito, suportando os respetivos custos.
100. Tudo se passa, nas Consultas TDT, como se o cerne da questão fosse a necessidade de a ANACOM vir a intervir nos preços do serviço TDT, quando, na verdade, todos os intervenientes administrativos sabem que o tema TDT deve ser ponderado de forma mais global, e, apesar disso, são sucessivamente tomadas decisões, aparentemente cirúrgicas, e, contudo, de tal forma gravosas que se corre o risco de colocar a MEO numa posição de desfavor jurídico de tal modo insuportável, que acabe por comprometer os fins de interesse público que o motivaram.

2. SEGUNDO PONTO PRÉVIO: DO *TIMING* E OPORTUNIDADE DO SPD MERCADO TDT

101. Ainda a título de ponto prévio, e embora tratando-se de matéria cuja importância é menor do que a abordada no ponto prévio anterior, a MEO gostaria de referir que, ainda que pudesse ser definido um mercado relevante da TDT – e a MEO entende que não pode – do ponto de vista temporal e lógico, o SPD Custos TDT teria sempre de preceder a adoção do SPD Mercado TDT, e isto na medida em que só a conclusão sobre a existência de eventuais preços excessivos na prestação do serviço de TDT (na terminologia da ANACOM) poderia, mesmo à luz do sentido deliberativo expresso nas Decisões RTP-1 e RTP-2, motivar a ANACOM a iniciar um procedimento regulamentar para endereçar esse (eventual) problema competitivo identificado (que, na verdade, inexistente).
102. Assim, a consulta pública sobre o SPD Mercado TDT é, também por essa via, francamente inusitada e inesperada. Com efeito, mesmo que o mercado da TDT fosse suscetível de regulação, a verdade é que a própria ANACOM sempre deixou claro que só após a conclusão da investigação aprofundada aos custos da TDT iria decidir sobre a oportunidade de abrir um procedimento de definição e análise de mercado. Sendo que, as conclusões apresentadas no

Pronúncia da MEO relativamente aos projetos de decisão da ANACOM sobre a investigação aprofundada aos custos e proveitos do serviço de TDT e ao mercado grossista de teledifusão para a entrega de conteúdos a utilizadores finais

SPD Custos TDT, não apontam manifestamente no sentido de ser oportuno ou necessário desencadear um procedimento daquele tipo.

103. De facto, na Decisão RTP-1 a ANACOM foi expressa ao referir que só após finalizar a investigação que decidiu iniciar sobre os custos e proveitos da TDT e só após estar na posse das necessárias conclusões nesse âmbito iria decidir sobre se seria apropriado abrir um procedimento de análise de mercado. Conclusão idêntica se retira da leitura do Relatório Decisão RTP (cf. p. 30), tendo a ANACOM na altura referido: “*Concluindo, dadas as questões em aberto, dar-se-á prioridade à investigação aprofundada sobre os custos da TDT e, **posteriormente, se iniciará a análise sobre o mercado em questão***” (sem destaque no original).
104. Ora, apesar de a ANACOM concluir pela inexistência de qualquer prática de preços excessivos e de ainda estarmos numa fase instrutória do procedimento administrativo relativo ao SPD Custos TDT, a ANACOM decidiu surpreendentemente colocar já em consulta pública o SPD Mercado TDT.
105. Em prejuízo da certeza regulatória, esta abordagem desrespeita a ordem lógica assumida anteriormente pelo Regulador, a qual, em bom rigor, justificaria que qualquer (eventual) decisão a propósito da abertura de um procedimento de definição e de análise de mercado apenas fosse adotada após a conclusão (decisão final) do SPD Custos TDT e tendo por base as conclusões aí alcançadas e juridicamente consolidadas, nomeadamente tendo em conta os contributos dos participantes na respetiva consulta pública. A MEO permite-se admitir que, tivesse sido essa – a abordagem do Regulador, e seria outra a decisão desta Autoridade sobre a abertura do referido procedimento de definição e de análise de mercado.
106. Lamenta-se assim esta abordagem da ANACOM, que é incoerente com as posições que foi assumindo e comunicando ao mercado e que não pondera adequadamente o facto de inexistir qualquer questão concorrencial que mereça ou justifique uma intervenção *ex ante* (sendo que este aspeto representa ainda uma violação de princípios regulamentares, nos termos que mais abaixo serão evidenciados).

Pronúncia da MEO relativamente aos projetos de decisão da ANACOM sobre a investigação aprofundada aos custos e proveitos do serviço de TDT e ao mercado grossista de teledifusão para a entrega de conteúdos a utilizadores finais

3. DA AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTOS PARA A INTERVENÇÃO NOS PREÇOS TDT E RESPECTIVAS CONSEQUÊNCIAS

107. Concluídos os pontos prévios, e entrando agora nos comentários gerais às Consultas TDT, a MEO gostaria de começar por referir que disputa em absoluto que seja legítima a definição do mercado da TDT enquanto mercado relevante suscetível de regulação e que lutará com todos os meios ao seu dispor no sentido de evitar que um tal resultado se consolide na ordem jurídica nacional.
108. Dito isto, a MEO pretende referir que remeterá para um anexo os comentários específicos sobre as Consultas TDT, salientando desde já que aqueles comentários específicos são feitos sem prejuízo da posição de fundo desta empresa sobre a matéria – não é juridicamente admissível a definição do MR TDT – e a título meramente cautelar, já que a MEO acredita que a ANACOM levará na devida linha de conta os contributos contidos na presente pronúncia e adotará uma abordagem diferente da atualmente proposta.
109. A ANACOM projeta intervir no serviço de TDT definindo, para o efeito, um novo mercado relevante para efeitos de regulamentação *ex ante*, a saber, o mercado grossista de teledifusão para a entrega de conteúdos a utilizadores finais. Sem prejuízo dos comentários mais específicos à definição do MR TDT (que, conforme referido, se encontram em anexo à presente pronúncia), importa, por agora questionar os pressupostos desta medida, a sua compatibilidade com os instrumentos do concurso TDT, com o DUF a que deu azo e, na verdade, com a globalidade do quadro jurídico aplicável.
110. Já acima se apontou que, até ao pedido de intervenção da RTP, a ANACOM sempre adotou, e bem, a posição de que apenas teria capacidade de intervir e, como tal, apenas interviria ao nível dos preços do serviço TDT, na ausência de acordo entre a MEO e os operadores de televisão. Sucede que, inesperadamente, no procedimento desencadeado pela RTP, a ANACOM vem assumir uma abordagem inovadora, e que manifestamente não resultava nem dos elementos do concurso, nem do que sempre foi afirmado pelo Regulador, e que se traduz, em termos simples, no seguinte¹⁷:

¹⁷ Essa posição toma por base o Parecer dos juristas Prof. Doutores Paz Ferreira e Miguel Ferro, com o título “*Parecer Relativo a Solicitação de Intervenção do ICP-ANACOM na Fixação dos Preços dos Serviços da Portugal Telecom no Âmbito da Televisão Digital Terrestre*”, de 24.02.2014, o qual foi preparado no âmbito do procedimento relativo ao pedido da RTP (doravante “Parecer TDT”).

Pronúncia da MEO relativamente aos projetos de decisão da ANACOM sobre a investigação aprofundada aos custos e proveitos do serviço de TDT e ao mercado grossista de teledifusão para a entrega de conteúdos a utilizadores finais

- (i) Considerar, de forma absolutamente inesperada e, no entender da MEO, juridicamente insustentável que, afinal, a existência de acordo entre a MEO e os operadores de televisão não afasta a hipótese de, em circunstâncias excecionais, por motivos de ponderoso interesse público e à luz de um juízo de proporcionalidade, poder ainda atuar ao abrigo do artigo 43.º, n.º 3, da LCE, impondo assim uma remuneração adequada (*cenário 1*); e
 - (ii) Entender, de forma inusitada, que resultava, afinal, do concurso e da Licença TDT a possibilidade de o Regulador vir ainda a atuar ao abrigo das regras de definição e de análise de mercados, podendo assim vir a impor uma obrigação de controlo de preços (*cenário 2*).
111. Quanto ao cenário 1 atrás referido — que a MEO questiona profundamente e não pode manifestamente aceitar — a verdade é que é a própria ANACOM a considerar que não se verificam quaisquer situações excecionais que pudessem, ainda que em tese, motivar uma atuação ao abrigo do artigo 43.º, n.º 3, da LCE, mesmo num quadro de existência e validade de acordos entre as entidades envolvidas, descartando assim aquele cenário.
112. Com efeito, na p. 32 da Decisão RTP-2, a ANACOM conclui, sobre este cenário 1, que “(...) *não foram apresentados nem conhece o ICP-ANACOM dados que permitam identificar, no presente momento, uma situação de manifesto risco para o cumprimento dos interesses públicos subjacentes à regulação do MUX A, em termos que justifiquem suficientemente uma intervenção restritiva dos interesses privados em presença*”. Esta posição foi reforçada com as conclusões apresentadas no SPD Custos TDT, onde se concluiu que o preço praticado pela MEO é compatível com o princípio da orientação dos preços para os custos.
113. Assim, embora se pudesse comentar em detalhe este cenário de possível intervenção avançada pela ANACOM (*cenário 1*), face às conclusões apresentadas e por razões de simplicidade da presente pronúncia, opta-se por o não fazer. Porém, importa deixar bem claro que a MEO não aceita e contesta profundamente a abordagem seguida que, de certa forma, padece de alguns dos vícios que de seguida se apontam ao cenário 2.
114. A questão coloca-se verdadeiramente, como se intui, em relação ao cenário 2, donde resulta a magna questão que cumpre aqui abordar e que se traduz, muito simplesmente, em saber se a

ANACOM pode ou não intervir nos preços da TDT ao abrigo do procedimento de definição e de análise de mercados, num contexto em que os preços foram formados num ambiente de contratação pública.

115. Adiante-se, desde já, que, no entender da MEO, e como sempre procurou expressar ao longo do procedimento respeitante ao pedido da RTP, qualquer eventual intervenção nos preços, seja de que natureza for, não pode em caso algum deixar de ser sempre balizada pelos termos e condições previstos no concurso TDT, sob pena de violar a licença atribuída nesse concurso e defraudar os direitos subjetivos públicos adquiridos pela MEO, em especial na matéria mais sensível de definição dos preços.
116. A proposta de abordagem da ANACOM exige, numa primeira linha, que se considere os instrumentos do concurso TDT, nomeadamente o Regulamento MUX A e a Licença TDT, devendo, num momento seguinte, confrontar-se esta hipótese com os princípios e regras gerais de direito adjudicatório no contexto específico do serviço TDT.

3.1. A análise do artigo 19.º, n.º 4, do Regulamento MUX A e da Licença TDT

117. Quanto a esta matéria, convém começar por referir que a ANACOM efetivamente limitou a sua esfera de atuação, ao nível dos preços do serviço de TDT aos casos previstos no artigo 19.º, n.º 4, do Regulamento MUX A, assumindo assim, por auto vinculação juridicamente relevante, um compromisso inequívoco de que não atuaria fora destas situações.
118. Numa perspetiva histórica, o artigo 19.º, n.º 4, do projeto de regulamento e anúncio do concurso público para atribuição de um direito de utilização de frequências de âmbito nacional para o serviço de radiodifusão televisiva digital terrestre¹⁸, publicado em 31.08.2007, já determinava que a intervenção da ANACOM em matéria de preços far-se-ia (apenas) ao abrigo do artigo 43.º da LCE, e somente se e quando o titular de direito de utilização e os operadores de televisão não chegassem a acordo quanto à remuneração que seria devida pelo transporte dos canais na plataforma TDT.
119. Como se apontou atrás, a ANACOM foi oportunamente questionada sobre o entendimento a dar a esta norma, tendo decidido salientar, no relatório da consulta pública sobre o Regula-

¹⁸ Disponível em: <http://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=962856#.VciNUKNdZ9A>.

mento MUX A, que privilegiaria uma solução de negociação entre o titular das frequências da TDT e os operadores de televisão, intervindo apenas (e as palavras são suas) *quando não existisse um acordo*. Seria assim de privilegiar, no entendimento da ANACOM, soluções de autorregulação que, note-se, são plenamente válidas e legítimas enquanto mecanismo de regulação.

120. O Regulamento MUX A manteve — praticamente sem alterações — a redação do artigo 19.º atrás referida, continuando assim a prever que a intervenção da ANACOM ao nível dos preços do serviço TDT, se e quando necessária, se faria (apenas) ao abrigo do artigo 43.º, n.º 3, da LCE.

121. Esmiuçando o artigo 19.º, n.º 4, do Regulamento MUX A, em linha com o previsto no artigo 43.º, n.º 3, da LCE, parece-nos ser de ressaltar o seguinte:

(i) Por um lado, para a ANACOM poder intervir nos preços do serviço de TDT seria necessário que o titular do direito de utilização e os operadores de televisão (admite-se que qualquer um deles) não chegassem a acordo quanto à remuneração devida como contrapartida das obrigações de transporte.

Portanto, *a ausência de acordo* seria o pressuposto (ou requisito) essencial, sem o qual a intervenção da ANACOM careceria de fundamento, sendo por isso inválida.

(ii) Por outro lado, a preencher-se o pressuposto necessário para a intervenção da ANACOM (a ausência de acordo), o que a ANACOM poderia fixar seria sempre uma *remuneração adequada*, cabendo-lhe ainda, nos termos do artigo 43.º, n.º 3, da LCE, garantir que essa remuneração seria aplicada de forma proporcionada e transparente, cumprindo o princípio da não discriminação no tratamento das empresas que oferecem redes de comunicações eletrónicas.

122. Nestes termos, resultava daqui uma dupla limitação à intervenção da ANACOM em matéria de preços: (i) a primeira, ao nível dos requisitos que teriam que estar preenchidos para a sua intervenção — a *ausência de acordo* e (ii) a segunda, ao nível do conteúdo possível da sua intervenção — a imposição de uma *remuneração adequada* (conceito bem diferente de uma *remuneração orientada para os custos*, sobretudo se aferidos de forma estática num contexto

concurral de um projeto a 15 anos em que, cabendo ao adjudicatário assumir um eventual *down side* do projeto, não pode deixar de lhe ser permitida a possibilidade de se apropriar de um eventual *up side*).

123. Foi com base nesta regra (e, em especial, no esclarecimento prestado pela ANACOM a pedido da MEO) que a empresa decidiu apresentar a sua proposta, confiando legitimamente que o Regulador iria, conforme anunciou que faria, privilegiar sempre uma solução negocial e que só excecionalmente interviria – e que, se o fizesse, respeitaria sempre a equação económico-financeira subjacente à proposta submetida a concurso, com vista a assegurar a sustentabilidade do projeto. Como tal, procurou a MEO eliminar um risco ao qual atribuía especial valor, através de uma negociação com os operadores de televisão beneficiários das obrigações de transporte.
124. Aliás, a própria ANACOM já veio reconhecer na Decisão RTP-1 (cf. p. 23) e na Decisão RTP-2 (cf. p. 24) que a abordagem por si escolhida nesta matéria, de privilégio à autorregulação na temática dos preços, foi *“entendida e assumida pelos intervenientes, direta ou indiretamente envolvidos no processo concursal, que em matéria de preços era privilegiada a negociação comercial entre as partes e, conseqüentemente o preço poderia sofrer alterações ao longo da vida do DUF (...)”* (sem destaque no original). Ou seja, a ANACOM reconheceu já expressamente que os “intervenientes” – no caso, a MEO – ao abrigo do princípio da confiança legítima, fizeram fé nas indicações da ANACOM, conformando-se com elas, por acreditarem que isso conduziria a uma estabilidade da receita imprescindível a qualquer projeto que implique um investimento muito vultuoso.
125. Note-se que há vários objetivos que poderiam ter sido visados pela ANACOM com este tipo de posicionamento. Desde logo, aumentar a estabilidade e a previsibilidade, sobretudo num mercado e num contexto de inegável indefinição do ponto de vista de possíveis receitas da plataforma TDT. Por outro lado, pode ter querido promover a apresentação de mais propostas a concurso, dando um sinal aos potenciais interessados de que a sua intervenção na matéria mais sensível da futura atividade — os preços — só se encontraria legitimada em condições excecionais e estaria sempre balizada pelo respeito da economia da proposta ganhadora.

Pronúncia da MEO relativamente aos projetos de decisão da ANACOM sobre a investigação aprofundada aos custos e proveitos do serviço de TDT e ao mercado grossista de teledifusão para a entrega de conteúdos a utilizadores finais

126. Além do mais, por aquilo que ficou explicitado acima, as especiais condições de prestação do serviço de TDT reclamavam um posicionamento diferente da ANACOM no que diz respeito à temática dos preços, o que se refletia no Regulamento MUX A. Aliás, na própria Consulta Futuro TDT, a ANACOM vem aceitar a negociação prévia com os operadores de televisão como uma das vias legítimas para o apuramento do preço a praticar (cf. p 55).
127. Qualquer um destes objetivos é legítimo e seria suficientemente relevante para justificar uma posição de menor ênfase interventivo da ANACOM no mercado da TDT.
128. Em todo o caso, o que importa aqui salientar é que em nenhum momento, prévio ou simultâneo aos concursos TDT, a ANACOM afirmou ou deu sequer a entender que poderia intervir nos preços da TDT através do exercício de competências de regulamentação *ex ante*¹⁹. Aquilo que a ANACOM afirmou e manteve até à Decisão RTP-1, foi que a sua intervenção seria sempre excecional e, a ocorrer, teria lugar apenas e só no quadro previsto no artigo 19.º, n.º 4, do Regulamento MUX A (ausência de acordo).
129. Isto mesmo transparece da leitura do Parecer TDT. Com efeito, depois de analisarem o conteúdo e o escopo do artigo 43.º, n.º 3, da LCE (considerando que se trata de um poder-dever), os Professores Doutores Paz Ferreira e Miguel Ferro concluem, por força da ponderação dos interesses subjacentes ao caso concreto, o seguinte, conforme foi já referido noutro passo desta pronúncia, mas não é demais salientar:
- “(...) o artigo 19.º, n.º 4, do Regulamento do Concurso limitou, por via da regra, o exercício do poder de intervenção supra referido [intervenção nos preços] no que respeita ao Mux A, às situações de falta de acordo entre o titular do direito de utilização e os operadores de canais must carry (...)”* (cf. Conclusão 2.ª, na p. 91) – sem destaque no original.
130. Assim, também para estes reputados Jurisconsultos não há dúvida de que o artigo 19.º, n.º 4, do Regulamento MUX A se traduz, efetivamente, numa situação de limitação da esfera de intervenção do Regulador.
131. E, como claro corolário deste entendimento, a Licença TDT veio prever o direito da MEO a praticar os preços previstos na sua proposta (artigo 16.º, n.º 1) e, até, de renegociar tais preços

¹⁹ A MEO sabe que a ANACOM alega que a LCE seria sempre aplicável, mas teremos oportunidade de rebater este ponto mais abaixo

com os operadores de televisão (artigo 16.º, n.º 4), inserindo-se assim esta autonomia negocial e liberdade contratual concedida à MEO numa solução de autorregulação dos preços TDT, cujo limite seria o da proposta apresentada a concurso (como preço máximo).

132. Portanto, resulta claro dos elementos existentes — e, de resto, foi sempre claro para a ANACOM até à Decisão RTP-1 — que a eventual, e à partida desnecessária, intervenção nos preços da TDT, a ocorrer, far-se-ia sempre nos termos previstos no artigo 19.º, n.º 4, do Regulamento MUX A (ausência de acordo).
133. Não obstante, a ANACOM mudou inesperada (e infundadamente) de posição, decidindo mais recentemente adotar uma perspetiva inovadora sobre a matéria. Sucede que os motivos que invoca, e que estão subjacentes ao sentido decisório das Consultas TDT, não são aceitáveis, pelas razões que se seguem.
134. *Em primeiro lugar*, pese embora a referência no artigo 2.º, n.º 2, do Regulamento MUX A, importa salientar que o n.º 1 do artigo 18.º refere que do título de atribuição de frequências constariam as condições associadas ao exercício da atividade nos termos dos artigos 27.º e 32.º da LCE. Ora, como se sabe, a imposição de condições específicas ao abrigo de poderes de regulamentação *ex ante* está prevista no artigo 28.º da LCE, que claramente não foi referido de forma expressa no Regulamento MUX A.
135. Portanto, não é minimamente evidente que qualquer interessado no concurso TDT retirasse do Regulamento MUX A, sobretudo tendo em atenção o disposto no artigo 19.º, n.º 4, e na sequência do esclarecimento específico que foi prestado, que a ANACOM pretenderia sujeitar o titular do DUF a emitir ao procedimento de definição e de análise de mercados (nem tal faz qualquer sentido, como veremos de seguida).
136. Aliás, não podemos deixar de salientar que a ANACOM, na defesa da sua insustentável tese, vem dar relevo a uma regra, a do artigo 2.º, n.º 2, do Regulamento MUX A²⁰, que mais não é do que uma remissão absolutamente genérica (e, por isso, redundante²¹) para todo o regime

²⁰ E a do artigo 2.º da Licença TDT.

²¹ De facto, mesmo que não existisse a regra do artigo 2.º, n.º 2, do Regulamento MUX A, sempre se teria que concluir que o DUF a atribuir se deveria reger pela LCE, pelo que não tem qualquer sentido fazer relevar uma regra inócua frente a uma regra específica e particular do artigo 19.º, n.º 4.

da LCE, para contrariar uma norma expressa e específica a propósito do regime de preços da TDT, a do artigo 19.º, n.º 4.

137. Ainda que se pudesse aceitar – e não pode – que a remissão genérica para o regime da LCE, constante do artigo 2.º, n.º 2, abrange a parte de definição e análise de mercado, sempre teria que se concluir que existe uma regra específica e particular a propósito dos preços do serviço que derrogaria a aplicação da regra geral. Se quisermos, é como se a ANACOM pretendesse dar prevalência a uma norma geral face a uma norma especial, o que se sabe não ser aceitável em termos de exegese jurídica.
138. *Em segundo lugar*, analisando com profundidade o artigo 19.º, verifica-se que na parte final do n.º 3 a ANACOM determinou que as obrigações de transporte impostas ao titular do DUF não prejudicavam “*outras obrigações de acesso decorrentes da aplicação do regime da Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro*”. Daqui parece decorrer que a ANACOM quis reservar alguma margem de intervenção em termos de imposição de obrigações de acesso (que são diferentes de obrigações de controlo de preços), mas tal não sucedeu ao abrigo do n.º 4 do artigo 19.º, no qual não é colocada nenhuma ressalva específica.
139. Daqui sai reforçada a leitura atrás apresentada, ou seja, a de que a intenção da ANACOM, à qual se auto vinculou nos termos supra expostos, seria efetivamente de restringir a sua atuação, em termos de preços do serviço TDT, aos casos de falta de acordo.
140. *Em terceiro lugar*, a leitura proposta pela ANACOM (como a leitura proposta no Parecer TDT) retira toda e qualquer projeção ao artigo 19.º, n.º 4, do Regulamento MUX A, conduzindo a uma interpretação *ab-rogante* do mesmo. Com efeito, se a ANACOM pode, afinal, em qualquer caso, intervir nos preços do serviço TDT ao abrigo do processo de definição e de análise de mercado, é razão para questionar: qual é então o sentido útil desta disposição? Dizer o que já se retiraria da aplicação geral da LCE? E em que casos seria aplicável, num cenário em que os preços do serviço de TDT são regulados pela ANACOM ao abrigo de competências de regulamentação *ex ante*?
141. Se, para a ANACOM, o artigo 19.º, n.º 4, constitui apenas uma remissão para um regime, o do artigo 43.º da LCE, que seria sempre aplicável, estivesse ou não referido no Regulamento MUX A, tal equivale a considerar que o artigo 19.º, n.º 4, nenhum sentido alberga.

142. As boas regras da hermenêutica jurídica mandam, porém, que se retire uma projeção e um sentido útil da norma constante do artigo 19.º, n.º 4²², e esse sentido apenas pode ser o de que a ANACOM se auto vinculou a não intervir sobre o regime de preços da TDT fora dos casos ali previstos. Acresce que, do artigo 9.º, n.º 3, do Código Civil resulta de forma clara que na fixação do sentido e alcance da lei (neste caso regulamento), deve presumir-se que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados.
143. Neste contexto, é evidente — até para os autores do Parecer TDT! — e como a ANACOM já veio reconhecer, que o artigo 19.º, n.º 4, do Regulamento MUX A teve precisamente como objetivo limitar os poderes de intervenção da ANACOM.
144. Ora, é profundamente incoerente (para além de inesperado e juridicamente insustentável) que a ANACOM venha agora tentar obter um efeito — a possibilidade de regulação dos preços da TDT — contornando uma limitação que ela própria definiu, fora dos pressupostos que projetou como requisitos para a sua atuação e ao arrepio da leitura que o mercado (onde se inclui a MEO) sempre fez da limitação constante do artigo 19.º, n.º 4, do Regulamento MUX A.
145. Termine-se, por fim, por dizer que é ainda incoerente, na interpretação feita pela ANACOM, que se considere, por um lado, que não existem motivos ou razões ponderosas para intervir, excecionalmente (na sua leitura), ao abrigo do artigo 43.º, n.º 3, da LCE, e se admita, logo de seguida, um cenário de intervenção que é ainda mais restritivo do que aquele, a saber, a imposição de uma obrigação de controlo de preços, na forma da orientação do preço para os custos.
146. Ora, se não existem motivos de interesse público para atuar ao abrigo do artigo 43.º, n.º 3, é razão para questionar que motivos existem (e com que especial relevância) que possam moti-

²² Até porque, como se sabe, a interpretação ab-rogante é claramente excecional. Sobre este tema, *vide*, por todos, OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito. Introdução e Teoria Geral*, 10.ª edição, Almedina, pp. 426 e segs. Diz o autor que as situações de interpretação ab-rogante "(...) são raríssimas. E são-no, não propriamente pelo esmero posto na legiferação, mas em consequência do que podemos chamar o princípio do aproveitamento das leis (semelhante a um análogo princípio do aproveitamento dos negócios jurídicos (...)) e da presunção da racionalidade da legislação. O intérprete, partindo do princípio de que a lei é acertada, procurará de todos os modos chegar a um sentido útil. Só em último recurso se resignará a desaproveitar a fonte, admitindo que dela nada de útil resultou. Tão fecunda é esta orientação que torna rara a interpretação ab-rogante no seio dos grandes códigos (...)."

var a adoção de uma solução que, em bom rigor, é ainda mais intrusiva para a MEO, além de fortemente violadora do princípio da confiança legítima. A verdade é que tais motivos pura e simplesmente não existem. E é a própria ANACOM que acaba por o reconhecer através do SPD Custos TDT, o que torna ainda mais difícil de compreender a abordagem sugerida no SPD Mercado TDT.

147. E nem se diga que a regulação dos preços ao abrigo do artigo 19.º, n.º 4, do Regulamento MUX A e ao abrigo do processo de definição e de análise de mercado seriam sempre formas cumulativas para atingir o mesmo objetivo. É que se trata, manifestamente, de formas diferentes de regulação, com pressupostos e enquadramentos distintos (a nível comunitário e nacional) e com impactos diferentes.
148. São, desde logo, mecanismos distintos do ponto de vista de requisitos de atuação, já que o artigo 43.º, n.º 3, não exige a existência de PMS, ao contrário do regime geral do artigo 74.º. E são também distintos do ponto de vista de consequências, já que a imposição de uma *remuneração adequada* ao abrigo do artigo 43.º, não é de todo equivalente à imposição de uma *obrigação de controlo de preços* e, seguramente, não é idêntico à imposição da aplicação do princípio da orientação dos preços para os custos.
149. Assim, ao invés de serem cumulativos são, na realidade, e em rigor, formas e mecanismos alternativos de regulação. Terá, pois, que se concluir que, ao remeter para o artigo 43.º da LCE, a ANACOM se vinculou a (apenas) intervir nos preços do serviço TDT ao abrigo de um especial mecanismo de intervenção, com pressupostos e lógicas distintas dos inerentes à regulação de mercados.
150. Em suma, do exposto resulta evidente, no entender da MEO, que a ANACOM limitou a sua esfera de intervenção ao nível dos preços da TDT aos casos previstos no artigo 19.º, n.º 4, do Regulamento MUX A. Qualquer outra leitura é incompatível com o histórico do processo e com a própria sistemática, coerência e economia interna desta norma regulamentar.
- 3.2. A intervenção nos preços da TDT e os princípios de direito adjudicatório subjacentes ao Concurso TDT**

151. Ainda que não existisse uma norma que expressamente limitasse o exercício de poderes regulamentares em mercados cujas condições de concorrência sejam definidas *ab initio*, é inegável que, na sequência de princípios gerais de conformação da atividade administrativa e de direito adjudicatório, a concreta utilização de tais poderes não pode deixar de ser balizada ou conformada pelos instrumentos do concurso e em linha com os objetivos visados. Sucede que, no caso concreto, tal norma existia e encontrava-se no artigo 19.º, n.º 4, do Regulamento MUX A.
152. Mas, ainda que se considerasse que o artigo 19.º, n.º 4, do Regulamento MUX A e os artigos 16.º, n.º e n.º 4, da Licença TDT não existiam, ou que não podiam ter a relevância que atrás lhe é dada (o que não se concede), sempre haveria que confrontar o SPD Mercado TDT com os princípios de direito adjudicatório que subjazem ao concurso TDT e que dizem respeito às especiais condições de prestação deste serviço.
153. Também por este prisma, resulta evidente que a ANACOM não pode definir um novo mercado relevante suscetível de regulação, com o intuito de intervir no preço dos serviços de TDT. Tal conclusão decorre, desde logo — independentemente de qualquer análise aos instrumentos do concurso — do contexto e enquadramento do serviço TDT que atrás se referiram, cabendo aqui desenvolver este tópico.
154. Comece-se por referir que, ao contrário do que sucede habitualmente, em que é o próprio mercado a assegurar o respeito pela igualdade e concorrência, através da livre escolha dos agentes económicos e do equilíbrio de forças decorrente da lei da oferta e da procura, no caso da TDT tal manifestamente não sucedeu. E não sucedeu porque a ANACOM decidiu limitar o número de DUF a atribuir e, conseqüentemente, limitar o acesso ao mercado, optando por “encerrar” o mesmo numa fase subsequente à do concurso.
155. Nestas situações, a garantia de concorrência, nomeadamente ao nível do preço, deve ser assegurada no próprio concurso, através do procedimento concursal. No caso concreto, recorde-se que a limitação no acesso ao mercado foi motivada por razões de interesse público, o que reforça a conclusão de que o procedimento em causa — para aquisição de um direito para a prestação do serviço TDT, na componente relativa ao MUX A — seria o meio por excelência de promoção da concorrência.

156. Assim, o que no mercado seria igualdade no acesso e exercício da atividade autorizada transforma-se em igualdade no acesso e participação no procedimento de atribuição; o que no mercado seria concorrência contínua entre entidades autorizadas transforma-se em concorrência concentrada no procedimento de atribuição.
157. Existindo um processo aberto e transparente, como foi o caso, o regime do título dele emergente beneficia (ou deve, em cumprimento da lei aplicável, beneficiar) de estabilidade e não pode ser substancialmente alterado. Esta conclusão decorre, igualmente, de dois corolários do princípio da concorrência e igualdade — o princípio da intangibilidade das propostas, por um lado, e o princípio da estabilidade das peças do procedimento, por outro.
158. A intangibilidade das propostas determina que nem concorrente nem entidade adjudicante possam alterar as propostas após o prazo para a sua apresentação, tornando-se esses documentos indisponíveis para um e para outro. A estabilidade das peças do procedimento aponta a proibição de a entidade adjudicante as alterar, ficando tão vinculada a tais regras como os próprios concorrentes.
159. Estas duas diretrizes subjazem ao ato de adjudicação, o qual deve corresponder à soma entre as condições a cujo cumprimento a autoridade adjudicante se vinculou e as condições nas quais o proponente se disponibilizou a concorrer.
160. Se esse ato não for estável, ou seja, se for alterado substancialmente, um de dois eixos fundamentais e congénitos ao ato fica quebrado: ou se quebra a autonomia privada do concorrente vencedor (que no procedimento era garantida pela intangibilidade das propostas), ou se quebra a auto vinculação da entidade adjudicante (que no procedimento era imposta pela estabilidade das peças do procedimento). De uma forma ou de outra, afeta-se o alicerce com que contava o proponente quando concorreu, rompendo com a álea concorrencial na origem da adjudicação e que era defendida pelo próprio procedimento em si.
161. Decorre daqui que, em situações como a do concurso TDT, em que existe uma limitação no acesso ao mercado, a regulação deve ser feita através do próprio concurso, no mercado de acesso ao bem escasso que é objeto do mesmo, definindo-se aí as condições que se consideram essenciais para a prestação do serviço.

162. E não se diga, como no Parecer TDT (cf. p. 88), que semelhante entendimento não seria plausível porque o procedimento de análise de mercado e de imposição de obrigações não vê o seu âmbito ou aplicabilidade restringida pelo facto de o DUF ter sido atribuído na sequência de concurso público.
163. Salvo o devido respeito, não se compreende esta posição, que desconsidera de forma total princípios basilares de direito adjudicatório atrás referidos. Acresce que, no caso específico, esta conclusão surge reforçada por três ordens de razões distintas que afastam o serviço TDT de realidades próximas e que não foram consideradas no Parecer TDT, como se explana de seguida.
164. Numa primeira vertente, pelo modo como a ANACOM entendeu definir o sinalagma subjacente ao concurso da TDT e que, em termos sucintos, pode ser caracterizado da seguinte forma: o vencedor do concurso ficava vinculado a desenvolver a TDT mas, em contrapartida, ficava com um monopólio, transitório, e com o direito de cobrar aos operadores de televisão o valor pressuposto no seu plano económico-financeiro ou os valores que viesse posteriormente a acordar com aqueles operadores, como de facto sucedeu.
165. Tivesse a ANACOM definido o sinalagma subjacente ao concurso da TDT de uma outra forma, no sentido em que não haveria, ou poderia não haver, mesmo num quadro de acordo, estabilidade para os potenciais participantes cobrarem o preço apresentado (ou negociado), assegurando uma determinada rentabilidade financeira e, muito provavelmente (para não dizer com certeza absoluta), nenhuma entidade se candidataria (ou pelo menos a MEO – único concorrente – não o teria feito).
166. De facto, seria importante a ANACOM responder à seguinte interrogação: qual seria a entidade privada, que legitimamente visa o lucro, que se candidataria a um procedimento concursal desta natureza (que implica um investimento muitíssimo vultuoso) sabendo de antemão que, a qualquer momento, o Regulador poderia intervir nos preços por ela definidos no seu plano económico-financeiro (reduzindo-os, naturalmente) e que considerou essenciais para a sustentabilidade e rentabilidade do projeto?

167. Se fosse possível o Regulador alterar os preços fora de contextos verdadeiramente excecionais (como a ANACOM agora afinal entende que é), não seria possível contar razoavelmente com uma remuneração por esse investimento nem sequer apresentar um projeto razoável de plano económico-financeiro e, muito naturalmente, não haveria qualquer incentivo a assumir esse investimento e a desenvolver a TDT.
168. Aliás, é relevante salientar que na Consulta Futuro TDT, quando a ANACOM se interroga, na Questão 25, sobre o tipo de intervenção superveniente que poderá ou deverá ter num contexto em que as condições sejam definidas *a priori*, como foi o caso do concurso TDT, nunca refere que uma das opções seja a de intervir a “*meio do jogo*”, colocando apenas as seguintes hipóteses:
- (i) Definição de um preço base (máximo) e sua evolução no tempo a respeitar pelas propostas concorrentes; ou
 - (ii) Definição de um preço a resultar de um processo de negociação comercial prévio à apresentação de propostas, sendo valorizadas as propostas que contivessem princípios de acordo assinados com os operadores de televisão quanto aos preços, incluindo a valorização do número de tais acordos.
169. Ou seja, em nenhum momento, a ANACOM aludiu à possibilidade de vir a definir os preços apresentados, mas sim à necessidade de os termos da proposta ou da negociação serem respeitados. É relevante destacar este ponto, porque demonstra que a ANACOM, no fundo, tem noção de que, por força do princípio da estabilidade, as propostas económico-financeiras apresentadas em procedimentos sujeitos à concorrência devem ser respeitadas.
170. Numa segunda vertente, é de salientar que o serviço TDT se afasta fortemente da realidade que o antecedeu — o serviço de teledifusão analógica — na medida em que a intervenção nos preços destes serviços, ou seja a atuação da ANACOM para fazer cumprir os princípios da transparência, não discriminação e orientação para os custos, ao abrigo do Decreto-Lei n.º 31/2003, de 17 de fevereiro, (cf. artigo 16.º, n.º 3) admitia expressamente a compensação das eventuais margens de exploração negativas que se viessem a determinar (cf. artigo 21.º, n.º 1).

Pronúncia da MEO relativamente aos projetos de decisão da ANACOM sobre a investigação aprofundada aos custos e proveitos do serviço de TDT e ao mercado grossista de teledifusão para a entrega de conteúdos a utilizadores finais

171. Por conseguinte, a margem para intervenção nos preços naquele serviço era significativamente superior do que no caso da TDT, em que não existe qualquer mecanismo de salvaguarda do prestador e, como tal, a sustentabilidade do projeto e a amortização do investimento dependem, em exclusivo, dos preços cobrados aos operadores de televisão.
172. Por fim, uma outra razão que demonstra a necessidade de respeitar os termos do concurso e da proposta apresentada diz respeito à estrutura de mercado que foi definida pela ANACOM e que implicava a existência de um único prestador de serviço e de um número limitado de potenciais clientes.
173. Neste contexto, a equação financeira apresentada a concurso assume uma especial relevância, em termos de indicador de estabilidade e de rentabilidade do projeto em causa, sobretudo porque, como se apontou atrás, a margem para a MEO estimular a procura ou para aumentar a oferta no caso da TDT é mínima (para não dizer inexistente).
174. Portanto, e em suma, do exposto resulta que as especiais condições de prestação do serviço TDT exigiram que a regulação do serviço se fizesse *ab initio*, no momento do concurso, nos termos e condições ali definidas, pelo que qualquer intervenção posterior da ANACOM terá que respeitar os termos e condições do procedimento e não pode colocar em causa a equação financeira incluída na proposta, incluindo em termos de rentabilidade esperada.
175. Tal posição não é desprovida de sentido — ao contrário do que se indica no Parecer TDT — precisamente pelas especiais condições de prestação do serviço TDT (atrás referidas) e que o afastam de outros mercados cujas prestações são objeto de concurso público.

3.3. Consequências da posição assumida pela ANACOM

176. Face ao exposto nos pontos anteriores, aponte-se agora as consequências de uma eventual regulação dos preços da TDT fora do enquadramento e da moldura previstos nas regras aplicáveis ao concurso público.
177. Desde logo, a concretizar-se a posição manifestada nas Consultas TDT, a ANACOM violará duplamente a regra do artigo 19.º, n.º 4, do Regulamento MUX A:

Pronúncia da MEO relativamente aos projetos de decisão da ANACOM sobre a investigação aprofundada aos custos e proveitos do serviço de TDT e ao mercado grossista de teledifusão para a entrega de conteúdos a utilizadores finais

- (i) Por um lado, porque não se verifica o pressuposto base que definiu como requisito essencial para justificar a sua intervenção, ou seja, não se verifica a ausência de acordo entre a MEO e os operadores de televisão.

Pelo contrário, todos os operadores de televisão tiveram a oportunidade de negociar e celebrar os respetivos contratos relativos à TDT com a MEO, beneficiando, ademais, de uma dupla redução de preços: (a) a resultante da aplicação dos preços da proposta variante e não da proposta base e (b) a resultante da redução dos preços pela não utilização do canal HD partilhado.

- (ii) Por outro lado, porque a regulação que a ANACOM pretende introduzir ao nível dos preços (princípio da orientação dos preços para os custos) é mais intrusiva do que o próprio artigo 19.º, n.º 4, admite. Por conseguinte, a ANACOM vai além daquele que seria o conteúdo possível da sua atuação nesta matéria.

Como se disse anteriormente e aqui se reitera, é manifesto que caso a ANACOM estivesse a intervir ao abrigo do artigo 19.º, n.º 4, do Regulamento MUX A, nunca poderia aplicar o princípio da orientação dos preços para os custos e teria de assegurar, no mínimo, uma rentabilidade equivalente àquela que a MEO estimou no plano de negócio que serviu de base à sua candidatura.

178. Ademais, o projeto de intervenção da ANACOM representa, ainda, uma violação (substancial) da Licença TDT (e, conseqüentemente, da posição jurídica da MEO), na medida em que a mesma equivale a obnubilar e retirar qualquer projeção ao disposto nos artigos 16.º, n.º 1, e n.º 4, eliminando qualquer autonomia da vontade e liberdade negocial da MEO junto dos operadores de televisão que expressamente lhe foi concedida.

179. Ora, sendo a Licença TDT um ato constitutivo de direitos, a proposta de atuação da ANACOM, mesmo não correspondendo, tecnicamente, a uma alteração direta deste ato, constitui de forma inquestionável uma alteração dos pressupostos que lhe estão subjacentes (*maxime*, os pressupostos económico-financeiros da proposta da MEO) e que foram vertidos na Licença, pelo que não podem deixar de se aplicar aqui as regras e o regime da revogação constante dos artigos 173.º e seguintes do CPA.

180. Não se verifica, porém, nenhuma das condições que legitimam a revogação de atos constitutivos de direitos: o ato não é desfavorável à MEO (al. a) do artigo 167.º, n.º 2); a MEO não concorda com ele (al. b) do artigo 167.º, n.º 2); não existe superveniência de conhecimentos técnicos ou científicos ou alteração objetiva das circunstâncias de facto que desencadearam e justificaram a adoção do ato (al. c) do artigo 167.º, n.º 2); e não houve qualquer reserva de alteração ou revogação (al. d) do artigo 167.º, n.º 2). Como tal, um ato definitivo que procedesse à alteração proposta seria inválido, por violação das normas legais que permitem a revogação de atos válidos.
181. Por fim, importa ainda salientar — como já se fez anteriormente — que está aqui essencialmente em causa uma violação dos preceitos constitucionais e legais que estabelecem os princípios da transparência, da boa-fé e da proteção da legítima confiança, que perpassam todos os institutos e argumentos que temos vindo a desenvolver, e que impõem a não alteração dos pressupostos que estiveram na base do procedimento concorrencial e no âmbito do qual foi feita a escolha da proposta da MEO como vencedora.
182. Com efeito, o princípio da proteção da confiança — ínsito no princípio do Estado de Direito (artigo 2.º da Constituição) — consubstancia um princípio basilar na relação dos poderes públicos com os particulares, pois, “[s]em a possibilidade, juridicamente garantida, de poder calcular e prever os possíveis desenvolvimentos da atuação dos poderes públicos suscetíveis de repercutirem na sua esfera jurídica, o indivíduo converter-se-ia (...) em mero objeto do acontecer estatal”²³.
183. Ora, este princípio “tem, no campo da regulação uma operatividade mais intensa”. Existe, na verdade, um princípio da estabilidade da regulação, que impõe uma especial vinculação do Regulador à palavra dada e ao enquadramento no qual se vincula a realizar a regulação²⁴.
184. A alteração proposta pela ANACOM contende, assim, com o princípio da estabilidade da regulação, na medida em que modifica os pressupostos assumidos e, nesse sentido, viola

²³ JORGE REIS NOVAIS, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Almedina, Coimbra, reimp. 2011, p. 262.

²⁴ NUNO PERES ALVES, *Direito Administrativo das Telecomunicações*, in *Tratado de Direito Administrativo Especial*, Volume V, coord. Paulo Otero e Pedro Gonçalves, p. 311 e 312.

igualmente o princípio da previsibilidade da regulação que resulta do artigo 5.º, n.º 5, al. a), da LCE.

185. Por outro lado, a alteração proposta é, na realidade, uma alteração substancial num dos pontos nevrálgicos do projeto TDT — os preços a cobrar aos operadores de televisão. Tem inteira aplicação ao caso, portanto, a jurisprudência do Acórdão Priesetext do Tribunal de Justiça da União Europeia (Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias de 19 de junho de 2008, processo n.º C-454/06). De acordo com essa jurisprudência, será inteiramente ilegal uma modificação do ato adjudicado que modifique o modo de cálculo do preço, cabendo ao adjudicatário nesse caso uma compensação ou direito ao reequilíbrio financeiro.
186. De sublinhar que é indiferente, para estes efeitos, que o procedimento concorrencial tenha redundado num ato administrativo, e não num contrato²⁵, já que o que importa não é o título pelo qual foi atribuído à MEO o direito de prestar o serviço, mas sim o facto de este direito estar assente em pressupostos que não podem vir, de forma superveniente e inesperada, a ser contrariados pela ANACOM. A proibição de uma modificação substancial não é um corolário da existência de uma relação contratual, mas sim uma decorrência da existência de um procedimento adjudicatório concorrencial, como foi o caso do concurso TDT.
187. A importância do princípio da concorrência no ato resultante do procedimento é aqui o de tutelar a equação adjudicatória, ou seja, o equilíbrio concorrencial atingido no procedimento o qual garante, por um lado, que as partes têm direito ao resultado da matriz de risco inicialmente definida e que, em caso de alteração das circunstâncias, as partes têm direito ao reequilíbrio financeiro. A raiz deste entendimento é, pois, o princípio da boa-fé que, no caso concreto, vincula a ANACOM por três vertentes distintas: como autoridade reguladora, como entidade adjudicante e como o órgão emissor da Licença TDT.

²⁵ Nesse sentido, RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, quando assevera que *“uma das mais fortes manifestações do princípio da concorrência está hoje consagrada no artigo 313.º/2 do CCP (...) solução que (...) aponta literalmente para um “congelamento” ou manutenção da equação adjudicatória em fase contratual e mostra-nos que a recomposição das prestações contratuais encontra um seu limite numa espécie de eficácia póstuma ou ulterior (“Nachwirkung”) dos documentos conformadores do procedimento, designadamente, do caderno de encargos, sobre os termos do contrato em execução” (Os princípios gerais da contratação pública, in Estudos da Contratação Pública – I, CEDIPRE, 2008, p. 69).*

188. Insiste-se que, se a alteração que a ANACOM agora pretende introduzir já fosse conhecida *ab initio*, muito provavelmente nenhum operador económico teria apresentado proposta no concurso TDT — ou, a tê-lo feito, teria certamente incorporado este risco no seu plano de negócio, de modo a salvaguardar um grau mínimo de viabilidade de exploração do serviço. Pelo que, ao alterar, agora, os pressupostos por si prévia e expressamente definidos no concurso, à revelia das condições da proposta da MEO e da licença atribuída a esta (e da “palavra dada”), a ANACOM está a defraudar os direitos subjetivos públicos da MEO e a subverter o equilíbrio alcançado com o procedimento concursal.
189. Entender de forma diversa seria, não apenas violar o princípio da boa-fé, como referido, mas também os direitos de propriedade e a liberdade de iniciativa económica privada da MEO, já que, em tal cenário, esta se veria obrigada a prestar um serviço de interesse público em moldes substancialmente distintos daqueles que foram postos a concurso e com base nos quais a MEO elaborou a proposta que viria a ser objeto de adjudicação.
- Em termos simples, vir agora alterar os pressupostos do concurso é torpedear os pressupostos com base nos quais a MEO apresentou a sua proposta e corresponde a atrair uma entidade privada para criar todo um mercado de raiz, com a expectativa legítima de obtenção de um determinado retorno, e, depois do investimento feito, colocar em perigo a obtenção do lucro que aquele visou ou a mera apropriação de quaisquer vantagens comerciais que o projeto pudesse gerar, possibilitando um cenário em que caberia ao investidor apenas arcar com os custos e com os riscos do projeto, mas já não apropriar-se de um eventual prémio do risco corrido.
190. Seja qual for o prisma sob o qual se encare esta questão, torna-se inevitável concluir que o projeto de decisão da ANACOM não tem qualquer suporte legal nem apoio em qualquer princípio juridicamente aplicável.
191. Conclua-se por referir que a lógica que presidiu ao lançamento do concurso, com a atribuição de uma única licença para o MUX A, foi justamente a de criar um monopólio por via concursal, em virtude de, pela natureza e características do serviço a prestar, só assim se assegurar o interesse de um privado em obter a licença — só assim, portanto, existiria esse mercado e só assim o serviço seria efetivamente prestado aos consumidores finais.

192. Assim, para além de a intenção da ANACOM de intervir nos preços da TDT, fora do enquadramento apontado no Regulamento MUX A, ser ilegal, salienta-se que o desenvolvimento da TDT e a estabilidade remuneratória estão umbilicalmente ligadas, em equilíbrio, como prestações sinalagmáticas, pelo que sem estabilidade das condições remuneratórias e sem estabilidade das peças do procedimento, não é legítimo obrigar a MEO a desenvolver a TDT e, se tal vier a suceder, a MEO terá sempre direito, no mínimo, a uma compensação que reponha o reequilíbrio financeiro.
193. Com efeito, a Licença TDT veio criar, regular e recortar um *mercado contingentado*. É justamente porque se almejou, por um lado, implementar e manter uma infraestrutura dispendiosa e, por outro, disponibilizar gratuitamente um serviço ao consumidor, que o mercado foi fortemente condicionado, tanto para a MEO (que não pode livremente aumentar a oferta ou estimular a procura) como para os operadores. Existe, por isso, um equilíbrio frágil entre a manutenção do interesse dos operadores (incluindo a MEO) e a garantia da gratuitidade do serviço final.
194. Este frágil equilíbrio tem consequências. A disponibilização gratuita de certos canais na plataforma TDT é uma opção política. Ao Regulador compete, numa primeira fase, encontrar e, numa segunda fase, proteger as circunstâncias que asseguram a prestação gratuita do serviço *sem prejuízo do interesse* do prestador do serviço.
195. O interesse do prestador do serviço de TDT garantiu-se através de uma “base regulatória” constante primeiro do Regulamento do MUX A e, depois, da Licença TDT. Houve um entendimento comum quanto aos termos da Licença, quanto ao modo de prestação do serviço e quanto aos limites da regulação, segundo o qual prestar o serviço se tornaria vantajoso para a MEO.
196. Foi nessa base que a MEO se candidatou à atribuição da Licença TDT – foi essa distribuição de risco que a atraiu e interessou. Foi essa distribuição de risco que motivou a MEO a aceitar a incumbência de desenvolvimento da infraestrutura *apesar* dos pesados custos associados a essa tarefa.

197. Não há por isso dúvidas. Ao propor a imposição à MEO de uma redução do preço do serviço de TDT, a ANACOM propõe na verdade uma *quebra* danosa da base de entendimento de regulação, uma violação do *acordo* quanto ao exercício dos poderes de intervenção do Regulador. A medida de fixação de preços proposta pela ANACOM não está coberta pelos riscos próprios da Licença TDT, e impõe uma quebra grave da confiança depositada pela MEO na remuneração do investimento e na estabilidade da regulação. É uma medida danosa, arbitrária e contraditória com os compromissos assumidos no Regulamento MUX A e na Licença TDT.
198. Desproteger essa base e esse acordo equivale a admitir que o operador da TDT assumia o custo da opção política de oferecer gratuitamente o serviço público de TDT. Desprotegendo a base regulatória, admite-se que o operador da TDT sofra *danos especiais e anormais* que são dispensados ao comum dos agentes económicos.
199. Não pode ser assim. Regulador e regulado estão vinculados a essa álea de risco formada no momento da candidatura e da atribuição da licença. Regulador, porque foi com essa base que atraiu o prestador para concorrer; regulado, porque foi confiando nessa base que se vinculou a prestar o serviço.
200. Esta medida da ANACOM exorbita pois do risco normal e previsível da Licença TDT, em prejuízo da confiança depositada pela MEO na estabilidade da regulação. A medida consubstancia, por isso uma *alteração das circunstâncias*, com todas as legais consequências.
201. Isto significa que qualquer alteração substancial dos termos da Licença TDT por parte da ANACOM, quando imponha um sacrifício inesperado à MEO, faz surgir na esfera jurídica da MEO uma pretensão de indemnização ou de reequilíbrio financeiro. Não sendo atendida essa pretensão, constitui-se então na esfera jurídica da MEO o direito de devolver a licença, acrescido de reembolso das despesas ainda por compensar.
202. Na verdade, é simples. A MEO só pode correr riscos com os quais se tenha comprometido. Se a ANACOM impõe, pela força, um risco exorbitante daqueles que a MEO assumiu quando se candidatou, essa exorbitância atribui à MEO um direito a exigir a reposição das condições na origem do seu compromisso.

203. Na origem, se fosse assim, a MEO não se teria candidatado ao DUF. Se agora, é assim, a MEO pede uma indemnização. Ou devolve a Licença.

4. DA COMPATIBILIZAÇÃO DAS CONSULTAS TDT COM O REGIME REGULATÓRIO APLICÁVEL

204. Sem prejuízo do exposto atrás, importa agora analisar a proposta de abordagem da ANACOM numa outra dimensão, ou seja, na perspetiva mais específica do direito regulatório aplicável, cabendo aqui analisar dois aspetos específicos, conforme referido de seguida.
205. É importante salientar a este respeito que todos os comentários tecidos infra em nada prejudicam o facto de a MEO considerar – insiste-se – que as regras da contratação pública a que aludimos supra são, como vimos, absolutamente incompatíveis com a pretensão da ANACOM de vir agora considerar o mercado em causa como suscetível de regulação e, por essa via, interferir nos preços da TDT que, não só foram formados em regime de concorrência – a concorrência suscitada pela existência de um concurso público – como constituíram um pressuposto essencial tanto da decisão da MEO de se submeter a concurso, como da equação económico-financeira em que assentou todo o seu plano de investimento.
206. Acresce que a lógica que presidiu ao lançamento do concurso, com a atribuição de uma única licença para o MUX A, foi justamente a de criar um monopólio por via concursal, sendo chocante que a ANACOM venha agora considerar que a existência desse monopólio que ela própria criou é afinal fonte de preocupação concorrencial, ao ponto de justificar uma intervenção regulatória ao nível dos preços do serviço em causa, propondo-se atuar fora dos parâmetros resultantes do próprio concurso e ignorando por completo que o equilíbrio concorrencial foi atingido no procedimento, momento no qual todos os interessados tiveram oportunidade de se candidatar e de oferecer condições, nomeadamente de preço, mais favoráveis do que as propostas pela MEO.

4.1. Da (possível) definição do mercado da TDT como mercado relevante *ex ante*

207. A definição de um mercado relevante da TDT, na sequência do concurso público lançado, e atendendo às especiais condições de prestação do serviço atrás definidas, não pode assim suscitar à MEO senão as maiores reservas jurídicas, tanto do ponto de vista conceptual em si mesmo, como também numa perspetiva metodológica. Por outras palavras, a MEO discorda

profundamente, pelos motivos que indicará de seguida, que se possa definir o mercado grossista da TDT como um mercado suscetível de regulação.

208. Como se sabe, a temática de definição de mercados relevantes no contexto de atividades sujeitas a concursos públicos suscita sempre preocupações²⁶, nomeadamente na definição de uma equivalência automática entre o objeto de um concurso público e as fronteiras do mercado relevante que seguidamente é definido. No caso em presença, essas preocupações são inequivocamente ampliadas a um ponto que tornam, na perspetiva da MEO, a consideração do mercado em causa como suscetível de regulação incompatível com os princípios jurídicos aplicáveis – ou seja, ilegal.
209. Com efeito, no caso concreto, as referidas preocupações surgem de forma reforçada porque, por um lado, como se demonstrou acima, as condições de prestação do serviço de TDT ficaram definidas *ab initio* no concurso de acesso ao DUF relativo ao MUX A. Neste contexto, a definição e análise de mercado e a eventual imposição de obrigações regulamentares específicas surge claramente com um intuito de ilegítima duplicação da regulação existente, com a agravante que vem alterar as regras a meio do jogo, criando incerteza regulatória.
210. Por outro lado, porque o próprio concurso definiu a estrutura de mercado aplicável, em termos de oferta e de procura, sem deixar (por mera opção administrativa e legislativa) margem para dinâmicas competitivas.
211. De facto, não é demais lembrar a natureza singular deste “mercado”, no qual a oferta e a procura estão impossibilitadas de se equilibrar. Do lado da oferta, por decisões políticas e administrativas, foi definida a estrutura de mercado, com um vendedor único, e foi previamente dimensionada a capacidade produtiva. Do lado da procura, o DUF definiu as entidades que podiam beneficiar daquela capacidade de transmissão e impôs uma reserva da capacidade para a satisfação da procura prevista.
212. Como essa procura não se concretizou na totalidade, em parte por responsabilidade política ou administrativa, a sequência de decisões, ou a falta delas, à qual a MEO é totalmente alheia,

²⁶ Sobre a temática, vide, MIGUEL FERRO, *A Definição de Mercados Relevantes no Direito Europeu e Português da Concorrência*, Almedina, 2015,

conduziu a um inevitável desencontro entre oferta e procura. Com efeito, apesar da manifestação de procura potencial, como resultou claro da Consulta Futuro TDT, a manutenção de reserva forçada de capacidade veda a utilização da capacidade vaga e impede o ajustamento entre a oferta e a procura.

213. Consequentemente, o processo de definição e de análise de mercado quanto à respetiva situação concorrencial surge viciado à partida e só pode traduzir-se num exercício totalmente artificial.
214. Neste contexto, a definição de um novo mercado relevante suscetível de regulação, mesmo que viesse a ocorrer (o que a MEO disputa possa suceder), teria sempre de ser feita em moldes diferentes dos tradicionais, desvalorizando o funcionamento do mercado (cuja rigidez foi imposta à cabeça, por via administrativa) e valorizando os termos e condições do concurso, no qual se balizam os termos concretos da atividade a desenvolver.
215. **A não ser assim**, a MEO — que já é regulada pelos termos e condições constantes do Regulamento MUX A e da Licença TDT (que engloba a sua proposta) — pode vir a ser onerada com uma regulação adicional que, para além de desrespeitar os pressupostos do concurso, acaba por prejudicar uma empresa que, manifestamente, pouco ou nada pode fazer para influenciar as dinâmicas competitivas de um mercado cuja estrutura e funcionamento ficaram paralisados por exclusiva decisão administrativa.
216. **A não ser assim**, a MEO é colocada numa situação em que, apesar de estar a arcar com todos os riscos do projeto e de ter efetuado todo o investimento a que se propôs, se vê na iminência de ser privada de todo o eventual *up side* do projeto (que não se prevê), assumindo porém integralmente todo o *down side* que se venha a verificar, seja qual for o valor da perda.
217. **A não ser assim**, este passa a ser um projeto em que cabe à MEO absorver toda a álea negativa – independentemente da respetiva magnitude – não podendo porém beneficiar de qualquer álea positiva. Um projeto, em suma, em que a MEO só pode perder dinheiro, não pode ganhar.

Pronúncia da MEO relativamente aos projetos de decisão da ANACOM sobre a investigação aprofundada aos custos e proveitos do serviço de TDT e ao mercado grossista de teledifusão para a entrega de conteúdos a utilizadores finais

218. Ora, tal não pode deixar de se considerar manifestamente injusto, para além de profundamente desconforme, seja com as regras do procedimento concursal, seja com os fundamentos da intervenção regulatória.
219. A ANACOM teima na verdade em ignorar que, na lógica deste como de qualquer outro projeto que implique investimento, a entidade privada, mesmo quando se associa à prossecução do interesse público, procura, como é natural e desejável, o lucro. A empresa privada não procura *entreter-se*, gastar o capital e alocar os seus recursos para ficar a zeros ou ser meramente resarcida do investimento realizado. O fim estatutário das empresas privadas é a geração de lucro – mesmo quando em associação com a Administração Pública.
220. A intenção da ANACOM traduz-se, por isso, no entender da MEO, naquilo que alguma doutrina designa como um “*abuso regulatório*”²⁷, que ocorre quando, em geral, se adotam determinadas medidas que ignoram os equilíbrios internos de determinado sistema regulatório. É precisamente o que se verifica no caso em presença²⁸.
221. Desde logo, o exercício seguido parece esquecer que é possível que se chegue ao fim alvejado – a “regulação” dos preços do serviço de TDT – sem ser necessário definir um mercado relevante, nomeadamente através dos próprios instrumentos definidos no Regulamento MUX A. É certo que a ANACOM tem uma latitude de intervenção menor ao abrigo dos instrumentos do concurso TDT, mas foi a isso que se auto vinculou e essa restrição de intervenção – essa “palavra dada”, agora em vias de ser violada –, é essencial na equação financeira que subjaz ao serviço de TDT, a qual pressupõe uma determinada rentabilidade, não necessariamente compatível com o princípio da orientação dos preços para os custos.
222. Depois, parece ter-se também a ANACOM olvidado de que a criação de um ambiente concorrencial tem como objetivo último e mais relevante permitir que os consumidores disponham de um serviço de maior qualidade e a preços mais baixos. No caso em apreço, o serviço retahista de TDT é gratuito, pelo que a regulação do mercado grossista não tem qualquer impac-

²⁷ Vide, neste sentido, PEDRO GONÇALVES, *Regulação Administrativa e Contrato*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Sérvulo Correia*, Tomo II, p. 1010 e 1011.

²⁸ E nem se diga que tal posição leva a restringir as competências de definição e de análise de mercados em relação a atividades que também foram objeto de concurso público. Tal não sucede porque o serviço de TDT tem subjacente um conjunto de condições específicas que o afastam de prestações que também foram sujeitas a concurso, como o serviço universal, desde logo porque o mercado está encerrado e a procura é limitada.

to económico positivo para o consumidor. Aliás, o impacto poderá ser negativo, na medida em que a infraestrutura da MEO e o seu funcionamento são essenciais para o funcionamento da TDT *free-to-air*, pelo que qualquer medida que coloque em causa a sustentabilidade da plataforma é avessa aos interesses dos consumidores.

223. Acresce que a análise de poder de mercado, tal como foi levada a cabo para o caso em apreço, *i.e.*, baseada nos moldes gerais, sem atender às especificidades inerentes a esta análise e à existência de um monopólio criado por decisão administrativa e por motivos de interesse público, é absolutamente desadequada e enferma de vícios vários. A quota de mercado da MEO neste mercado seria sempre “elevada”, não fosse esta decorrente de um procedimento lançado pela ANACOM que, recorde-se, só admitia um vencedor!
224. Consequentemente, a imposição de obrigações regulamentares é absolutamente desprovida de sentido num mercado que não pode deixar de se considerar artificial, já que, quer a oferta quer a procura foram impedidas de se ajustar ou, pelo menos, foram fortemente limitadas por decisão administrativa. Acresce que esse mercado nem sequer foi identificado pela Comissão Europeia (CE) como sendo um mercado suscetível de regulação *ex-ante*.
225. Como é sabido, na última recomendação sobre os mercados relevantes suscetíveis de regulamentação *ex ante*²⁹, a CE identificou apenas cinco mercados relevantes³⁰. Em conformidade com o histórico de atuação nesta matéria (*vide* Recomendações de 2003 e de 2007), a CE veio reiterar novamente que o objetivo do quadro regulamentar consiste, entre outros, em reduzir progressivamente a regulamentação *ex ante* específica para o setor, à medida que a concorrência nos mercados se desenvolve e, em última análise, fazer com que as comunicações eletrónicas sejam regidas exclusivamente pelo direito da concorrência.
226. Sendo a recomendação sobre mercados relevantes o instrumento que, com maior atualidade, evidencia o pensamento e as opções de política regulatória da UE, importaria ponderar devidamente o sinal de desregulação nela contido.

²⁹ Recomendação da Comissão de 09.10.2014 (2014/710/UE).

³⁰ O Mercado da Terminação Grossista de Chamadas em Redes Telefónicas Públicas Individuais num Local Fixo (Mercado 1), o Mercado da Terminação Grossista de Chamadas de Voz em Redes Móveis Individuais (Mercado 2), o Mercado do Acesso Local Grossista num Local Fixo (mercado 3.a), o Mercado do Acesso Central Grossista num Local fixo para Produtos de Grande Difusão (Mercado 3.b), e o Mercado de Acesso Grossista de Elevada Qualidade num Local Fixo (Mercado 4).

227. A ideia de desregulação tem vindo a ser trabalhada, ao nível da UE, em paralelo com a ideia de que a regulação não pode ser entendida como uma exigência incontornável, autojustificada e autossuficiente. Cada vez mais os procedimentos de avaliação são fundamentais e criteriosos e a fundamentação da regulação necessariamente associada a ponderações de custo/benefício, como decorre necessariamente do artigo 5.º, n.º 5, da LCE.
228. Sucede que a proposta de atuação da ANACOM é feita ao arrepio da nova Recomendação e fora do espírito que lhe subjaz procurando, num momento em que o sinal existente é de clara desregulação, alargar as fronteiras da regulamentação *ex ante* para mercados que há muito saíram do espectro de preocupações da CE.
229. Recorde-se que os mercados relacionados com a radiodifusão foram eliminados da recomendação de mercados relevantes em 2007, ou seja, há 8 anos e em momento anterior ao do concurso TDT. Na altura, a CE justificou esta opção com a evolução tecnológica na área da radiodifusão digital terrestre e de distribuição através de redes DSL. Ademais, considerou a CE que se tratava de um mercado em permanente transformação, sendo que eventuais problemas de poder de mercado poderiam ser facilmente abordados pela legislação de concorrência, sem necessidade de qualquer regulação *ex ante*.
230. Neste contexto, surge como incompreensível que a ANACOM venha pretender regular o mercado da TDT – com o claro intuito de poder intervir nos seus preços – , posicionando-se de forma contrária à que tem vindo a ser defendida na ótica da regulação *ex ante* dos mercados e dos seus princípios.
231. Sabendo-se que, nos termos do artigo 57.º da LCE, a CE tem direito de veto nas decisões que visem definir mercados relevantes diferentes dos indicados nas recomendações por si publicadas, é notório que a ANACOM não cuidou de fundamentar de forma devida a “criação” deste novo mercado relevante grossista, o que é de resto evidenciado pela forma absolutamente lacónica e pouco fundamentada como aborda o requisito essencial da possibilidade de definição de um mercado relevante não incluído na lista anexa à Recomendação da CE – a verificação dos três critérios.

4.2. Da ausência de efeito útil e da violação de princípios de regulação

232. Ainda que estivessem reunidos os pressupostos para a ANACOM intervir nos preços da TDT e para definir o serviço TDT como um mercado relevante suscetível de regulamentação *ex ante* (e, como se viu, manifestamente não estão), importaria sempre questionar qual o efeito útil da regulação projetada e a compatibilidade da mesma com os princípios regulamentares aplicáveis.
233. Comece-se por recordar que, embora no SPD Custos TDT a ANACOM venha reconhecer que os preços atualmente praticados no serviço de TDT não são excessivos, e são compatíveis com o princípio da orientação dos preços para os custos e que os custos apresentados no SCA não suscitam reservas, admite o Regulador que venha a ser necessário regular os preços deste serviço num cenário futuro e incerto (e que pelo menos nesta fase não se afigura plausível), em que a capacidade vaga existente no MUX A venha a ser utilizada ou os custos evoluam para montantes que justifiquem uma redução.
234. A MEO não consegue compatibilizar a conclusão sobre a inexistência de problemas/reservas ao nível dos preços da TDT, com a conclusão (consequente) sobre a necessidade de criar as condições para, se necessário, vir a regular os preços do serviço.
235. Verifica-se um claro paradoxo e uma subversão de uma relação causa-efeito que se afigura chocante, até porque foi a própria ANACOM a fazer depender uma eventual intervenção nos preços da TDT da existência de preços excessivos, que ela mesma reconhece inexistir.
236. Com efeito, no Relatório Decisão RTP (cf. p. 28), a ANACOM refere que como **“ainda não se concluiu que o preço da TDT atualmente praticado pela PTC é excessivo, de nada serve existir a possibilidade de aplicação de uma obrigação que preveja a orientação dos preços para os custos”** (sem destaque no original). Acrescenta o Regulador na p. 30 que *“o facto de se estar a efetuar esta investigação aos custos da TDT tornará mais célere e, eventualmente, **evidente a necessidade (ou não) de uma análise de mercado**, já que se assim não fosse poderia não ser claro sobre a necessidade de impor uma obrigação de orientação dos preços para os custos ou, caso se concluísse sobre a proporcionalidade da imposição dessa obrigação, seria necessário posteriormente identificar os custos e definir os preços, o que não seria imediato”* (sem destaque no original).

237. Daqui decorre que a ANACOM considerou que a eventual decisão sobre a necessidade (ou falta dela) de definição e análise do mercado relevante estaria dependente da existência de um juízo sobre a existência de preços excessivos ou, no mínimo, da conclusão da existência de preços substancialmente superiores aos custos (“de nada servindo”, sem a verificação de uma destas condições). Ora, nenhuma de tais situações se verifica em concreto, pelo que a medida agora proposta é desprovida de objetivo útil.
238. É manifesto que esta abordagem contende com um dos princípios basilares do direito regulatório. Como se sabe, os poderes e mecanismos legais existem e foram atribuídos à ANACOM para endereçar *problemas reais ou cuja probabilidade de ocorrência é elevada* e não problemas hipotéticos ou meramente eventuais (além de improváveis), que se desconhece se, como e quando se irão concretizar. Tal princípio decorre diretamente da LCE, quando no artigo 55.º, n.º 3, al. a) e d), se determina que as obrigações a impor têm de ser adequadas ao *problema identificado* e têm de ser *transparentes em relação aos fins a que se destinam*. Ora, nenhum problema foi identificado, ficando por essa via suprimida qualquer transparência face aos fins a que a regulação se destina.
239. É na verdade inegável que, mesmo que a ANACOM pudesse intervir nos preços do serviço TDT mediante a consideração da existência de um mercado relevante suscetível de regulação – e a MEO entende que não pode – a ANACOM não identificou, ainda assim, nenhum problema em relação aos preços TDT que careça de intervenção regulatória, pelo que, em linha com o previsto no artigo 55.º da LCE, deveria ter concluído não ser necessária uma intervenção neste mercado ou — no mínimo — que não seria necessária a imposição de uma obrigação de controlo de preços ou então – no mínimo dos mínimos – que mesmo que tal intervenção fosse necessária, sempre estaria balizada pelo que decorre das regras do concurso TDT e do conteúdo do DUF. Porém, contrariamente ao que seria esperado e reclamado pela aplicação do regime legal, a ANACOM não só pretende intervir fora das condições definidas no Regulamento MUX A, como ainda o pretende fazer sem que exista qualquer problema (real) que (em tese) pudesse justificar tal abordagem. É, pois, uma atuação incompreensível e injustificável face aos princípios legais aplicáveis e, naturalmente, ilegal.

240. É certo que no exercício seguido pela ANACOM no SPD Custos TDT (e que será comentado *infra* nos comentários específicos), esta Autoridade considera (no entender da MEO, sem razão) que, se forem transportados mais dois canais no MUX A poderá haver espaço para uma redução dos preços atualmente praticados. No entanto, em adição ao facto do cenário em causa ser inverosímil, a conclusão que se alcança com o exercício é que o custo por canal seria nesse caso *ligeiramente inferior ao preço atualmente praticado*, um resultado que não parece de todo passível de constituir fundamento para a imposição da obrigação de orientação dos preços para os custos, atentos os princípios regulatórios da adequação e proporcionalidade.
241. Fazemos aqui um parêntesis para deixar uma nota quanto à equivalência estabelecida pela ANACOM, e que perpassa o texto do SPD Custos TDT em vários pontos, entre preço superior ao custo (ainda que apenas ligeiramente) e preço excessivo. Consideramos que seria útil evitar equívocos entre os conceitos, atendendo a que o preço excessivo qualifica uma prática abusiva no quadro da disciplina da defesa da concorrência, quando praticado por uma empresa dominante, e a sua tipificação envolve o preenchimento (e demonstração) de um conjunto de elementos que vão muito além da superação do custo.
242. Dito isto, a abordagem supra referida, mesmo que fosse aceitável – e não é – preconiza uma “*regulação sob condição*” (ou, no mínimo, um “*remédio sob condição*”), que não é legítima, desde logo, porque viola o princípio da adequação atrás identificado, uma vez que não se visa resolver um problema real. Mas mais.
243. Esta abordagem também não pode ser aceite porque coloca um constrangimento sobre a entidade visada (a MEO) em relação ao preenchimento ou não de condições que estão manifestamente fora da sua esfera de controlo (a saber, a transmissão de mais dois canais no MUX A). Neste sentido, coloca igualmente em causa o princípio da previsibilidade regulatória consagrado no artigo 5.º, n.º 1, al. a), da LCE.
244. De facto, ao apontar como critério de regulação determinadas condições futuras e incertas fora do controlo da entidade visada – o surgimento de mais dois canais a serem transportados no MUX A –, o Regulador está a criar um modelo de regulação imprevisível, instável e contrário ao disposto no artigo 5.º da LCE.

245. Em segundo lugar, o cenário em causa, para ser exequível, requereria uma intervenção do Governo, quer no sentido de fazer “renascer” o procedimento de atribuição do 5.º canal, quer no sentido de abrir um procedimento para o licenciamento de ainda outro canal, o que manifestamente, e como a própria ANACOM reconhece, está completamente fora da esfera de controlo da MEO, não existindo, lamentavelmente, qualquer indicador que possa tornar este cenário mais plausível.
246. Poderia, porventura, alegar-se que o SPD Mercado TDT teria sempre um efeito útil (não ao nível da obrigação de controlo preços), mas sim a propósito das restantes obrigações que serão impostas à MEO. Mas também aqui a conclusão alcançada é negativa.
247. Em relação à obrigação de não discriminação, a ANACOM considera que a mesma se determina na obrigação da MEO *não discriminar indevidamente os operadores de televisão na oferta do serviço grossista de teledifusão digital terrestre*. No entanto, reconhecidamente, tal obrigação já seria aplicável de acordo com o regime jurídico da concorrência, pelo que esta “nova” obrigação supostamente introduzida pelo SPD Mercado TDT, na verdade, nada acrescenta.
248. Em relação à obrigação de transparência, a mesma concretiza-se, no entendimento da ANACOM, na necessidade de a MEO informar a ANACOM de todo e qualquer acordo com influência no âmbito do mercado em análise que estabelecer com os operadores de televisão, no prazo de 10 dias úteis após a sua celebração. Embora esta obrigação não decorra especificamente dos instrumentos do concurso da TDT, a sua imposição não justifica, por si só, um processo de análise de mercado e criação de um novo mercado suscetível de regulação, fora dos constantes da Recomendação da Comissão.
249. Trata-se na verdade de uma obrigação instrumental, referindo a própria ANACOM no SPD Mercado TDT que a Licença TDT já contém as especificações que, de acordo com a informação disponível e no momento atual, são necessárias para assegurar a transparência adequada relativamente às condições básicas de prestação de serviços (cf. p. 48). Aliás, o artigo 16.º, n.º 4, da Licença TDT já prevê que os preços renegociados com os operadores de televisão tenham de ser comunicados à ANACOM, pelo que esta preocupação já está refletida no título emitido à MEO.

Pronúncia da MEO relativamente aos projetos de decisão da ANACOM sobre a investigação aprofundada aos custos e proveitos do serviço de TDT e ao mercado grossista de teledifusão para a entrega de conteúdos a utilizadores finais

250. Acresce que a ANACOM poderia sempre atingir o mesmo objetivo através de mecanismos menos onerosos, nomeadamente ao abrigo do artigo 108.º da LCE, respeitando assim o princípio da proporcionalidade previsto no artigo 55.º da LCE, ao invés de o violar.
251. No que toca à obrigação de separação de contas, faz-se notar que o sistema de custeio da MEO — como a ANACOM admite no próprio SPD Custos TDT — já permite a demonstração de resultados do produto relativo à teledifusão digital terrestre, de forma autónoma, sendo os resultados enviados de forma regular à ANACOM. Aliás, no SPD Custos TDT, a ANACOM reconhece que os dados disponíveis estão devidamente fundamentados, tendo sido auditados. Como tal, mais uma vez, não se vislumbra qual seria o efeito útil desta obrigação.
252. Por fim, quanto à obrigação de reporte financeiro, remete-se para o que ficou referido no parágrafo anterior, sendo igualmente de concluir que não é necessária a presente definição e análise de mercado para impor esta obrigação.
253. Portanto, resulta inequívoco que o único efeito útil (potencial) da intervenção projetada da ANACOM seria, efetivamente, a imposição da obrigação de controlo de preços, na medida em que a própria ANACOM vem reconhecer no SPD Mercado TDT (cf. p 49) que não está prevista (e há muitas razões para não estar, como se viu) uma obrigação de orientação dos preços para os custos nos instrumentos do concurso TDT ou na Licença TDT.
254. A MEO é, assim, forçada a concluir que, para além de padecer dos diversos vícios que ficaram assinalados supra, o SPD Mercado TDT também é desprovido de efeito útil para as finalidades próprias do processo de análise de mercado e não visa tratar nenhum problema concreto no mercado, havendo assim uma clara instrumentalização do processo de definição e de análise de mercado, e uma subversão das regras do concurso TDT, que não pode ser aceite.
255. Adicionalmente, a eventual regulação dos preços por parte da ANACOM neste domínio terá, única e exclusivamente, como beneficiários os operadores de televisão. Ora, como se sabe, e é um princípio assente do direito regulatório (e também do direito da concorrência) os mecanismos de regulação não existem para tutelar direitos específicos de determinados agentes económicos, sobretudo num contexto onde, mais uma vez se afirma, não se verificam quaisquer problemas que reclamem uma atuação a este nível.

256. Acresce que o potencial efeito de uma redução de preços no serviço TDT traduz-se, apenas e só, na “transferência de riqueza” de um operador privado, a MEO, para outros operadores na sua maioria privados, os operadores de televisão, algo que manifestamente não é legítimo nem pode ser objeto de uma decisão de cariz regulamentar, sobretudo no contexto da TDT e na vigência de acordos válidos com todos os operadores de televisão.
257. Neste contexto, não se alcança como poderá a ANACOM vir a justificar uma medida que, na prática, tem apenas como efeito uma “redistribuição de riqueza” entre operadores. agravando as condições de um serviço titulado por uma licença em benefício injustificado dos clientes do serviço, os operadores de televisão, e que nem sem sequer é passível de se repercutir nos consumidores finais.
258. Numa ponderação entre os vários interesses aqui presentes, é inequívoco que os operadores de televisão não são merecedores de uma qualquer tutela jurídica acrescida face à MEO. Pelo contrário, as circunstâncias de facto subjacentes ao concurso TDT e as circunstâncias atuais favoreceriam que a MEO alterasse as condições de prestação do serviço TDT³¹.
259. Com efeito, foi a MEO que continuou a exercer o DUF nos termos da proposta variante, apesar de nunca ter obtido as sinergias associadas à exploração simultânea dos dois DUF; é a MEO que continua a suportar os custos da inexistência do 5.º canal estando privada da respectiva receita, e é a MEO que, apesar de ter realizado plenamente todo o investimento previsto (aliás, e como a ANACOM bem sabe, um investimento substancialmente superior ao previsto), vê em risco o seu direito de recuperar adequadamente o investimento realizado na plataforma TDT e de auferir a rentabilidade esperada.
260. Em suma, e com o devido respeito, a eventual intervenção nos preços do serviço de TDT, através do exercício de competências de cariz regulamentar, corresponde a uma instrumentalização do procedimento de definição de mercado e dos mecanismos de regulação, com o objetivo de atingir uma finalidade que não é permitida em termos legais, não se enquadra nas atribuições da ANACOM e não pode ser prosseguida através dos poderes de regulamentação que lhe foram conferidos.

³¹ Como de resto reconhecido pelo Professor Doutor Miguel Ferro, no email dirigido à ANACOM em 13.10.2014, já referido supra.

Pronúncia da MEO relativamente aos projetos de decisão da ANACOM sobre a investigação aprofundada aos custos e proveitos do serviço de TDT e ao mercado grossista de teledifusão para a entrega de conteúdos a utilizadores finais

261. A adoção de uma decisão de regulação do Mercado TDT traduzir-se-á assim na violação das regras e princípios da contratação pública e da LCE, afetando de forma ilegítima a posição jurídica da MEO, que não deixará de lutar com todos os meios ao seu dispor no sentido da reposição da legalidade e do restabelecimento de uma equação financeira justa no desenvolvimento do projeto TDT.

ANEXO À PRONÚNCIA DA MEO

Partindo das observações e das conclusões contidas no corpo da sua pronúncia, este anexo destina-se à apresentação dos comentários específicos da MEO a cada um dos projetos de decisão que compõem as Consultas TDT.

Reitera-se, mais uma vez, que estes comentários específicos em nada prejudicam o facto de a MEO considerar, pelos motivos já invocados, que a ANACOM não pode intervir por via regulatória no mercado TDT, sendo por isso apresentados a título meramente cautelar e subsidiário.

1. COMENTÁRIOS AO SPD CUSTOS TDT

1. Em relação ao SPD Custos TDT, a MEO já apresentou a sua posição quanto à desconformidade entre a conclusão que resulta deste projeto de decisão – a ausência de qualquer reserva ou problema ao nível dos preços, mesmo no cenário hipotético e extremo em que seriam transportados dois canais adicionais no MUX A – e a consequência que a ANACOM daí retira, nomeadamente ao pretender intervir nos preços do serviço TDT. É uma consequência paradoxal e em sentido inverso aos pressupostos de que depende.
2. Tomando como base os comentários gerais já tecidos, no presente capítulo a MEO pretende focar-se em seis aspetos específicos do SPD Custos TDT, e que são os seguintes:
 - (i) A imposição/recomendação de descida de preços à MEO;
 - (ii) A valorização dos custos inerentes à prestação do serviço TDT;
 - (iii) A ocupação da capacidade existente no MUX A;
 - (iv) A imputação dos custos referentes à capacidade não ocupada;
 - (v) Um modelo alternativo de imputação da capacidade existente no MUX A; e
 - (vi) Estimativa de custos por operador/canal de TV

1.1. Imposição/recomendação de descida de preços

3. Da leitura do SPD Custos TDT resulta a ideia de que num eventual cenário de ocupação da capacidade livre no MUX A, com mais dois canais adicionais, já haveria margem para, no entender da ANACOM, reduzir imediatamente os preços praticados, sem sequer ser facultada

à MEO a possibilidade de recuperação das margens negativas dos primeiros anos de exploração.

Podem efetivamente ler-se no SPD Preços TDT, as seguintes passagens que permitem aquela leitura: “no cenário de transmissão de dois canais [o custo por canal] já é **ligeiramente** inferior ao preço atualmente praticado, o que poderia justificar a redução do mesmo numa ótica de orientação dos preços para os custos”, “a MEO poderá ter de reduzir os preços cobrados aos operadores de televisão **à medida que** a capacidade livre do MUX A for sendo ocupada, sem prejuízo para a ponderação de outros fatores”, “Os custos do serviço de TDT variam de ano para ano (...) pelo que se justifica avaliar **anualmente** a necessidade de rever o preço que a MEO irá cobrar aos operadores de televisão pelo serviço de TDT” (sem realce no original). Delibera além disso a ANACOM “Recomendar à MEO que (...) reduza os preços aplicáveis ao serviço de TDT caso haja ocupação da capacidade livre no MUX A”.

4. Parece assim que, no entender da ANACOM, apesar de neste momento a MEO registar um pesado valor de perdas acumuladas na prestação do serviço, no momento seguinte à MEO começar a obter algum tipo de resultado positivo com o serviço TDT deveria, de imediato, reduzir os preços, prescindindo de recuperar as margens negativas até então registadas, sob pena de, não sendo os preços reduzidos, a ANACOM intervir ao abrigo da obrigação de controlo de preços.
5. Admitir, sequer, que a MEO estaria a retirar uma vantagem excessiva logo que começasse a obter resultados positivos seria esquecer, pura e simplesmente, que até à data a MEO tem sempre suportado prejuízos avultados, não sendo um ou dois anos de margem positiva que equilibrariam a equação financeira da exploração do serviço a favor da MEO, muito pelo contrário.
6. Este raciocínio – de supor, sequer em abstrato, que a MEO deva (*rectius*, possa) reduzir os preços “logo que estes fiquem ligeiramente superiores aos custos”, ignorando as pesadas margens negativas acumuladas ao longo de já 7 anos de exploração – é de tal modo absurdo que não pode deixar de corresponder a uma forma imperfeita de expressão do pensamento do Regulador. A MEO acredita assim que este é um aspeto que não deixará de ser retificado na Decisão final que vier a ser adotada sobre a matéria.

1.2. A valorização dos custos inerentes à prestação do serviço TDT

7. A investigação realizada pela ANACOM aos custos do serviço TDT e conseqüentemente à sua relação com os respetivos proveitos, teve por base os resultados do sistema de contabilidade analítica (SCA) da MEO, cuja metodologia assenta num modelo de custos históricos.
8. Neste âmbito, parte dos custos anuais alocados a um determinado produto, incluindo o serviço TDT, resulta dos montantes de amortizações e de custo de capital apurados para o ano em questão, os quais vão variando ao longo dos anos face aos ciclos de investimento e à amortização contabilística dos diversos bens.
9. No caso do serviço TDT, em que a quase totalidade dos investimentos foi realizada no início da prestação do serviço, e cujo período médio de vida útil (contabilística) é inferior à duração do projeto, o montante de custos associado às amortizações e ao custo de capital será substancialmente superior nos primeiros anos do serviço, sendo expectável o seu decréscimo ao longo do período da licença.
10. Esta evolução implicará, tendencialmente, o apuramento de margens negativas nos primeiros anos do serviço e, em contrapartida, de margens positivas nos últimos anos.
11. Tendo presente que as amortizações do exercício (anuais) são um movimento meramente contabilístico, que pretende representar a desvalorização possível a que o imobilizado está sujeito, fruto do desgaste, obsolescência ou diminuição da sua vida útil, a análise da rentabilidade e da sustentabilidade económico-financeira da plataforma TDT, e conseqüentemente a avaliação dos seus custos, não deve/pode ser realizada como base numa análise dos resultados anuais do SCA da MEO, os quais retratam apenas uma fotografia anual dos custos, não dando qualquer visibilidade dos custos globais associado à prestação do serviço durante o período da licença.
12. A obtenção desta visão global dos custos do serviço TDT e da sua aderência aos respetivos proveitos apenas pode ser conseguida através de uma análise do *business case* global do serviço, nomeadamente através do cálculo do seu NPV (*Net Present Value*).

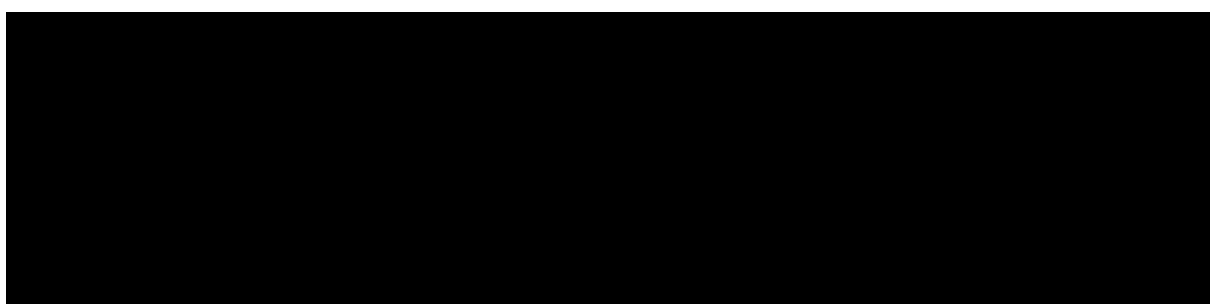
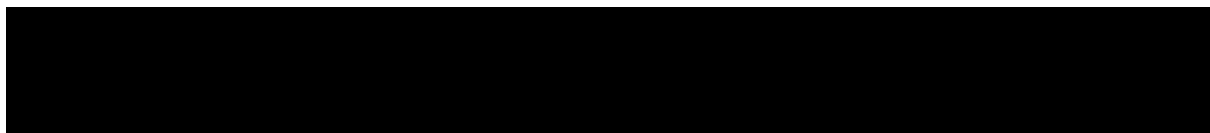
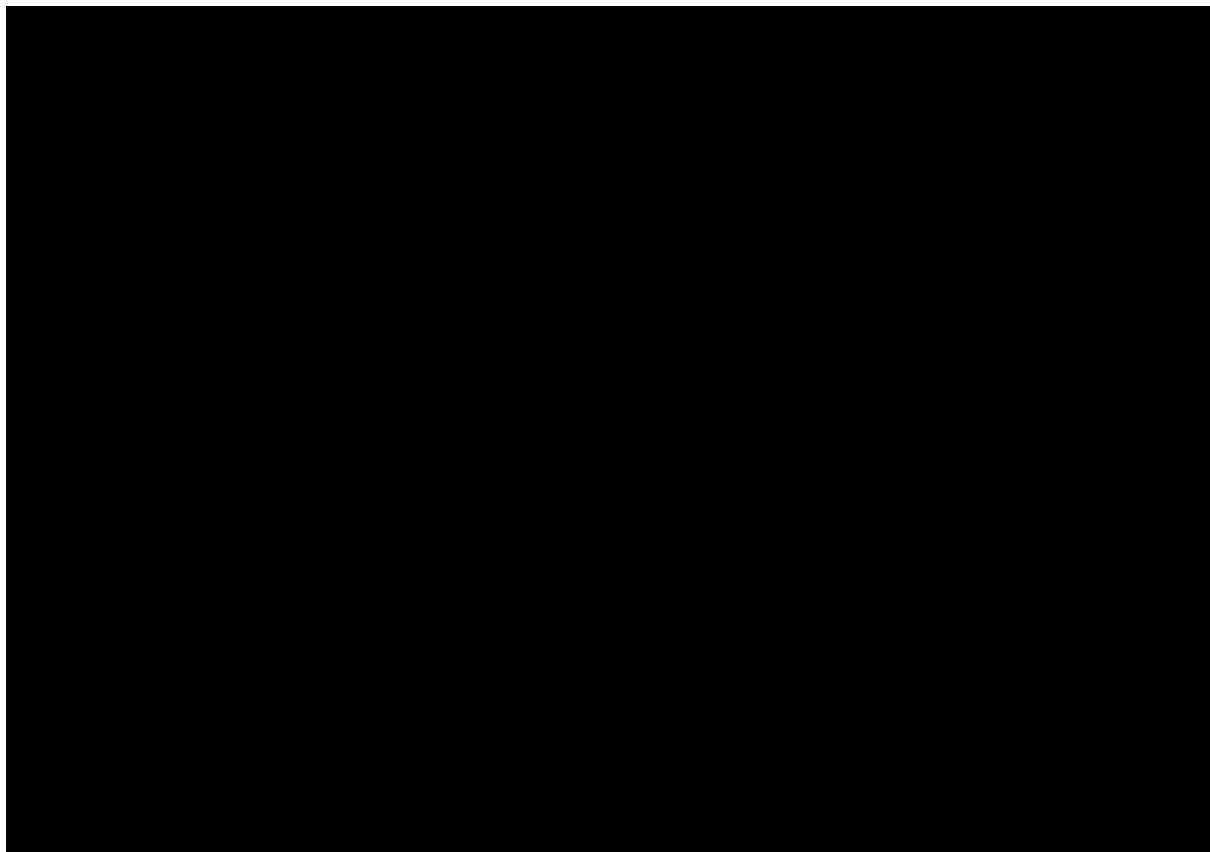
Pronúncia da MEO relativamente aos projetos de decisão da ANACOM sobre a investigação aprofundada aos custos e proveitos do serviço de TDT e ao mercado grossista de teledifusão para a entrega de conteúdos a utilizadores finais

13. Tendo em consideração o exposto, não pode a ANACOM retirar conclusões sobre a evolução dos custos do serviço TDT, nem tão pouco concluir sobre a aderência dos preços do serviço aos custos, com base nos resultados do SCA da MEO ano a ano.
14. Para realizá-lo, e à semelhança do efetuado numa análise de NPV, a ANACOM terá de ter em conta não só as margens obtidas pelo serviço num determinado ano, como as margens apuradas para os anos anteriores e subsequentes ou seja, durante o período da licença.
15. Este facto é particularmente importante para a garantia da sustentabilidade económico-financeira da plataforma TDT, nomeadamente tendo em consideração os elevados prejuízos que a MEO tem vindo a registar no serviço TDT, durante os primeiros anos da sua prestação.
16. Adicionalmente, é de salientar que a determinação dos preços do serviço TDT com base unicamente nos resultados do SCA da MEO pode colocar em causa a previsibilidade regulatória, uma vez que investimentos adicionais efetuados durante o período da licença podem originar oscilações dos custos e conseqüentemente dos preços, que em nada contribuirão para a estabilidade do mercado.
17. Ora, **i)** considerando apenas os investimentos realizados no âmbito da TDT até 2014 (inclusive) e assumindo que não existirão investimentos adicionais de 2015 em diante (o que configuraria um cenário otimista, e não realista, atendendo a que e.g. manter-se-ão os investimentos com participações DTH e com *backoffice* de atendimento, entre outras componentes), **ii)** considerando o valor das amortizações do exercício afetas à TDT até 2014 e extrapolando o respetivo valor até ao final da licença, no pressuposto de que não existirão investimentos adicionais, e **iii)** considerando os custos operacionais afetos à TDT até 2014 e assumindo a sua estabilidade de 2014 até 2023³², os valores a considerar no *business plan* da TDT, para cada um dos anos, são os seguintes (valores em milhares de euros):

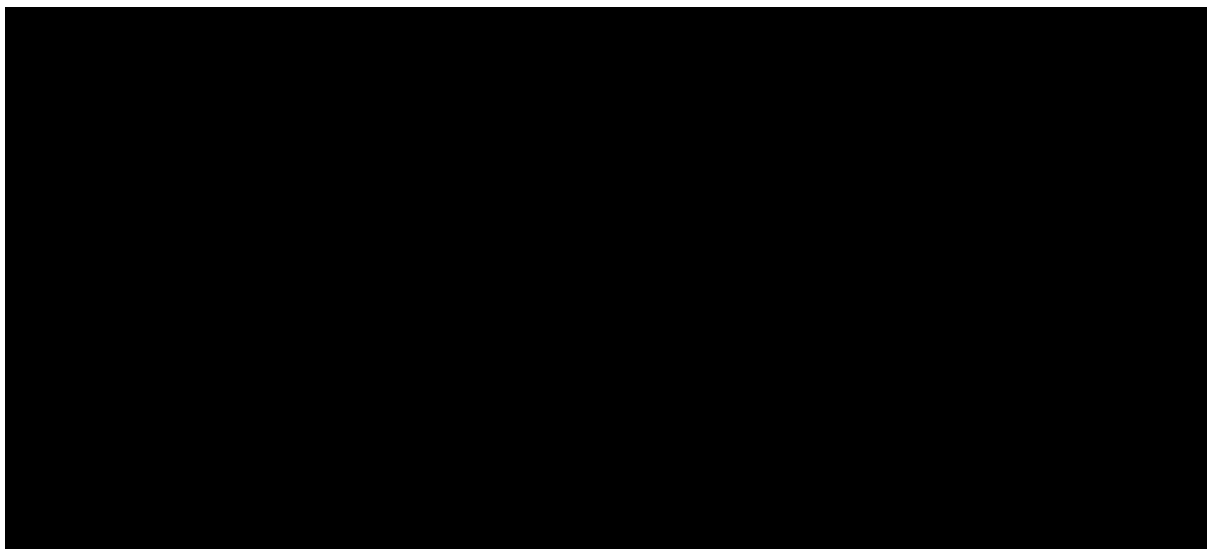
³² Note-se que os custos operacionais (OPEX) apresentados no *business plan* correspondem aos custos de exploração da TDT apurados pelo SCA da MEO. A tabela seguinte apresenta uma estimativa da evolução do custo anual da TDT até 2023, adicionando ao OPEX as amortizações, o custo de capital e as provisões:

Pronúncia da MEO relativamente aos projetos de decisão da ANACOM sobre a investigação aprofundada aos custos e proveitos do serviço de TDT e ao mercado grossista de teledifusão para a entrega de conteúdos a utilizadores finais

[IIC]



[FIC]



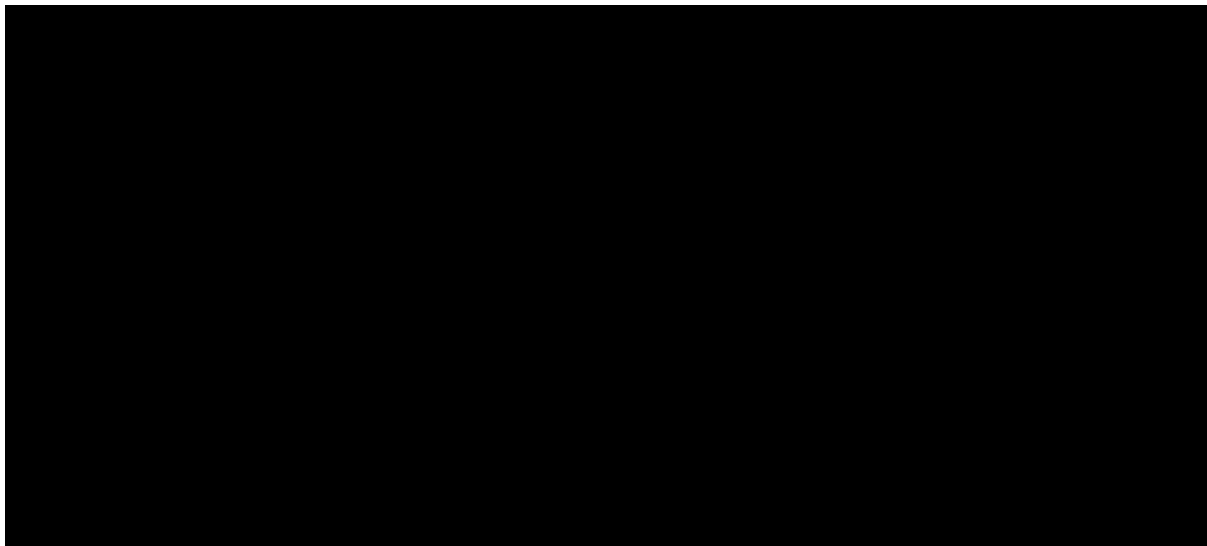
[FIC]

18. Mediante esta visão global dos custos da TDT (com valores reais até 2014 e estimados entre 2015 e 2023), podemos agora, incorporar os respetivos proveitos por forma a ter o *business plan* global do serviço, calcular o respetivo NPV e aferir da adequabilidade dos preços praticados e da rentabilidade do projeto como um todo, no período da licença.


19. Caso se mantenham até 2023 apenas os proveitos com a RTP (com a RTP₁, RTP₂, RTP-A e RTP-M), a SIC e a TVI, e sem alterações, e caso se mantenha, igualmente, a contratação do serviço por parte da AR TV até 2023 pelo mesmo valor que suporta atualmente, o NPV global do projeto (considerando um custo médio ponderado do capital de 10%) é [IIC] [REDACTED] [REDACTED] [FIC], conforme detalhe apresentado na tabela seguinte, considerando-se nos anos 2010 e 2011 os proveitos acordados com os operadores de TV para o período do *simulcast*:

Pronúncia da MEO relativamente aos projetos de decisão da ANACOM sobre a investigação aprofundada aos custos e proveitos do serviço de TDT e ao mercado grossista de teledifusão para a entrega de conteúdos a utilizadores finais

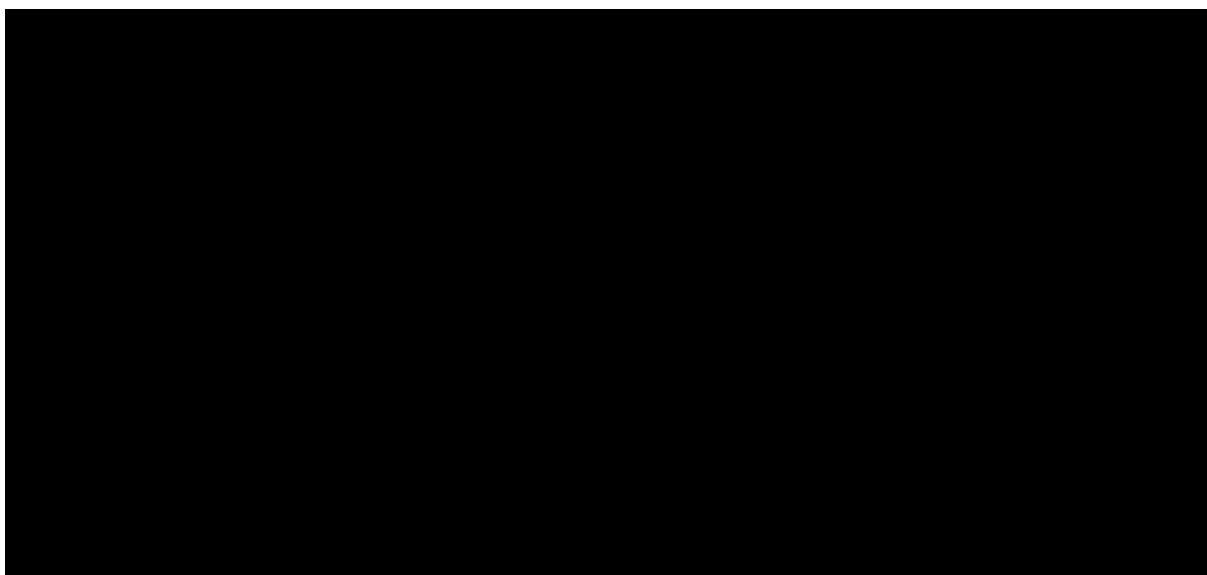
[IIC]



[FIC]

20. Acresce que, ainda que porventura se assumisse a entrada ao serviço do 5.º canal em 2017, pelo mesmo valor suportado pelos demais canais nacionais, o NPV global do projeto [IIC]  [FIC], conforme abaixo ilustrado:

[IIC]

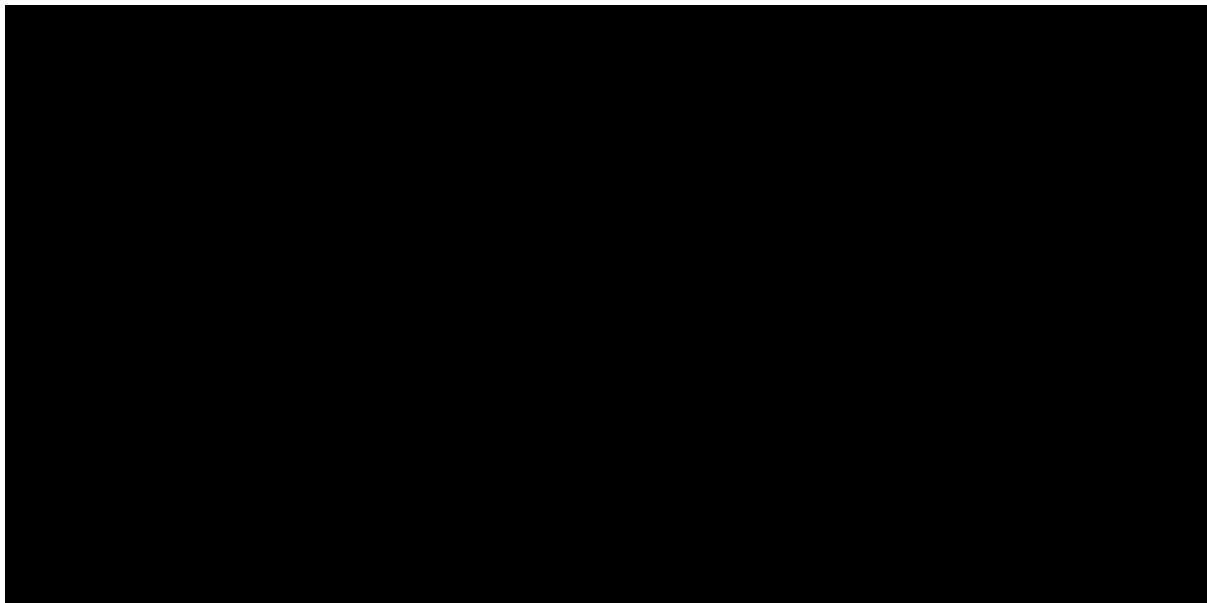


[FIC]

Pronúncia da MEO relativamente aos projetos de decisão da ANACOM sobre a investigação aprofundada aos custos e proveitos do serviço de TDT e ao mercado grossista de teledifusão para a entrega de conteúdos a utilizadores finais

21. Ainda que se assumisse o licenciamento e entrada ao serviço de dois canais adicionais em 2017, o NPV global do projeto [IIC] [REDACTED] [FIC], conforme resultados seguintes:

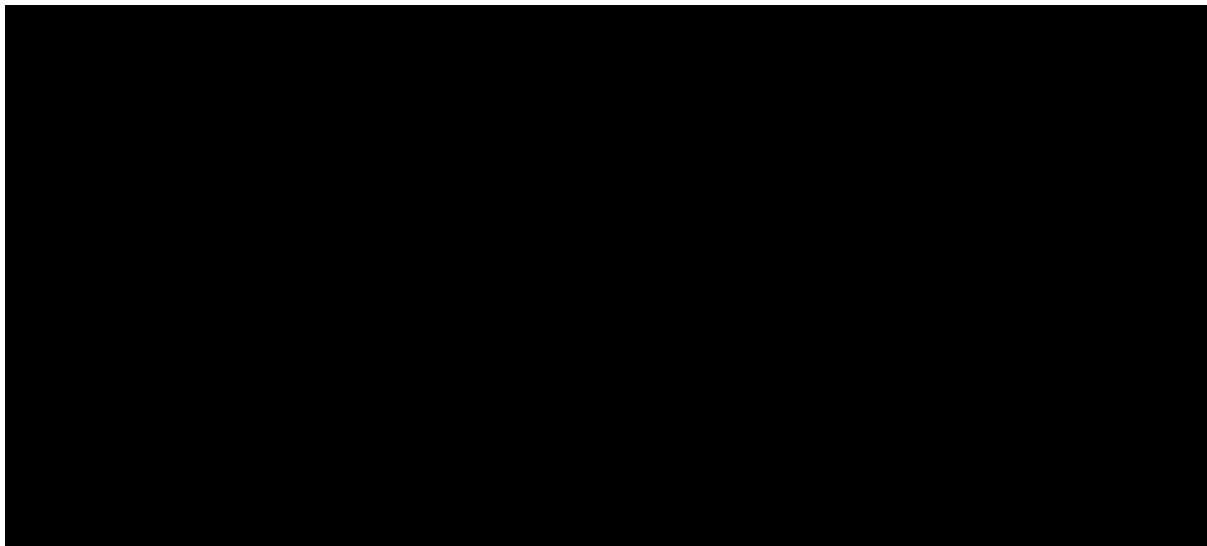
[IIC]



[FIC]

22. Daqui se depreende que, tanto o facto de a MEO não ter auferido desde 2011, conforme era expetável, qualquer proveito relativo a um 5.º canal, como o facto de os operadores de TV terem prescindido do canal HD partilhado, não estando a suportar qualquer valor relativo ao mesmo, têm tido um efeito adverso significativo na rentabilidade do serviço. De facto, caso se tivessem concretizado os proveitos da proposta variante da MEO (com a entrada ao serviço do 5.º canal em 2011 e sem Canal Parlamento), o NPV global do projeto ascenderia a [IIC] [REDACTED] [FIC], sendo que, caso se incluísse igualmente o Canal Parlamento (pelo valor anual de [IIC] [REDACTED] [FIC] entre 2013 e 2023, inclusive), o NPV atingiria [IIC] [REDACTED] [FIC]:

[IIC]



[FIC]

23. Acresce que ainda poderíamos ir mais longe, e considerar os proveitos decorrentes dos preços da proposta base (MUX A *stand alone*) da MEO, na medida em que esta Empresa realizou todo o investimento com vista à implementação da TDT no MUX A *stand alone*, sendo que os preços da proposta variante pressupõem que grande parte dos investimentos e dos custos operacionais seriam recuperados por via dos proveitos gerados com os serviços de *pay TV* (MUX B a F).
24. Conforme se conclui da análise apresentada em termos de *business plan* (onde se assumiu que não existirão investimentos adicionais de 2015 em diante e se consideraram custos operacionais anuais, entre 2015 e 2023, constantes e iguais aos verificados em 2014), nem sequer com dois canais adicionais será possível obter um NPV global positivo para o projeto, mas tão-somente minimizar o impacto negativo das várias circunstâncias que alteraram profundamente os pressupostos subjacentes às propostas (base e variante) apresentadas.
25. Fica, assim, demonstrado que não há qualquer espaço para a redução dos preços praticados. E que, mesmo a aplicação do princípio da orientação dos preços para os custos – que não se concede que tenha enquadramento no contexto da prestação do serviço TDT –, se abordado de forma adequada, não permitiria qualquer redução do preço.

1.3. A ocupação da capacidade existente no MUX A

26. Nas pp. 7 a 13, a ANACOM apresenta a sua abordagem relativamente à ocupação da capacidade existente nos emissores do MUX A.
27. A este respeito, importa referir que o quadro 1 apresentado pela ANACOM não se encontra totalmente correto, pelo facto de a ANACOM ter-se baseado não apenas na informação remetida pela MEO em 29/04/2014, mas também na informação constante da proposta variante da MEO. Por outro lado, vem a MEO apresentar nos parágrafos seguintes duas correções à informação sobre a ocupação dos emissores do MUX A que enviou naquela data³³, de forma a traduzir o mais fielmente possível a respetiva ocupação atual, e que se prendem com a ocupação do áudio no caso da RTP e com a ocupação das tabelas PSI/SI (*Program Specific Information/Service Information*).
28. No caso da RTP₁, RTP₂, RTP-A e RTP-M, em vez de 0,096 Mbps para áudio e 0,096 Mbps para áudio descrição, o que consta efetivamente no contrato celebrado com a RTP e implementado é 0,128 Mbps para áudio e 0,064 Mbps para áudio descrição, sendo que o total se mantém.
29. O EPG corresponde de per si a uma tabela PSI/SI, sendo que, quando os contratos com os operadores de TV referem uma capacidade 0,4 Mbps afeta ao EPG, a partilhar entre os operadores de TV (leia-se aqui, partilhar entre a RTP₁, RTP₂, SIC e TVI), a mesma inclui, na verdade, as demais tabelas PSI/SI, as quais são obrigatórias e estão associadas à sinalização dos canais. As tabelas PSI/SI e respetiva capacidade que ocupam são, então, as seguintes:
- (i) Tabela EPG, atualmente com um débito de 0,05 Mbps por canal (o Canal Parlamento não tem EPG), sendo que este valor pode variar em função da informação que os canais pretendam colocar;
 - (ii) Tabela PMT com um débito de 0,025 Mbps por canal, incluindo o canal HD e o Canal Parlamento;
 - (iii) Tabelas cujo débito está reservado no MUX para a globalidade dos canais, independentemente do número de canais existentes: ocupam 0,039 Mbps (tabela PAT com 25

³³ Nessa carta, a MEO referiu que a ocupação por parte dos operadores de TV ascendia a 2,392 Mbps no caso da RTP₁, RTP₂, RTP-A, RTP-M, SIC, TVI e 5º Canal e a 1,896 Mbps no caso do Canal Parlamento, ascendendo a capacidade restante (onde se inclui o HD e a banda de guarda) a 6,054 Mbps no Continente e a 5,872 Mbps nas Regiões Autónomas.

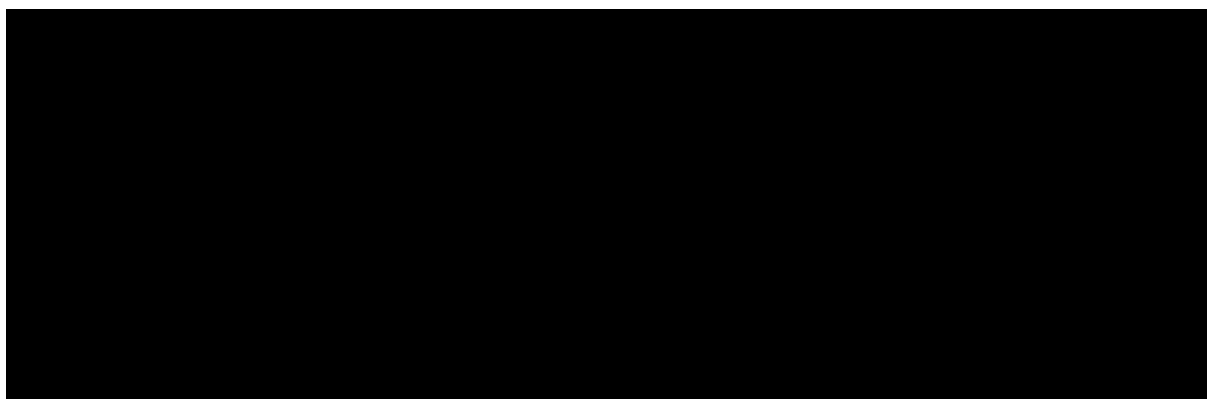
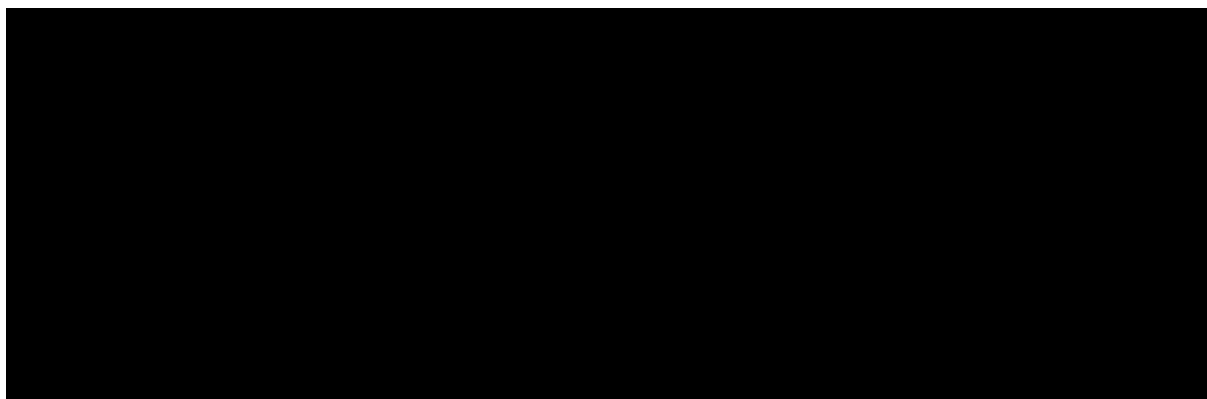
Pronúncia da MEO relativamente aos projetos de decisão da ANACOM sobre a investigação aprofundada aos custos e proveitos do serviço de TDT e ao mercado grossista de teledifusão para a entrega de conteúdos a utilizadores finais

kbps, tabela TDT/DOT com 5 kbps, tabela MIT com 5 kbps, tabela NIT com 2 kbps e tabela SVT com 2 kbps), e abrangem igualmente o canal HD e o Canal Parlamento.

30. Acresce que, relativamente à capacidade do canal HD, a mesma continua reservada, estando a ser transmitido um canal HD a preto.
31. Por outro lado, muito embora a MEO tenha apresentado na sua proposta (aquando da candidatura, capítulo II do plano técnico) uma capacidade de 2 Mbps para serviços interativos, referiu igualmente que essa capacidade dependia dos operadores de TV, que só teria efeito caso fosse efetivada pelos mesmos, e que toda a capacidade remanescente seria distribuída pelos serviços ativos em cada momento; ora, aquando da celebração dos contratos, os operadores de TV prescindiram dos serviços interativos, sendo certo que ainda existe alguma capacidade no MUX A caso algum dos operadores pretenda disponibilizar serviços interativos.
32. Adicionalmente, importa referir que a banda de guarda não tem um valor fixo, ainda que a MEO tenha considerado na sua proposta (aquando da candidatura, capítulo II do plano técnico) e de forma conservadora, uma banda de guarda correspondente a 3% do total da capacidade (ou seja, uma banda de guarda de 0,510 Mbps no Continente e de 0,620 Mbps nas Regiões Autónomas), mas pode ser inferior. Acresce que, faz sentido que o respetivo custo seja partilhado por todos os canais que ocupam o MUX A (incluindo o Canal Parlamento), na medida em que se deve a uma limitação técnica pelo facto de o MUX não permitir a utilização integral da largura de banda prevista na norma.
33. Face ao exposto, em vez de a ocupação do MUX A corresponder à constante nas tabelas seguintes (formato distinto do apresentado pela ANACOM, mas com valores equivalentes aos considerados pelo Regulador no seu quadro 1):

Pronúncia da MEO relativamente aos projetos de decisão da ANACOM sobre a investigação aprofundada aos custos e proveitos do serviço de TDT e ao mercado grossista de teledifusão para a entrega de conteúdos a utilizadores finais

[IIC]

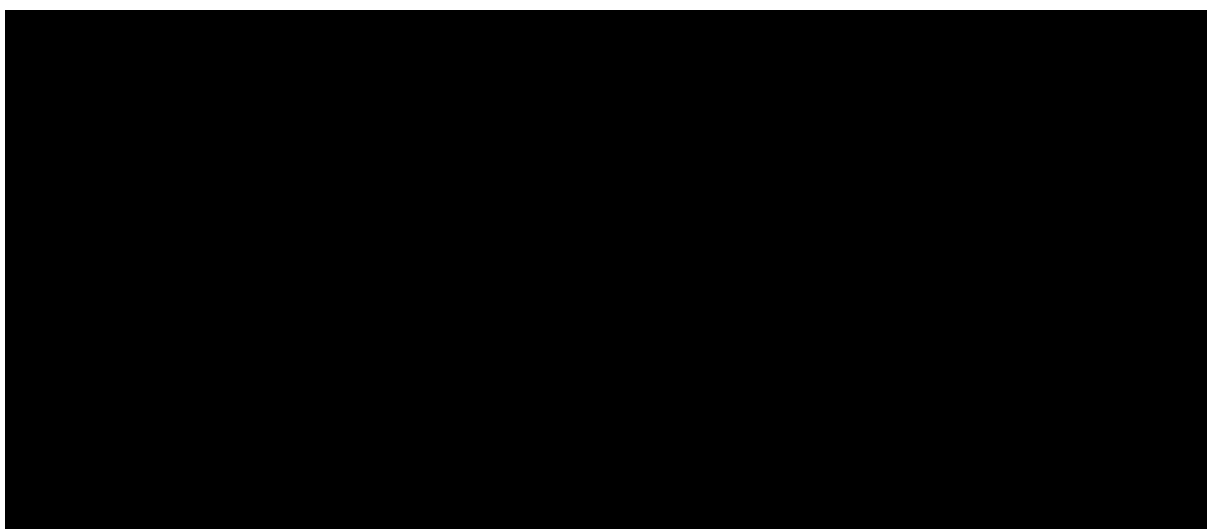
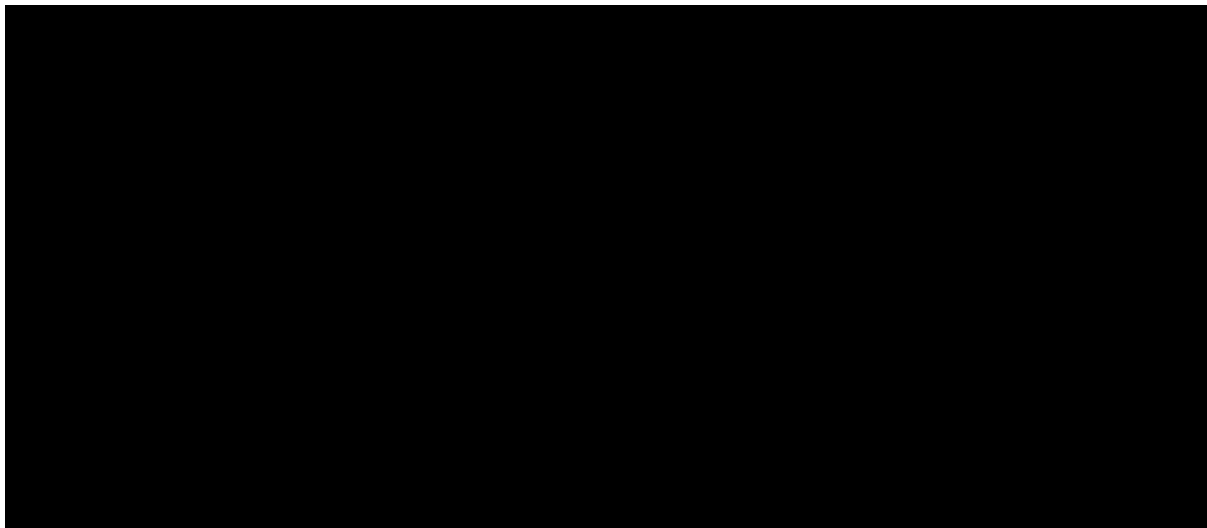


[FIC]

34. Deverá ser considerada a seguinte ocupação do MUX A:

Pronúncia da MEO relativamente aos projetos de decisão da ANACOM sobre a investigação aprofundada aos custos e proveitos do serviço de TDT e ao mercado grossista de teledifusão para a entrega de conteúdos a utilizadores finais

[IIC]



[FIC]

1.4. A imputação dos custos referentes à capacidade não ocupada

35. No que se refere à imputação dos custos da capacidade reservada mas não utilizada no MUX A, a MEO gostaria de começar por referir que a abordagem adotada pela ANACOM é verdadeiramente surpreendente. Com efeito, lendo e relendo a “explicação” dada no SPD Preços da TDT, permanecem insondáveis os fundamentos de se alocar $\frac{2}{3}$ dos custos ao lado da oferta e $\frac{1}{3}$ ao lado da procura. Admitindo, naturalmente, não se ter tratado de uma alocação arbitrária, a MEO interroga-se sobre porque é que uma chave de alocação $\frac{2}{3} - \frac{1}{3}$ é mais “justa e razoável” do que $\frac{3}{4} - \frac{1}{4}$, $\frac{3}{5} - \frac{2}{5}$ ou outra.

36. A MEO surpreende-se também com os “fundamentos” invocados para o critério de alocação dos custos. Alega efetivamente a ANACOM, em defesa desta curiosa chave de alocação de custos que (i) a MEO “deveria ter tido em conta” o risco de o 5º canal não vir a existir (!) e que (ii) “numa ótica de eficiência na utilização do espectro”, a MEO “deverá procurar maximizar a utilização do espectro disponível no MUX A”.
37. No que se refere à (no entender da MEO insustentável) tese da imputação do “risco 5º canal” à MEO enquanto risco próprio do negócio, remete-se, para evitar repetições fastidiosas, para o que a respeito deste tema é afirmado no ponto 1 do Capítulo III do corpo desta pronúncia. Reitere-se apenas que, como aí é explicado, estamos perante um pressuposto da atividade e não perante um risco próprio do negócio. A inexistência do 5º canal fica manifestamente fora da álea própria do projeto tal como o mesmo foi configurado pela ANACOM quando lançou o concurso e pela MEO quando a ele concorreu.
38. Em relação ao argumento de que a MEO “deverá procurar maximizar a utilização do espectro disponível no MUX A”, esta empresa nem sabe bem o que dizer, num contexto em que, (i) volvidos mais de 7 anos continua forçada a reservar capacidade não utilizada para um 5º canal que não sabe se algum dia irá existir e em que, (ii) não foi libertada da obrigação de reservar capacidade para o canal HD partilhado. A MEO permite-se assim não comentar esta alegação da ANACOM, acreditando que, neste caso, a realidade é suficientemente eloquente para dispensar comentários adicionais.
39. No documento da consulta pública sobre o Futuro da TDT a ANACOM, depois de explicar a importância, para a formação do preço do serviço de TDT, da questão do risco associado à não ocupação da capacidade total prevista aquando da elaboração da proposta, o Regulador indica que se verificam 3 opções no contexto do eventual surgimento de um MUX B: (i) risco nulo para o concorrente, (ii) risco total para o concorrente e (iii) risco partilhado.
40. Era assim que, no documento da consulta pública sobre o Futuro da TDT, o Regulador definiu a situação de “risco total para o concorrente”: “cada operador incorre num preço correspondente apenas à capacidade que efetivamente ocupa, sendo que se houver capacidade não ocupada, os custos decorrentes dessa situação são imputados ao concorrente”.

Pronúncia da MEO relativamente aos projetos de decisão da ANACOM sobre a investigação aprofundada aos custos e proveitos do serviço de TDT e ao mercado grossista de teledifusão para a entrega de conteúdos a utilizadores finais

41. Ora, não devendo sê-lo, é justamente isso que se passa atualmente, uma vez que é a MEO que, de forma injusta, inesperada e prolongada no tempo, tem suportado sempre a integridade dos custos associados à capacidade não ocupada (mas reservada), apesar de não estar nas suas mãos adotar qualquer medida que promova uma maior ocupação do espectro não utilizado. Ou seja, verifica-se uma situação de capacidade excedentária forçada e não remunerada.
42. Os operadores de televisão não estão a suportar quaisquer custos associados à capacidade não utilizada, embora sejam os principais beneficiários dessa não ocupação.
43. Dito isto, a MEO considera que, no contexto atual, para efeito da verificação da orientação dos atuais preços para os custos, deve alocar-se aos utilizadores da plataforma a integridade dos custos relativos à capacidade disponível no MUX A, nos moldes que expõe nos pontos seguintes.

1.5. Modelo alternativo de imputação da capacidade disponível no MUX A

44. Conforme já referido, o preço praticado por canal não pode ser avaliado apenas com base no custo constante do SCA, porque o preço foi definido como constante ao longo do período da licença, e o custo do SCA, que traduz o custo reconhecido pela Empresa em cada ano (e que inclui amortizações e custo de capital) vai decrescendo por via das amortizações – devido à dimensão do investimento inicial exigido à MEO e à longa duração da licença -, donde seria expectável uma margem negativa nos primeiros anos, e depois positiva até ao final. Daqui resulta que, caso se ajustasse o preço ao custo assim que a margem passasse a positiva, nunca seriam recuperadas as margens negativas dos primeiros anos de exploração do serviço de TDT.
45. Sem prejuízo do referido, tendo em conta que os custos apurados através do SCA refletem, a totalidade dos custos, considerando quer a capacidade em utilização, quer a que se encontra livre/disponível (recorde-se que e.g. os investimentos em emissores, respetivas amortizações e custo de capital, tiveram em conta a capacidade de 19,91 Mbps no Continente e de 22,12 Mbps nas Regiões Autónomas, ainda que uma parte dessa capacidade se encontre disponível) um exercício semelhante ao efetuado pela ANACOM, corrigido em

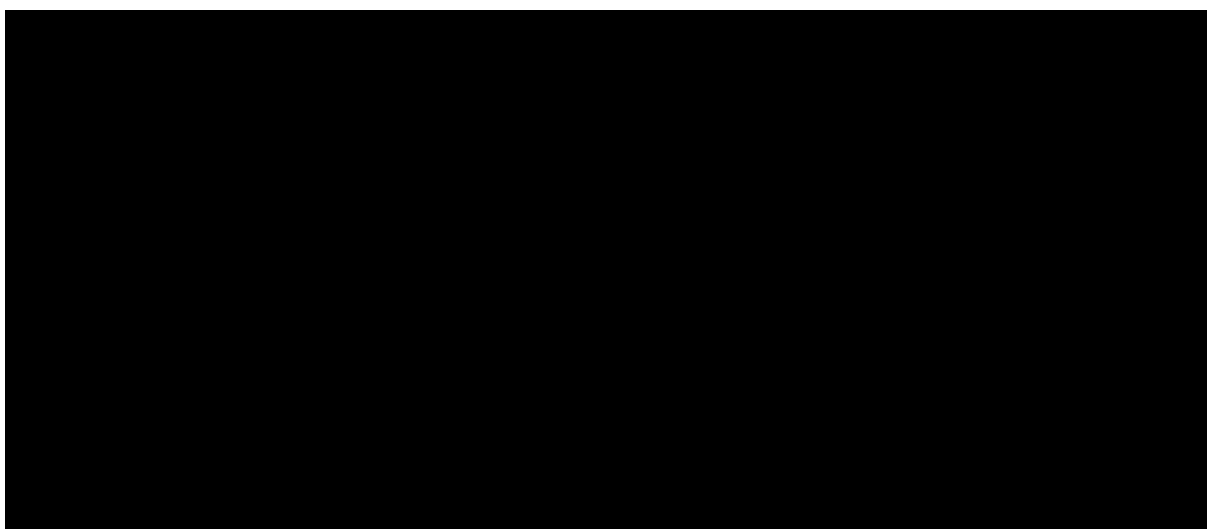
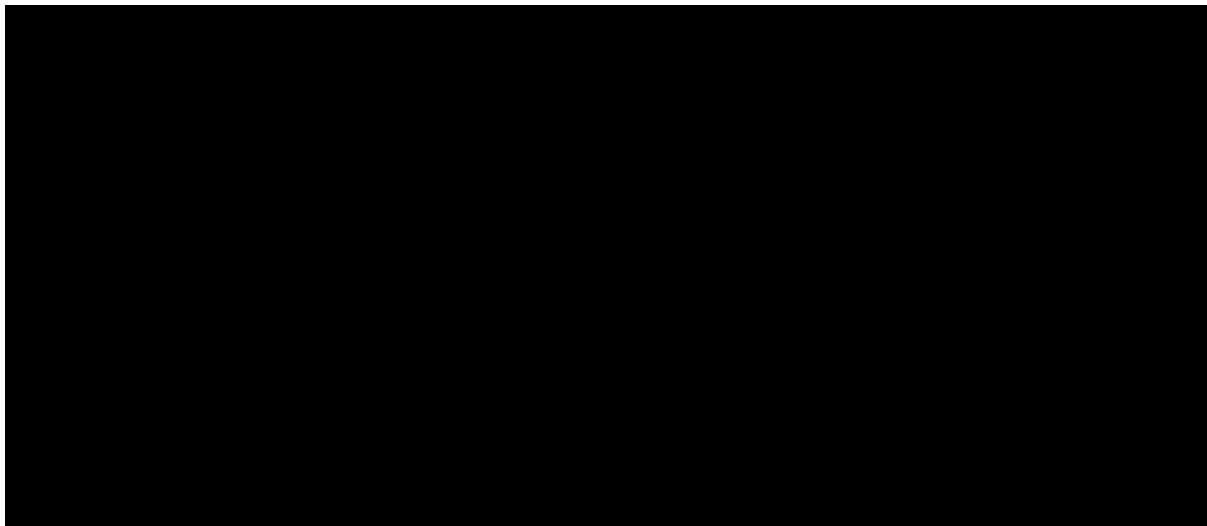
Pronúncia da MEO relativamente aos projetos de decisão da ANACOM sobre a investigação aprofundada aos custos e proveitos do serviço de TDT e ao mercado grossista de teledifusão para a entrega de conteúdos a utilizadores finais

termos da capacidade afeta e da imputação dos custos da capacidade disponível, permite facilmente demonstrar que os preços aplicáveis pela MEO aos operadores de TV são significativamente inferiores aos custos da plataforma TDT.

46. Tal deve-se, em particular, ao facto de a MEO não ter, até à data, refletido nos preços que aplica aos clientes atuais os custos relativos à capacidade afeta ao 5º canal e ao canal HD, sendo certo que, ainda que fosse expeável ter nos primeiros anos da prestação do serviço um proveito total inferior ao respetivo custo total, a margem negativa tem sido ainda mais pronunciada precisamente pelo facto de a MEO ter “absorvido” os custos relativos à capacidade não utilizada, mas disponível.

47. Considerando a ocupação do MUX A acima apresentada, designadamente:

[IIC]

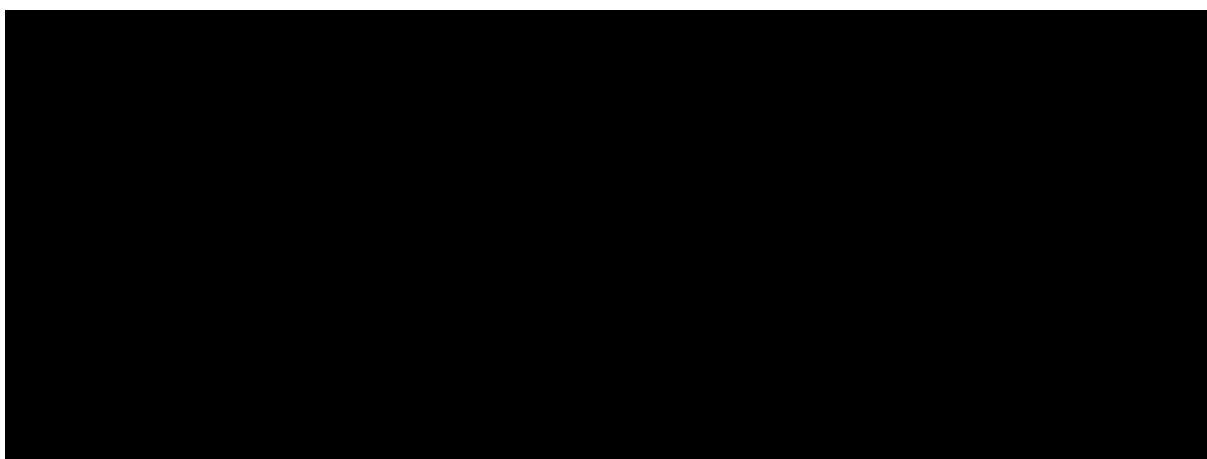
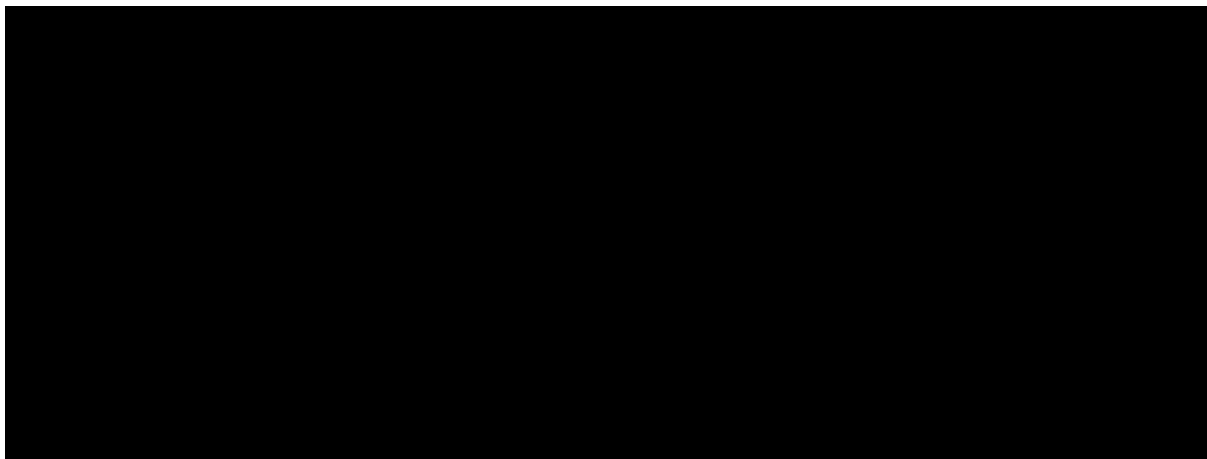


[FIC]

48. O exercício que, no entender da MEO, se poderia efetuar, consiste em distribuir, numa primeira instância, a capacidade reservada para o canal HD (com exceção dos 0,006 Mbps no Continente e dos 0,005 Mbps nas Regiões Autónomas da quota-parte dos 0,039 Mbps das tabelas PSI) pelos canais que iriam usufruir da mesma (i.e. para os canais para os quais tal capacidade foi prevista aquando do dimensionamento do MUX), a saber, a RTP₁, RTP₂, SIC, TVI e 5º Canal (novamente, a MEO só instalou emissores com cerca de 5,5 Mbps de capacidade adicional para o canal HD pelo facto de a tal ter sido obrigada nos termos da RCM 12/2008, das peças do concurso e, posteriormente, do DUF atribuído), conforme tabelas seguintes:

Pronúncia da MEO relativamente aos projetos de decisão da ANACOM sobre a investigação aprofundada aos custos e proveitos do serviço de TDT e ao mercado grossista de teledifusão para a entrega de conteúdos a utilizadores finais

[IIC]

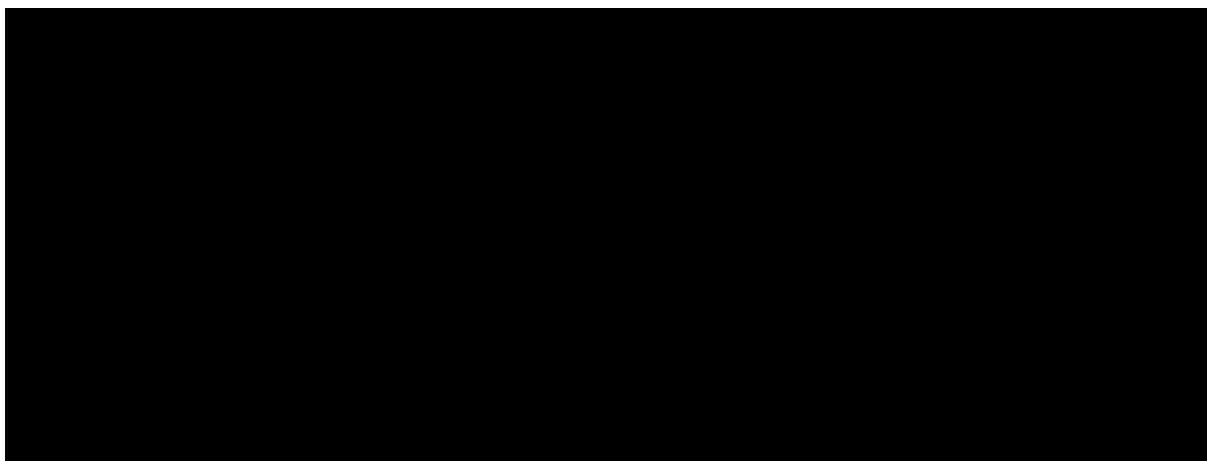
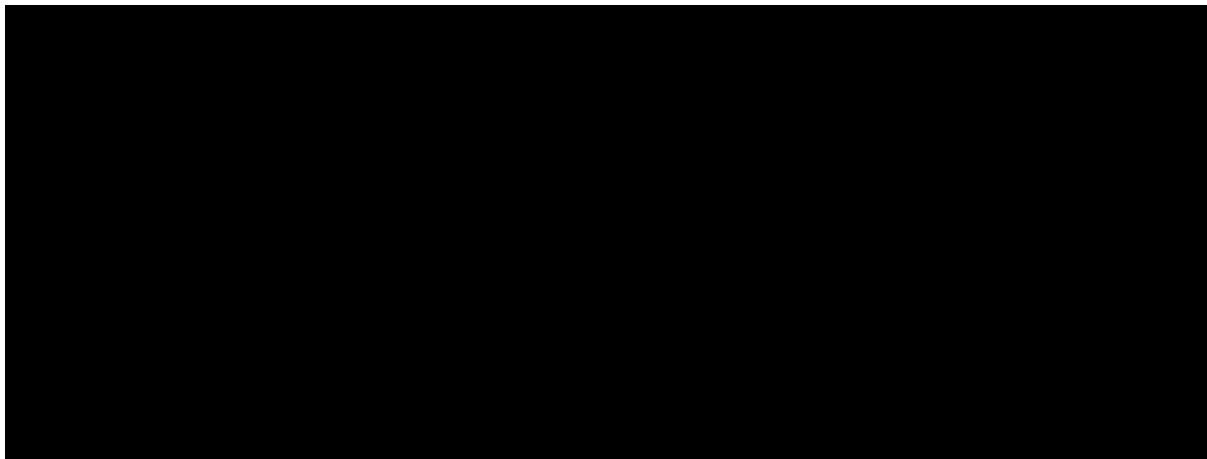


[FIC]

49. Seguidamente, a capacidade restante (onde se inclui a banda de guarda) deverá ser distribuída por todos os canais que teoricamente ocupariam o MUX A (incluindo o 5.º canal e o Canal Parlamento), com base na ocupação afeta a cada um mediante as tabelas apresentadas no ponto anterior e em conformidade com a metodologia de um modelo de custeio FDC, obtendo-se as ocupações das tabelas seguintes, onde a MEO passaria a deter 0,066 Mbps/0,044 Mbps de capacidade adicional no Continente/Regiões Autónomas para utilização para outros fins:

Pronúncia da MEO relativamente aos projetos de decisão da ANACOM sobre a investigação aprofundada aos custos e proveitos do serviço de TDT e ao mercado grossista de teledifusão para a entrega de conteúdos a utilizadores finais

[IIC]



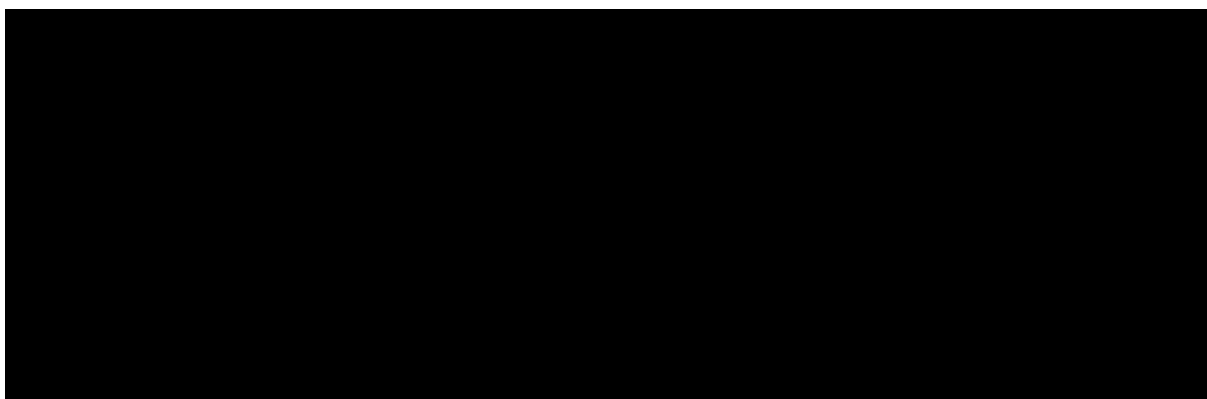
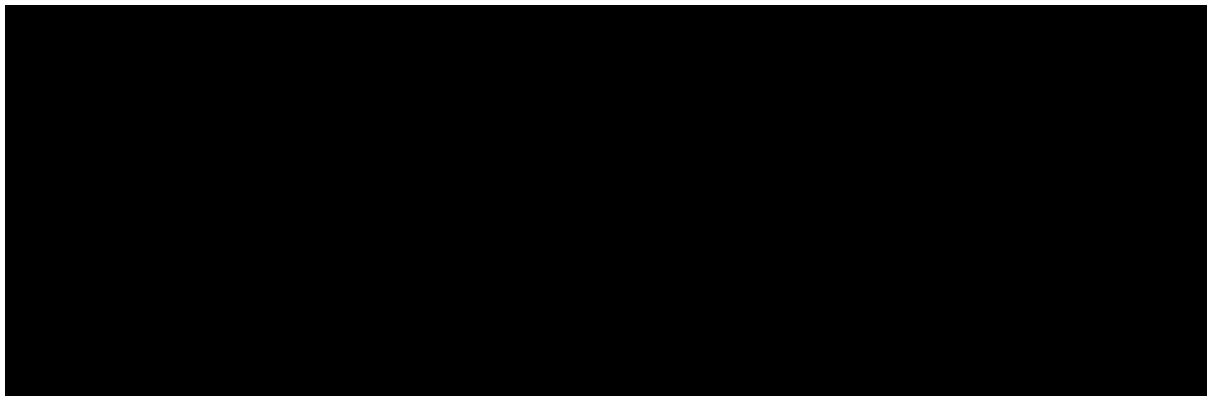
[FIC]

50. Por último, a distribuição da capacidade reservada para o 5.º canal (com exceção dos 0,007 Mbps no Continente e dos 0,006 Mbps nas Regiões Autónomas da quota-parte dos 0,039 Mbps das tabelas PSI) pelos canais que efetivamente ocupam o MUX A e pela própria MEO (onde se inclui o Canal Parlamento e a capacidade adicional de 0,066 Mbps/0,044 Mbps no Continente/Regiões Autónomas passível de utilização para outros fins)³⁴, conduz-nos à seguinte imputação final, no entender da MEO, mais correta, da capacidade disponível no MUX A:

³⁴ Ainda que seja discutível se a capacidade do 5.º canal não deveria ser distribuída exclusivamente pelos canais que beneficiam da sua não existência, ou seja, a RTP, a SIC e a TVI.

Pronúncia da MEO relativamente aos projetos de decisão da ANACOM sobre a investigação aprofundada aos custos e proveitos do serviço de TDT e ao mercado grossista de teledifusão para a entrega de conteúdos a utilizadores finais

[IIC]



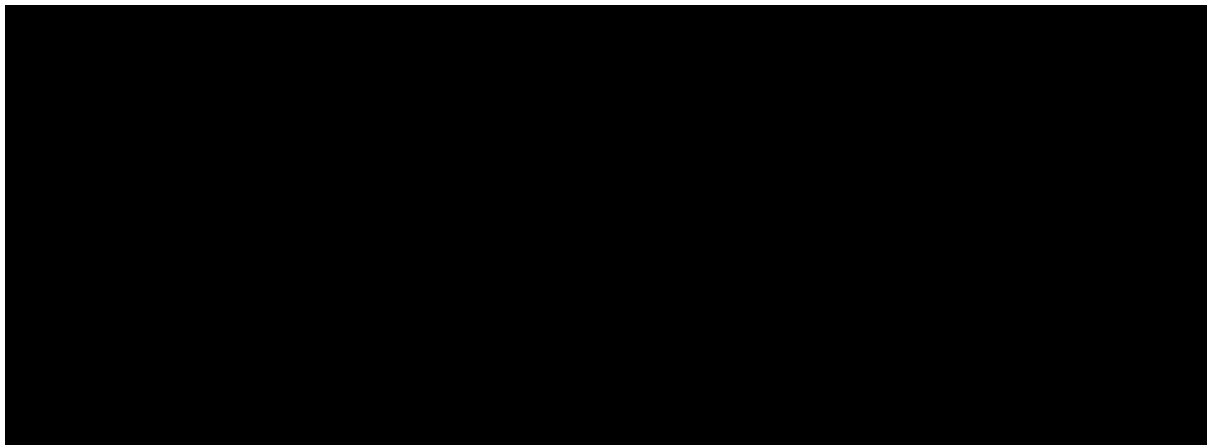
[FIC]

1.6. Estimativa de custos por operador/canal de TV

51. Partindo do raciocínio da ANACOM e, bem assim, do custo anual apurado em 2013 através do SCA para o serviço de TDT [IIC] [REDACTED] [FIC], e considerando o número efetivo de emissores instalados em 2013 [IIC] [REDACTED] [FIC] e não, conforme considerou a ANACOM, o número de emissores apresentados na proposta da MEO, obtém-se um custo anual para 2013 de [IIC] [REDACTED] [FIC] por canal de cobertura nacional, considerando a distribuição da capacidade do canal HD e da restante nos moldes supra apresentados:

Pronúncia da MEO relativamente aos projetos de decisão da ANACOM sobre a investigação aprofundada aos custos e proveitos do serviço de TDT e ao mercado grossista de teledifusão para a entrega de conteúdos a utilizadores finais

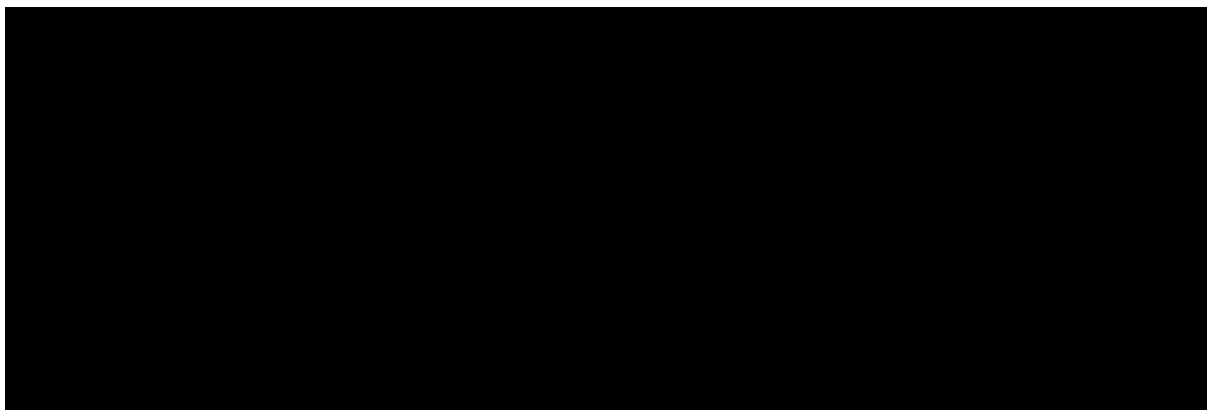
[IIC]



[FIC]

52. Considerando, adicionalmente, a distribuição da capacidade reservada para o 5.º canal pelos canais que efetivamente ocupam o MUX A e pela própria MEO, nos termos referidos pela MEO nos pontos anteriores, obtém-se um custo anual para 2013 de [IIC] [REDACTED] [FIC] por canal de cobertura nacional:

[IIC]



[FIC]

53. Ora, qualquer um dos valores obtidos para 2013 é significativamente superior ao preço que a MEO pratica a cada canal de cobertura nacional [IIC] [REDACTED] [FIC], o que se deve, em particular e conforme já explicado, ao facto de a MEO não ter, até à presente data, refletido nos preços que aplica aos clientes atuais os custos relativos à capacidade afeta ao 5º canal e ao canal HD.

54. Não obstante, e também conforme já referido, ainda que o custo apurado por canal para 2013 resultasse inferior ao preço praticado, tal não seria fundamento para a redução do preço, atendendo a que, por um lado ficariam por recuperar as margens negativas dos primeiros anos de exploração do serviço de TDT (razão pela qual a orientação do preço para os custos não pode ser avaliada com base na simples comparação entre o preço e o custo apurado em cada ano pelo SCA) e, por outro, a que a MEO tem direito a obter a rentabilidade estimada no âmbito do plano de negócio que serviu de base à sua candidatura, a qual não lhe pode ser “extorquida” por decisão administrativa.
55. Importa, por isso, relembrar a ANACOM da rentabilidade esperada pela MEO aquando da apresentação das suas propostas, designadamente, um NPV de [IIC] [REDACTED] [REDACTED] [FIC] e de [IIC] [REDACTED] [REDACTED] [FIC] na proposta base, para o período de 15 anos da licença. Os pressupostos subjacentes ao concurso eram simples: investir o necessário e suficiente para o transporte e emissão de 5 canais em SD no Continente, de 6 canais em SD nas Regiões Autónomas e de um canal em HD.
56. Chegados a este ponto (quase quatro anos após o switch-off), para a MEO o que importa é serem criadas as condições para que a rentabilidade do serviço prestado se aproxime dos valores apresentados aquando da candidatura.

2. COMENTÁRIOS AO SPD MERCADO TDT

57. A MEO já apresentou, no corpo desta pronúncia, a sua posição relativamente aos pontos que considera essenciais do SPD Mercado TDT. Neste capítulo apresentar-se-ão alguns comentários adicionais, de carácter mais específico, ao exercício seguido pela ANACOM, sem desconsiderar as objeções de fundo a este projeto de decisão já manifestadas.

2.1. Mercado (retalhista) de televisão por subscrição

58. Da sua análise, a ANACOM conclui (cf. 26) que o mercado de televisão por subscrição é um mercado que se mantém concorrencial. A MEO acompanha este entendimento e considera que os dados disponíveis mostram, efetivamente, uma dinâmica concorrencial significativa.

59. Questiona-se, contudo, a preocupação manifestada nos parágrafos 2.21. e 2.22 a propósito do crescimento da quota de mercado da MEO. Num mercado onde a NOS continua a ser, no entendimento da ANACOM, o operador com a quota de mercado mais elevada (cf. p. 19), não deixa de ser estranha a preocupação do Regulador com o operador (a MEO) que tem assumido o papel de *challenger* neste mercado. Além disto, sendo um mercado concorrencial, é natural e esperada uma variação de quotas de mercado (neste sentido, note-se a dinâmica de evolução das quotas da Cabovisão e da Vodafone), sem que daí se possa extrapolar qualquer conclusão em termos de PMS.

2.2. A definição do MR TDT

60. Em primeiro lugar, quanto à definição do mercado grossista na vertente do produto, não podemos deixar de comentar a abordagem seguida pela ANACOM que é, no mínimo, surpreendente. A ANACOM debruça-se sobre a substituíbilidade – em rigor sobre a substituição - entre a teledifusão analógica terrestre e a teledifusão digital terrestre, ou seja sobre uma substituíbilidade no tempo, em que um serviço sucede ao outro.

61. Com o devido respeito, esta abordagem não faz sentido já que, na análise da substituíbilidade do lado da oferta para efeito da delimitação das fronteiras do mercado relevante, a questão central é se fornecedores de serviços relacionados teriam a capacidade para passar a fornecer o serviço em análise, sem custos adicionais significativos e num curto período de tempo, face a um SSNIP. Ora, a ANACOM nem sequer cuidou de identificar potenciais fornecedores alternativos, nem de avaliar a sua aptidão para prestar o serviço de transporte dos canais FTA, o que torna inválido o exercício de definição do mercado.

62. Quanto ao teste dos três critérios, sabe-se que os Reguladores podem em casos muito excecionais definir outros mercados para além dos indicados nas Recomendações da CE, mas neste caso surge um especial dever de fundamentação. Basta ler as pp. 30 a 32 do SPD Mercado TDT para perceber que esse dever não foi cumprido e que a ANACOM se furtou a verdadeiramente abordar o tema com um mínimo de profundidade. Com efeito, a ANACOM dedica apenas oito parágrafos no total do SPD para justificar o preenchimento do teste dos três critérios. Ainda que quantidade não seja sinónimo de qualidade, a verdade é que analisando o conteúdo daqueles parágrafos, não fica minimamente evidenciado que os três

critérios estejam verificados, o que é especialmente grave tendo em atenção que, sem essa verificação, o mercado em causa não pode ser considerado suscetível de regulação.

63. Relativamente ao primeiro critério (obstáculos fortes e não transitórios à entrada e no que se refere à alegação da ANACOM sobre a alegada escassez do espectro disponível, a MEO gostaria de referir que, embora o espectro disponível seja efetivamente limitado não é, em nosso entender, correto afirmar-se que no curto/médio prazo ele é escasso. De facto, só na faixa UHF (bandas IV e V) o número de canais radioelétricos reservados para TDT permite a instalação de, pelo menos, mais uma rede de radiodifusão televisiva a que estaria associado um chamado MUX B, conforme referido pela ANACOM na sua consulta de 2014 sobre o futuro da TDT.
64. O espectro só poderá ser considerado escasso se a oferta (quantidade de espectro) disponível for insuficiente para satisfazer a procura. Dito de outra forma, o espectro só poderá ser um obstáculo à entrada no mercado se a procura não puder ser satisfeita, o que está longe de se encontrar demonstrado. Certo é que há espectro disponível que não está a ser utilizado.
65. A situação descrita – existência de espectro disponível para a instalação de pelo menos mais um MUX – vai manter-se muito para além de 2020, altura em que se prevê que a faixa dos 700 MHz (694-790 MHz) tenha que ser abandonada pela TDT para ser consignada a operações móveis de banda larga. Neste contexto, dificilmente se poderá dizer que há uma escassez não transitória.
66. Acresce que estas barreiras não são inultrapassáveis. Como se sabe, a própria Consulta Futuro TDT veio equacionar a possibilidade de lançar um novo concurso, para um novo MUX (MUX B), daqui resultando, portanto, e ao contrário do que a ANACOM referiu, que tais obstáculos não são persistentes no curto e seguramente a médio prazo. Sendo o processo de definição de mercado uma análise prospetiva, considera-se que a ANACOM deveria ter refletido neste SPD os resultados apresentados na Consulta Futuro TDT, sendo que, de resto, foi precisamente isso que a ANACOM assumiu que iria fazer na Decisão RTP-2.

67. Aliás, na verdade, não podemos perder de vista o facto de as próprias barreiras atuais em matéria de acesso ao espectro serem de natureza legal, criadas através de um regime monopolístico de licença, da responsabilidade da ANACOM (e validado pelo Governo). Caberia então ao Regulador, aquando dessa opção, ter ponderado a (in)compatibilidade desse regime com a possibilidade de desenvolvimento da concorrência no mercado no futuro próximo.
68. Quanto à questão dos custos afundados, é de notar que a sua existência é uma característica transversal a quase todos os mercados de comunicações eletrónicas, alguns já libertos de regulação, pelo que por si só não justifica a imposição de regulação. E mesmo quanto ao mercado TDT, não ficou demonstrado no SPD que Portugal apresente especificidades nesse domínio, sendo que em vários países europeus o serviço é assegurado por vários operadores.
69. Relativamente ao segundo dos três critérios (mercado cuja estrutura não tenda para uma concorrência efetiva no horizonte temporal pertinente), dir-se-ia que a ANACOM evitou pura e simplesmente abordá-lo, limitando-se a repetir algumas afirmações redundantes e sem substância analítica.
70. Na avaliação sobre se a estrutura do mercado evidencia tendência para concorrência efetiva, mesmo com verificação de barreiras à entrada, importa analisar os constrangimentos competitivos oriundos de fora do mercado, i.e., de empresas que no presente e numa perspetiva estática, não são concorrentes no mercado em causa. Assume particular relevo a presença de plataformas alternativas capazes de oferecer serviços substitutos ao nível retalhista, por tal poder resultar em alterações das dinâmicas competitivas na cadeia de oferta.
71. Nesse sentido, a Comissão Europeia quando eliminou o mercado 18 da lista de mercados relevantes, em 2007, invocou, na respetiva nota explicativa, o aumento da concorrência entre plataformas, que já então se verificava, nomeadamente a existência de 3-4 plataformas concorrentes em muitos países (terrestre, satélite, cabo e telecom). Baseou-se nomeadamente no dinamismo das plataformas para concorrerem entre si e atraírem utilizadores para fundamentar o facto de a dinâmica do mercado levar à não satisfação do segundo critério.

72. Também a AdC, na sua pronúncia sobre a Consulta Futuro da TDT refere que “ entende-se, à partida, que também outras plataformas podem ter condições para se substituir à plataforma TDT na transmissão dos conteúdos aí disponibilizados”.
73. Na verdade, os canais transmitidos na plataforma TDT também são difundidos através de plataformas alternativas, sendo que em Portugal o número de subscritores das plataformas de TV paga é muito significativo, com uma penetração de 84,4% nas famílias clássicas (face a uma penetração da TDT de 23,4%, em 2013, cf informação constante no SDP MR18), razão pela qual não se pode ignorar a pressão concorrencial exercida por estas.
74. Acresce que, como refere a CE, há outras formas de salvaguardar potenciais problemas de poder de mercado. Para além da lei da concorrência, a possibilidade de imposição de obrigações de *must carry* sobre as plataformas alternativas (de TV paga) quando uma rede constitui o meio principal de receção de programas de TV e rádio, por imperativos de interesse público, endereça eventuais problemas de acesso às plataformas de transmissão dos canais especificados, o que reforça o constrangimento sobre a plataforma TDT.
75. A AdC, na mesma pronúncia mostra estar ciente desta prerrogativa ao referir a necessidade de a difusão dos programas televisivos de acesso não condicionado livre ser assegurada nas várias redes e plataformas com as mesmas características, de forma gratuita para o utilizador e garantindo-se a universalidade do serviço.
76. Assim, a MEO não entende como pode a ANACOM concluir pela verificação do segundo critério à margem desta análise que, se tivesse sido levada a cabo, não consentiria a mesma conclusão.
77. Por último e no que respeita ao terceiro critério (impossibilidade de a aplicação do direito da concorrência colmatar, por si só, as deficiências detetadas no mercado) a ANACOM não vem apresentar qualquer justificação específica sobre a matéria.
78. Aliás, seria precisamente a propósito deste critério que a ANACOM deveria ponderar a importância / suficiência do direito da concorrência num mercado cujas condições de con-

corrência foram definidas *ab initio*, e onde a estrutura de mercado ficou fixada de forma administrativa, limitando assim potenciais dinâmicas competitivas.

79. Sabendo-se que os três critérios são cumulativos, basta o não preenchimento de um deles para que o mercado em causa não seja suscetível de regulamentação *ex ante*, o que se verifica no presente caso, na medida em que pelo menos o primeiro e o segundo critérios não são preenchidos, para além do facto de que, ainda que o fossem, não poderiam relevar (ou ter a mesma relevância) num mercado com as características da TDT.
80. Conclui-se assim que o MR TDT não preenche o teste dos três critérios, não podendo por isso, também por este motivo, ser suscetível de regulamentação *ex ante*.

2.3. A análise de poder de mercado

81. Este capítulo do SPD é um dos exemplos máximos de que o exercício da ANACOM desconsidera por completo a realidade do serviço TDT e surge viciado pelos termos em que o concurso TDT foi lançado, por decisão administrativa.
82. Tal como a CE sugere, as autoridades reguladoras devem efetuar uma análise exaustiva e global das características económicas do mercado antes de chegar a uma conclusão quanto à existência de PMS. Tal como destacado pela Comissão, este "(...) *não é um processo mecânico nem abstrato, exigindo uma análise de todos os dados disponíveis*". O objetivo é determinar se uma empresa tem efetivamente o poder de se comportar, em larga medida, com independência face aos seus parceiros comerciais.
83. Esta noção de independência está relacionada com o grau de pressão competitiva a que a empresa em causa está sujeita. A posição dominante pressupõe que esta pressão não seja suficientemente eficaz e que, como tal, a empresa goze de um poder de mercado considerável e duradouro. Consequentemente, as decisões da empresa são em grande medida insensíveis às ações e reações dos concorrentes, dos clientes e mesmo dos consumidores.
84. Neste contexto, é evidente que a MEO não se encontra, de modo algum a agir de forma independente. Como é sabido, o preço praticado aos operadores resultou de um concurso público, aberto e concorrencial que limitou a possibilidade de a MEO vir a definir um preço

fora das condições inicialmente definidas (e que possibilitou a qualquer outro interessado oferecer preços “mais competitivos” do que os da MEO). Portanto, como dizer que a MEO é detentora de PMS quando a MEO pauta o seu comportamento pelos termos e condições do concurso TDT, não podendo ir além do que ficou definido na sua proposta? O comportamento da MEO é, pois, limitado pelas regras e condições do concurso e da sua proposta, sendo que a proposta da MEO foi apresentada num procedimento concorrencial em si mesmo.

85. Acresce que não é correto dizer que não existe contrapoder negocial dos operadores de televisão. Tal poder existiu num momento inicial de celebração dos Memorandos de Entendimento e, sobretudo, no momento de negociação dos contratos finais. Prova disso é que, nestes contratos, o preço final se reduziu em virtude da não utilização da capacidade HD por parte dos canais de televisão.
86. Importa ainda referir que a MEO e os operadores de TV se encontram também no mercado de canais para distribuição televisiva paga, no qual aqueles operadores, na qualidade de fornecedores da MEO, têm a faculdade de exercer contrapoder.
87. Por outro lado, é incoerente dizer que não há contrapoder negocial quando a MEO está obrigada a reservar capacidade de transmissão para os canais dos operadores RTP, SIC e TVI e estes têm o direito (mas não o dever) de ser transportados na plataforma.
88. Por fim, talvez a maior prova de que não existe PMS é precisamente o facto de a MEO estar a arcar com os todos os custos de não utilização da capacidade disponível no MUX A, sem repassar esse custo para os operadores de televisão. Este facto (não contestado pela ANACOM) não é conciliável com a conclusão de que a MEO dispõe de PMS e, como tal, pode comportar-se de forma independente dos seus parceiros, aumentando o preço.
89. Todos estes aspetos foram desconsiderados pela ANACOM, que apenas veio dar destaque à quota de mercado da MEO, num raciocínio viciado à partida, porque o cenário do concurso TDT foi o de criação de um monopólio transitório, conduzindo a que a quota de mercado seja esta, não podendo manifestamente ser outra.

Pronúncia da MEO relativamente aos projetos de decisão da ANACOM sobre a investigação aprofundada aos custos e proveitos do serviço de TDT e ao mercado grossista de teledifusão para a entrega de conteúdos a utilizadores finais

90. Assim, e em conclusão, a determinação de PMS baseada nos critérios mencionados não é adequada e desconsidera toda a realidade do concurso TDT e a posição da MEO à luz deste concurso. Nesta perspetiva, a MEO não detém qualquer poder de mercado significativo e tem a sua liberdade, nomeadamente ao nível da determinação dos preços, fortemente limitada pelos termos do concurso, pelos termos da Licença TDT e pelo contrapoder negocial dos operadores de televisão.

2.4. As obrigações regulamentares específicas

91. No que concerne as obrigações regulamentares a impor, remete-se para o que ficou referido no corpo desta pronúncia.

92. Gostaríamos, ainda assim, de assinalar uma leitura, a nosso ver incorreta, da ANACOM relativamente à obrigação de acesso e utilização de recursos de rede específicos, prevista no artº 72º da LCE. Quando essa disposição refere, entre os critérios de avaliação da proporcionalidade da imposição daquela obrigação, “a viabilidade técnica e económica da utilização ou instalação de recursos concorrentes” não se trata da viabilidade do recurso candidato a regulação, como a ANACOM indica, mas antes da de eventuais recursos alternativos.

93. Para além de não terem efeito útil e não visarem endereçar um problema específico, considera-se que as obrigações em causa não preenchem os exigentes critérios do artigo 55.º da LCE. Pelas várias razões identificadas ao longo desta pronúncia, no mínimo, a obrigação de controlo de preços não pode em caso algum ser imposta, atendendo ao disposto no artigo 19.º, n.º 4, do Regulamento MUX A e na Licença TDT.