

RELATÓRIO DE AUDIÊNCIA PRÉVIA E DA CONSULTA PÚBLICA

relativo ao Sentido Provável de Decisão de 16 de outubro de 2015

**RESULTADOS DAS AUDITORIAS AOS CUSTOS LÍQUIDOS DO SERVIÇO
UNIVERSAL DA MEO - SERVIÇOS DE COMUNICAÇÕES E MULTIMÉDIA, S.A
RELATIVOS AO EXERCÍCIO DE 2013**

ÍNDICE

1. INTRODUÇÃO	3
2. APRECIÇÃO NA GENERALIDADE	4
2.1. Comentários gerais	4
2.2. Informação disponibilizada e utilização de abordagens alternativas e de estimativas	13
3. APRECIÇÃO NA ESPECIALIDADE.....	17
3.1. Aspetos genéricos relativos à implementação da metodologia	17
3.2. Evolução do CLSU e comparação com os CLSU pós-concurso	21
4. CONCLUSÕES	24

1. INTRODUÇÃO

A ANACOM – Autoridade Nacional de Comunicações (ANACOM) aprovou, por deliberação de 16.10.2015, o sentido provável de decisão (SPD) sobre os resultados das auditorias aos custos líquidos do serviço universal (CLSU) da MEO - Serviços de Comunicações e Multimédia, S. A. (MEO) relativos ao exercício de 2013.

A ANACOM, dando cumprimento ao disposto no artigo 8.º da LCE¹, deliberou que o SPD supra mencionado fosse submetido ao procedimento geral de consulta. Paralelamente, e em aplicação do previsto nos artigos 100.º e 101.º do Código do Procedimento Administrativo (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de novembro, e aplicável por força do artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro, que aprovou o novo Código do Procedimento Administrativo), o SPD foi submetido ao procedimento de audiência prévia. Para ambos foi fixado um período de vinte dias úteis para pronúncia dos interessados.

A ANACOM recebeu, dentro do prazo fixado para o efeito, respostas das seguintes entidades:

- MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia, S. A. (MEO);
- NOS, SPGS, S. A. em seu nome e em nome das suas participadas NOS Comunicações, S. A., NOS Açores Comunicações, S. A. e NOS Madeira Comunicações, S. A. (NOS);
- Vodafone Portugal – Comunicações Pessoais, S. A. (VODAFONE).

Nos termos da deliberação de 12.02.2004 sobre os “Procedimentos de Consulta do ICP-ANACOM” - alínea d) do n.º 3, a ANACOM disponibiliza no seu sítio da Internet todas as respostas recebidas, salvaguardando qualquer informação a que os respondentes atribuíram natureza confidencial e que a ANACOM reconheceu como tal. De acordo com a mesma alínea dos referidos procedimentos de consulta, o presente relatório contém uma referência a todas as respostas recebidas e uma apreciação global que reflete o entendimento desta Autoridade sobre as mesmas. Atendendo ao carácter sintético deste relatório, a sua análise não dispensa a consulta das respostas recebidas.

¹ Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro, na sua atual redação.

O presente relatório constitui parte integrante da decisão sobre os resultados das auditorias aos CLSU da MEO relativos ao exercício de 2013.

2. APRECIÇÃO NA GENERALIDADE

2.1. Comentários gerais

a) Respostas recebidas

MEO

A MEO evidencia a conformidade do modelo por ela desenvolvido com os princípios e critérios da metodologia de cálculo dos CLSU definidos pela ANACOM, reconhecida tanto no SPD como no relatório da auditoria. Tal facto demonstra claramente, a seu ver, a solidez e integridade das abordagens por si implementadas que, menciona este operador, “ (..) se apresentam em muitos casos bastante conservadoras”.

A MEO confirma o entendimento expresso no SPD, e também no relatório de auditoria, relativamente às divergências apuradas ao nível das reconciliações dos volumes de tráfego e das receitas entre o modelo de cálculo dos CLSU e o sistema de contabilidade analítica (SCA) e menciona que tal ocorrência afeta unicamente a MEO, de forma negativa.

Por fim, a MEO reitera não concordar com um conjunto de decisões da ANACOM que, na sua opinião, conduzem à subestimação dos valores finais de CLSU e, por conseguinte, restringem indevidamente o seu direito à compensação pelos CLSU incorridos. Acresce que a sua posição é sobejamente conhecida pela ANACOM e remete para os comentários que efetuou ao SPD relativo aos resultados finais da auditoria aos CLSU ressubmetidos pela MEO referentes aos exercícios de 2007-2009.

NOS

A NOS entende que não estão reunidas as condições para a aprovação dos CLSU referentes a 2013 e tece uma série de considerações sobre os valores de CLSU apurados, comparando-os com os valores de CLSU fixados no âmbito dos procedimentos concursais e com os CLSU verificados noutros países (Irlanda, França, Espanha e Itália).

Releva também que a manter-se o SPD recorrerá novamente aos mecanismos administrativos e judiciais adequados com o intuito de impedir o pagamento de eventuais

contribuições para o financiamento de CLSU incorrido em período prévio à designação do PSU por procedimento concursal.

A NOS reitera assim os comentários que já havia apresentado em sede das decisões anteriores referentes ao enquadramento legal do procedimento. Assim, este operador menciona novamente que o SPD do ponto de vista jurídico está necessariamente ancorado na Lei n.º 35/2012, de 23 de agosto (em especial o disposto nos seus artigos 17.º a 22.º), isto porque, para este operador, o SPD tem como objetivo apurar o valor de CLSU para um período em que o prestador do serviço universal (PSU) não foi designado em procedimento concorrencial.

Desenvolve este seu entendimento ao referir, conforme também mencionou em ocasiões anteriores, que a LCE não prevê a possibilidade de os CLSU incorridos por um PSU designado fora de um processo concorrencial serem financiados pelos outros operadores no mercado e que os cálculos e auditorias previstos no artigo 96.º se referem unicamente aos CLSU incorridos por PSU designado por essa via. Adicionalmente, também menciona que a ANACOM está impedida de invocar os artigos 95.º e 96.º da LCE para aprovar os CLSU de 2013, uma vez mais porque, na opinião deste operador, os mesmos supõem que o PSU tenha sido designado mediante concurso público. Por fim, alega ainda, a NOS, que da atribuição prevista na alínea i) do n.º 1 do artigo 8.º dos Estatutos da ANACOM não decorre, por si só, poderes para aprovar os referidos CLSU.

Por conseguinte, este operador solicita clarificação do alcance do projeto de decisão constante do SPD à luz do artigo 17.º da Lei n.º 35/2012, de 23 agosto.

Por tudo isto, a NOS conclui que *“(...) a MEO não tem direito a receber qualquer compensação pelos CLSU incorridos no período pré-concurso, sendo que o Estado está impedido de a pagar e, que o pagamento desses eventuais CLSU não pode ser exigido, por qualquer via, aos demais operadores, designadamente às participadas da NOS”,* realçando, novamente, que a prestação do SU pela MEO assenta num ato jurídico de nulo efeito.

Nota, neste contexto, que os fundamentos desta sua posição se encontram nas pronúncias por si apresentadas no âmbito das consultas públicas sobre o financiamento do CLSU, nas peças processuais submetidas ao Tribunal Administrativo, onde correm as ações administrativas especiais de impugnação das decisões finais adotadas nos procedimentos

relativos aos anos de 2007-2009, de 2010-2011 e 2012, e nas impugnações judiciais das liquidações da contribuição extraordinária relativas a 2007-2009 que se encontram a decorrer no Tribunal Tributário de Lisboa.

Além disso, este operador também remete comentários relativos à informação disponibilizada e à utilização de estimativas e aproximações no cálculo dos CLSU, que são analisados mais à frente no capítulo 2.2.

VODAFONE

A VODAFONE refere que tem vindo continuamente a manifestar, no âmbito das consultas públicas sobre o apuramento dos CLSU de 2007 a 2012, a sua discordância relativamente ao apuramento e à imposição aos operadores de pagamento da compensação à atual MEO pela prestação do SU no período prévio à designação do PSU por via concursal. Reitera, a este propósito, que o Tribunal de Justiça da União Europeia reconheceu a necessidade de conformar o processo de designação formal e adequado do PSU com a legislação europeia.

Este operador acresce à sua pronúncia as suas reservas em relação à metodologia adotada e aprovada pela ANACOM para cálculo dos CLSU.

Tece ainda considerações sobre o facto do tempo entretanto decorrido - desde a transposição da Diretiva do SU para o enquadramento jurídico nacional, nomeadamente através da alteração introduzida na LCE pela Lei n.º 51/2011, de 13 setembro e desde que se iniciaram as consultas públicas sobre o financiamento do SU - não alterar os fundamentos das suas reservas e das suas críticas.

A VODAFONE entende que o SPD em apreço assenta nos mesmos factos e vicissitudes jurídicas que as anteriores decisões da ANACOM sobre os CLSU. Assim, refere que toda a fundamentação que já apresentou se mantém atual e pertinente, dando por reproduzidos todos os argumentos por si efetuados nas consultas públicas relativas às decisões que aprovaram os CLSU de anos anteriores.

De forma sucinta, a VODAFONE reitera as conclusões que já apresentou noutras ocasiões, designadamente entende que:

- O reconhecimento de qualquer encargo excessivo pela qual a MEO deva ser compensada é inadmissível, isto porque: (i) a designação daquele operador para a prestação do SU resultou de um procedimento que não foi eficaz, objetivo, transparente e não discriminatório e que foi contrário ao ordenamento jurídico europeu; (ii) a decisão de transferir os encargos para o sector das comunicações eletrónicas foi posterior a essa designação.
- A prestação do SU não foi assegurada com recurso à tecnologia mais eficiente, não teve em consideração as diferentes e novas necessidades da população e não foi assegurado que as obrigações do SU fossem de natureza e âmbito atual; tal é, segundo este operador, contrário ao disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 96.º da LCE;
- A metodologia foi aprovada de forma retroativa, isto é, em momento posterior à seleção do PSU e à definição das obrigações do SU, e tal determina a sua ilegalidade.

Perante estes factos, a VODAFONE conclui « (...) *pela impossibilidade de ser reconhecida validade a qualquer decisão que aprove os montantes finais da compensação, bem como a repartição e o pagamento pelo operadores do sector dos pretensos “CLSU” verificados em período anterior à designação do PSU [...]. Nestas circunstâncias, qualquer pagamento efetuado a este título não pode deixar de ser considerado ilegal por, entre outros vícios, violar o princípio da irretroatividade, bem como o da legalidade, e ainda por configurar um auxílio de Estado ilegal (...)*».

Neste contexto, acresce que impugnou judicialmente a decisão da ANACOM que aprovou a metodologia de cálculo dos CLSU, por conseguinte, considera que o presente procedimento terá de ser considerado nulo quando for declarada a invalidade de tal decisão.

Além disso, a VODAFONE considera que a ANACOM alterou a metodologia aprovada sem ter apresentado fundamentação para tal e sem submeter essas alterações a audiência prévia, concluindo que tal constitui um vício determinante da anulabilidade de tal decisão. Exemplifica este seu argumento com o caso específico do critério de seleção de serviços relevantes e com a adoção das receitas brutas em vez das receitas líquidas no cálculo da proporção das receitas dos clientes não rentáveis no total de receitas de chamadas *on-net* efetuadas nas áreas rentáveis.

Adicionalmente, a VODAFONE considera que o procedimento a que esteve sujeito o SPD reincide nas falhas/erros já apontados por esta empresa em anteriores consultas, nomeadamente no que respeita à ausência de informação que, a seu ver, é essencial e foi considerada confidencial.

Em suma, este operador reitera a sua discordância relativamente: i) ao apuramento dos CLSU em período anterior à designação do PSU por procedimentos concursual; ii) aos valores apurados para 2013, iii) ao modo de implementação da metodologia; iv) à informação divulgada; e v) à previsível imposição aos operadores de pagamento da compensação dos CLSU à MEO.

b) Entendimento da ANACOM

Como nota prévia importa salientar que a generalidade dos operadores reproduz, de modo conciso, as pronúncias que já apresentaram no âmbito de anteriores procedimentos de audiência prévia sobre a temática de apuramento dos valores de CLSU. Assim, cumpre assinalar, em primeiro lugar, que todos esses argumentos já foram amplamente apreciados pela ANACOM em procedimentos anteriores e, de um modo geral, não ocorreram situações que justifiquem a alteração do entendimento então expresso por esta Autoridade. Neste contexto, é de relevar, em particular, que as questões suscitadas pela MEO já foram analisadas em decisões anteriores, dando-se por reproduzido, nesta ocasião, o entendimento da ANACOM.

Em segundo lugar, nota-se que as questões invocadas relativamente à alegada ilegalidade da designação da PT Comunicações, S.A., atualmente MEO, assim como os comentários relativos à desadequação das obrigações do SU, extravasam a esfera do presente SPD, cujo âmbito de ação se circunscreve unicamente aos resultados da auditoria e à determinação dos valores finais de CLSU referentes a 2013.

Relativamente aos comentários da NOS sobre o enquadramento legal do procedimento em apreço, elucida-se que a presente deliberação contempla os resultados da auditoria ao valor de CLSU apurado para 2013, pelo que encerra, em si, o exercício das competências prevista nos artigos 95.º e 96.º da LCE, de acordo com as quais compete à ANACOM calcular os CLSU nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 95.º e de acordo com o regime previsto no artigo 96.º.

No seu termo, este procedimento conduzirá à adoção de uma decisão final de aprovação dos CLSU, decisão essa que constitui uma das condições previstas no n.º 1 do artigo 97.º da LCE para que o PSU solicite ao Governo a compensação dos CLSU. De facto, é essa a norma jurídica que prevê o acionamento do fundo de compensação instaurado pela Lei n.º 35/2012², de 23 de agosto, para compensação dos CLSU, o qual é acionado sempre que cumulativamente: a) se verifique a existência de CLSU que sejam considerados excessivos pela ANACOM e b) o PSU solicite ao Governo a compensação desses custos. O previsto no artigo 17.º da Lei n.º 35/2012, de 23 agosto, segue o que já se encontra estabelecido no n.º 1 do artigo 97.º da LCE. Acresce que, quando o n.º 2 do artigo 17.º da Lei n.º 35/2012 se refere à aprovação do montante dos custos líquidos pela ANACOM é claro quando menciona que essa aprovação deve ser efetuada nos «termos previstos na alínea a) do número anterior» que, por seu turno, remete para a «alínea a) do n.º 1 e no n.º 2 do artigo 95.º e nos artigos 96.º e 97.º» da LCE. Assim, considera-se que não restam dúvidas que a base legal para a aprovação pela ANACOM do valor dos CLSU suscetíveis de permitir o acionamento do fundo de compensação reside nos artigos 95.º, n.º 1, alínea a) e 96.º da LCE. Adicionalmente, relativamente ao que a NOS menciona sobre a LCE não prever a possibilidade de os CLSU incorridos por um PSU designado fora de um processo concorrencial serem financiados pelos outros operadores, refira-se que a LCE não estabelece a ligação entre a compensação dos CLSU e o processo de designação do PSU, assim como também não a proíbe.

Importa ainda referir que o direito do PSU à compensação não está intrinsecamente ligado à forma de designação do PSU, mas antes à existência de custos que sejam considerados excessivos pela ANACOM, e que o artigo 95.º prevê, desde logo, duas formas de apuramento e cálculo dos CLSU: a) através da aplicação de uma metodologia e b) por recurso aos CLSU identificados no âmbito de um mecanismo de designação. O previsto na alínea a) do n.º 1 do artigo 95.º da LCE deve ser interpretado em conjugação com o artigo 96.º também da LCE, em particular com o n.º 4 do artigo 96.º que prevê que “[o]s prestadores de serviço universal devem disponibilizar todas as contas e informações pertinentes para o cálculo referido no presente artigo, as quais são objecto de auditoria efectuada pela ARN ou por outra entidade independente das partes interessadas e posteriormente aprovadas pela ARN.” O presente procedimento visa precisamente analisar

² Alterada e republicada pela Lei n.º 149/2015, de 10 setembro.

os resultados dessa auditoria, assim, mais uma vez, não restam dúvidas, que a deliberação da ANACOM em apreço se enquadra nos artigos 95.º e 96.º da LCE.

Relativamente à afirmação de que o artigo 8.º dos Estatutos da ANACOM não confere, por si só, poderes para aprovar os CLSU, nota-se que tais poderes se encontram contemplados no n.º 4 do artigo 96.º da LCE, que confere à ANACOM poderes para aprovar as contas e informações pertinentes para o cálculo dos CLSU.

Sobre a reserva suscitada relativamente ao modo de prestação do SU são de referir, de forma sucinta, os diversos fatores que constituíram um forte incentivo à eficiência do operador e por conseguinte à eficácia da prestação do SU: a) a existência de um tarifário do SU aplicado a nível nacional que cumpria um *price cap* anual não superior a IPC -2.75 (onde IPC – índice preços ao consumidor); b) a imposição em diferentes mercados grossistas de uma obrigação de orientação de preços para custos; e c) pressão concorrencial existente no retalho.

No que respeita aos comentários apresentados pela VODAFONE sobre a alegada violação do princípio da irretroatividade e da legalidade, cumpre relevar que a possibilidade de as demais empresas serem chamadas a contribuir para o financiamento do SU era do conhecimento das empresas muito antes de ter sido adotada a deliberação de 09.06.2011, relativa ao conceito de encargo excessivo. Com efeito, o financiamento dos CLSU pelo sector encontra-se previsto na legislação sectorial aplicável desde 1999, não estando tal financiamento dependente do modo de escolha do PSU, mas sim, e exclusivamente, da capacidade do PSU para internalizar esses custos. A deliberação de 09.06.2011 visou precisamente analisar essa capacidade e decidir sobre o assunto.

Com a aprovação pela ANACOM das deliberações de 09.06.2011 – relativas ao conceito de encargo excessivo e à metodologia a aplicar no cálculo dos CLSU – foram criadas as condições para (i) identificar a data a partir da qual emerge para o PSU o direito a ser compensado pelos CLSU e (ii) calcular o valor dos CLSU nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 95.º. Seguidamente foi instituído o respetivo mecanismo de financiamento (Lei n.º 35/2012).

Em relação aos comentários sobre as ações a decorrer nos tribunais, nomeadamente sobre a alegada nulidade do presente procedimento na sequência dessas ações, remete-se para os comentários que esta Autoridade efetuou sobre essa temática na página

9 do relatório de audiência prévia e de consulta pública relativo ao SPD de 25.09.2014 sobre os resultados finais da auditoria aos CLSU ressubmetidos pela PTC relativos aos exercícios de 2010-2011, nomeadamente *«[n]o que respeita ao argumento apresentado pela VODAFONE quanto à compatibilidade da presente decisão com a eventual execução da decisão anulatória ou revogatória da decisão do ICP-ANACOM sobre a metodologia de cálculo dos CLSU, reitera-se o entendimento desta Autoridade, salienta-se que não foi decretada a suspensão da eficácia da Deliberação de 29.08.2011, nem esse ato administrativo foi anulado, pelo que, tal como referido no relatório de audiência prévia e de consulta pública relativo ao SPD de 21.03.2014: “(...) não existindo decisão judicial sobre a impugnação da deliberação de 29.08.2011, não há razão para não prosseguir com o procedimento conducente à tomada de decisão final sobre os CLSU nos termos da lei”»*.

Relativamente à alegação da VODAFONE de que não foram submetidas a audiência prévia as alterações à metodologia, importa referir, em primeiro lugar, que a metodologia de cálculo aprovada em 09.06.2011 previa desde logo o recurso a abordagens alternativas, nomeadamente para distribuição de custos evitáveis por cada MDF e por cliente. Em segundo lugar, todas as abordagens prosseguidas pela MEO foram analisadas pelos auditores nos respetivos relatórios e submetidas a audiência prévia dos interessados nos diversos SPD sobre esta temática. Deste modo, refutam-se as alegações da VODAFONE de não terem sido fundamentadas e carecerem de audiência prévia as abordagens seguidas pela MEO na implementação da metodologia. Adicionalmente, os exemplos citados por este operador – critério de seleção de serviços relevantes e a adoção das receitas brutas no cálculo da proporção das receitas dos clientes não rentáveis no total de receitas de chamadas *on-net* efetuadas nas áreas rentáveis – foram também apresentados noutras pronúncias do operador, tendo sido, por conseguinte, detalhadamente analisadas pela ANACOM no âmbito de anteriores procedimentos de consulta pública e audiência prévia, verificando-se que não foram apresentados novos argumentos que fundamentem uma alteração do entendimento da ANACOM a este respeito.

Assim, no que respeita ao critério de seleção de serviços relevantes, recorda-se que esta matéria foi tratada no SPD de 11.04.2013 sobre os resultados da auditoria aos CLSU da PTC relativos aos exercícios de 2007-2009, em cujo âmbito a VODAFONE teve oportunidade de se pronunciar em audiência prévia, como fez. Em síntese, a ANACOM referiu que a determinação dos serviços relevantes numa ótica de análise cumulativa das margens dos serviços prestados fora do SU, mas que se suportam em pares de cobre, se

encontrava devidamente fundamentada, tendo ainda sido previsto, para os anos posteriores a 2009, o dever de a então PTC apresentar a análise feita numa base anual e, quando necessária, uma justificação, que seria adequadamente ponderada, para a não consideração de serviços que, embora na abordagem plurianual de base cumulativa sejam não rentáveis, numa abordagem anual possam apresentar margem positiva em algum dos anos considerados.

Quanto à adoção de receitas brutas no cálculo da proporção das receitas dos clientes não rentáveis no total de receitas de chamadas *on-net* efetuadas nas áreas rentáveis, é de notar que esta matéria foi também apreciada pela ANACOM em sede de consulta pública e audiência prévia do SPD 25.09.2014 sobre os resultados finais da auditoria aos CLSU ressubmetidos pela PTC relativamente aos exercícios de 2010-2011. No respetivo relatório de consulta e audiência prévia, a ANACOM afirmou, em suma, que o SPD apresentava, de forma transparente e clara, a alteração introduzida no ajustamento efetuado para evitar a dupla contabilização do tráfego entre clientes não rentáveis em áreas rentáveis, o entendimento dos auditores quanto a esta matéria e a posição preliminar desta Autoridade. Ademais relevou-se que “[o] SPD, sujeito a audiência prévia ao abrigo dos artigos 100.º e 101.º do CPA e simultaneamente a procedimento geral de consulta ao abrigo do art.º 8.º da LCE, constituiu assim a “consulta pública” que a VODAFONE alega que deveria existir e que de facto existiu. Nota-se que se não tivesse existido não teria a VODAFONE tido a possibilidade de apresentar os comentários que apresenta.”

Acresce também que o referido SPD fundamentou a necessidade de alteração do ajustamento, referindo que: “a necessidade de revisão relevou-se evidente em virtude da alteração das margens líquidas da PTC resultantes dos valores revistos do seu SCA” e “por forma a não colocar em causa a adesão do modelo dos CLSU à realidade que pretende retratar” (in páginas 7 a 8) e que a nova realidade se refere ao facto de as margens globais nas chamadas *on-net* se terem reduzido.

Nas condições descritas entende-se que as matérias invocadas pela VODAFONE são recorrentes, já foram objeto de procedimento de consulta pública e de audiência prévia, tendo a VODAFONE apresentado a sua pronúncia no âmbito dos referidos procedimentos, a qual foi considerada e analisada pela ANACOM, dando-se assim por reproduzidos os entendimentos proferidos.

No pontos seguintes, apresenta-se o entendimento desta Autoridade relativamente aos comentários recebidos sobre a alegada ausência/insuficiência da informação para que os interessados possam efetuar o cabal exercício do seu direito a audiência prévia e na secção relativa à apreciação na especialidade são ponderados os aspetos sobre o modo de implementação da metodologia de cálculo dos CLSU e sobre os valores apurados para os CLSU 2013.

2.2. Informação disponibilizada e utilização de abordagens alternativas e de estimativas

a) Respostas recebidas

NOS

A NOS reitera os comentários relativos à assimetria de informação e omissão de dados relevantes e também as preocupações que manifestou sobre a utilização de estimativas e aproximações no cálculo dos CLSU que já havia apresentado em sede das decisões anteriores.

Relativamente à alegada omissão de informação, que entende ser uma dupla omissão; por um lado, identifica a inexistência de informação relativa ao cálculo de rúbricas determinantes dos CLSU e, por outro lado, a ausência de elementos relativos ao sistema de custeio da MEO, a NOS considera e reitera que tal viola o disposto no n.º 3 do artigo 17.º da Lei n.º 35/2012, o qual estabelece, de acordo com este operador, que a MEO deve remeter à ANACOM o cálculo preliminar dos CLSU e todos os elementos que lhe servem de suporte de modo totalmente transparente e auditável. Entende também, este operador, que tal origina um elevado grau de assimetria de informação, o que, a seu ver, afeta a capacidade dos operadores para se pronunciarem de forma cabal sobre a auditoria e seus resultados.

Para este operador também o recurso a estimativas e aproximações no cálculo dos CLSU origina dúvidas quanto à observância dos princípios de rigor, robustez e exatidão que devem nortear o seu apuramento, aumenta a sua subjetividade e coloca entraves à cabaz auditabilidade dos dados, o que, mais uma vez, refere ser contrário ao disposto no n.º 3 do artigo 17.º da Lei n.º 35/2012.

Daqui o operador retira que é necessário uma “(...) *efetiva ponderação entre os direitos do prestador do serviço universal (PSU) e os interesses de terceiros em obter a informação necessária para que possam pronunciar-se cabalmente sobre todos os aspetos relevantes do procedimento que culmina no SPD em apreço*”.

VODAFONE

A VODAFONE coloca reservas ao cumprimento do princípio de audiência prévia ao considerar que existe omissão de informação essencial para que os interessados possam aferir sobre a adequação das premissas metodológicas aplicadas e dos cálculos efetuados, entendendo ser errada a classificação de informação histórica como confidencial.

Este operador critica igualmente a utilização de abordagens alternativas de aproximação às utilizadas nos processos de apuramento dos CLSU de anos anteriores “(...) *em detrimento da aplicação rigorosa e conforme à metodologia aprovada pela ANACOM, por alegadamente se revelar onerosa e morosa à aplicação dessa mesma metodologia, não obstante a dimensão dos valores envolvidos em cada iteração de cálculo dos CLSU*”.

b) Entendimento da ANACOM

As questões associadas à informação disponibilizada no âmbito do SPD em apreço e na auditoria que lhe está subjacente, bem como o alegado incumprimento do CPA têm sido recorrentes e já foram por diversas vezes objeto de apreciação por esta Autoridade. Sendo matéria que foi igualmente analisada pelo Tribunal Administrativo.

Com efeito, recorda-se que a 5.^a Unidade Orgânica do Tribunal Administrativo do Círculo de Lisboa no âmbito do processo de intimação para a prestação de informações (processo n.º 1161/14.7 BELSB) em que era requerente a VODAFONE, que apresentou em termos gerais argumentos semelhantes aos agora transmitidos, em versão resumida, julgou improcedente o pedido de acesso a um conjunto de informações relativas ao apuramento dos CLSU. Posteriormente, essa sentença foi confirmada por Acórdão do Tribunal Central Administrativo do SUL (processo n.º 11809/2015), o qual entendeu que estava em causa informação procedimental protegida pelo artigo 62.º do CPA 1991 (que corresponde ao artigo 83.º, n.º 1 do CPA atualmente em vigor, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro).

Relativamente à alegação de que a omissão de informação é contrária ao disposto no n.º 3 do artigo 17.º da Lei n.º 35/2012, informa-se que a MEO disponibilizou o cálculo preliminar dos CLSU e todos os elementos que suportam esse cálculo de modo transparente e auditável, dando cumprimento à dita norma. Aliás, desde logo também foi dado cumprimento ao n.º 4 do artigo 96.º da LCE. Os cálculos efetuados pela MEO e a informação disponibilizada foram sujeitas a cuidada e exaustiva verificação no âmbito do processo de auditoria que aqui se analisa. Não é o facto de parte da informação ter sido classificada como confidencial, respeitando o segredo de negócio do PSU, que altera o facto de a informação ter sido disponibilizada nos termos previstos na legislação (LCE e Lei n.º 35/2012).

Ademais, conforme se referiu em diversas ocasiões, a ANACOM encontra-se vinculada nos termos previstos na LCE e no CPA a garantir e a assegurar o respeito do segredo de negócio relativamente às informações que lhe sejam transmitidas, independentemente do operador em causa, relevando-se que, indo ao encontro da solicitação da MEO sobre a confidencialidade de parte da informação transmitida e, como tal, a sua não disponibilização a terceiros, a ANACOM entendeu manter como confidenciais algumas informações. Com efeito, como foi explicitado pela ANACOM no relatório de audiência prévia ao SPD de 25.09.2014: “ (...) *as normas que protegem o segredo de negócio têm como finalidade impedir que o exercício do direito de acesso aos documentos administrativos constitua uma maneira de colher, junto da Administração, indicações estratégicas respeitantes a interesses fundamentais de concorrentes, distorcendo, dessa forma, o funcionamento do mercado; o ICP-ANACOM considera que os elementos expurgados, se divulgados, poderiam de facto levar ao conhecimento de terceiros de elementos que gozam de proteção legal, o que seria prejudicial aos interesses da titular da informação e podia distorcer o funcionamento do mercado*”. Dito isto, a ANACOM mantém o seu entendimento sobre esta matéria, nomeadamente por entender que a disponibilização dos elementos expurgados poderiam permitir o acesso de terceiros a informação que constituem segredo de negócio da MEO. Relembre-se, mais uma vez, que o Tribunal Administrativo julgou improcedente o pedido de acesso a informação de teor semelhante à que agora é reclamada.

Por outro lado, a ANACOM entende, mantendo a posição que já transmitiu noutras ocasiões, que a informação disponibilizada neste procedimento contém os elementos necessários e suficientes para a pronúncia dos interessados, apresentando informação

detalhada sobre os custos evitáveis e receitas perdidas dos diferentes modelos de cálculo relativos a áreas não rentáveis, clientes não rentáveis em áreas rentáveis e postos públicos, bem como valores para reformados e pensionistas e benefícios indiretos. Além disso, o relatório de auditoria analisa com detalhe a forma como a MEO implementou a metodologia de cálculo dos CLSU e identifica as questões que surgiram ao longo da auditoria que careciam de esclarecimentos e correções, as quais foram posteriormente implementadas pela MEO e verificadas pelos auditores.

No tocante ao tema das abordagens alternativas para o apuramento dos CLSU, reitera-se que a metodologia de cálculo aprovada por deliberação de 09.06.2011 já previa o recurso a soluções alternativas para o cálculo dos CLSU, nomeadamente para o cálculo dos custos evitáveis do acesso, desde que tal não colocasse em causa o objetivo final do exercício de garantir a devida fiabilidade e aderência à realidade.

Ademais, salienta-se que o recurso a abordagens alternativas permitiu melhorar a coerência e a robustez do modelo de cálculo dos CLSU, tido sido sujeitas a análise detalhada dos auditores e da ANACOM, bem como ao escrutínio das entidades interessadas.

Em suma, a ANACOM reitera que: *“i) foi desde logo previsto na deliberação de 09.06.2011, que determinou a metodologia de cálculo a aplicar para apuramento dos CLSU, a possibilidade de ser necessário recorrer a abordagens alternativas para a distribuição dos custos de acesso por MDF; (ii) a MEO apresentou fundamentadamente razões e dados concretos quanto à impossibilidade de implementar a metodologia definida pela ANACOM neste aspeto; (iii) as abordagens alternativas posteriormente utilizadas tiveram como objetivo robustecer o modelo de cálculo dos CLSU; (iv) os auditores concluíram não existirem quaisquer aspetos que pudessem afetar a exatidão e representatividade dos resultados obtidos; (v) a ANACOM procedeu também à análise das abordagens alternativas utilizadas pela MEO considerando-as aceitáveis e (vi) as abordagens alternativas utilizadas no modelo de cálculo dos CLSU já foram sujeitas a procedimento de audiência prévia dos interessados” (vide relatório da audiência prévia e consulta pública ao SPD de 26.06.2015).*

Por fim, reitera-se ainda que a utilização de estimativas e aproximações só ocorreu em casos limitados, quando comprovadamente a informação em causa não estava disponível,

quando tal não comprometia a finalidade do exercício e sempre garantindo aderência à realidade.

3. APRECIÇÃO NA ESPECIALIDADE

3.1. Aspetos genéricos relativos à implementação da metodologia

a) Respostas recebidas

NOS

A NOS dá por reproduzidos os comentários que efetuou aos restantes procedimentos de apuramento dos CLSU, em particular no que respeita ao apuramento dos custos evitáveis e rácios de evitabilidade, distribuição dos custos de acesso pelos clientes e benefícios indiretos.

VODAFONE

A VODAFONE manifesta reserva sobre a aplicação da metodologia no cálculo dos CLSU 2013. Destaca em particular:

- Ausência de informação que considera fulcral para a transparência e compreensão do apuramento dos custos relevantes do SU, que entende ser a omissão de identificação dos serviços relevantes fora do âmbito do SU que estão a ser considerados no cálculo dos CLSU;
- A inexistência de um mecanismo robusto que garanta a exclusão nos custos anormalmente elevados de custos associados a clientes que, pouco tempo após a instalação, subscrevam serviços adicionais da MEO, na medida em que tal compromete os objetivos políticos e sociais de inclusão e coesão nacional que a prestação do SU visa e cria, segundo este operador, artificialmente uma vantagem competitiva para a subscrição deste tipo de ofertas da MEO.
- A ausência de um modelo LRIC para o cálculo dos custos evitáveis comprometendo o apuramento rigoroso desses custos, cuja implementação foi considerada, na sua opinião injustificadamente, como onerosa e desproporcional;
- A falta de análise detalhada sobre os custos intrínsecos de cada uma das rúbricas de custos comuns e conjuntos e uma avaliação rigorosa do seu efetivo grau de evitabilidade para confirmar e justificar a sua inclusão nos CLSU;

- A ausência de consistência no método de apuramento do benefício associado à reputação empresarial e reforço da marca que considera existir pela não consideração da marca MEO e também, em menor grau, da marca TMN. Facto que refere reduzir indevidamente e substancialmente o valor deste benefício.

b) Entendimento ANACOM

Nota-se que a NOS e a VODAFONE reproduzem as considerações que já apresentaram em anteriores procedimentos de audiência prévia e de consulta pública sobre os resultados da auditoria aos CLSU de 2007-2009, 2010-2011 e 2012, mantendo a ANACOM a sua posição que se encontra expressa nos vários relatórios relativos a esses procedimentos.

Em todo o caso, e no que é especificamente relevado pela NOS e pela VODAFONE, é de salientar os seguintes entendimentos da ANACOM:

- Apuramento dos custos relevantes e identificação dos serviços relevantes

Relativamente à forma como é feita a identificação dos serviços relevantes fora do âmbito do SU e que se suportam em acesso do SU para efeitos de cálculo dos CLSU e bem assim o apuramento dos custos relevantes, nota-se que é matéria que já foi explicitada, recordando-se que esse apuramento é feito com base nas margens dos serviços, sendo apenas considerados os serviços com margem positiva. Para o apuramento dessas margens são considerados os valores constantes no SCA da MEO, designadamente a totalidade das receitas e dos custos dos serviços suportados em acessos cobre, com exceção dos custos comuns associados ao *curtailment*.

No que respeita à divulgação dos serviços relevantes fora do SU que se encontram a ser considerados no cálculo dos CLSU, a ANACOM recorda que a divulgação da lista dos serviços relevantes permitiria ao operadores aferirem sobre a rentabilidade dos produtos e serviços disponibilizados pela MEO, incluindo os que não integram as obrigações do SU, informação que, por ser reveladora de segredo de negócio, entende a ANACOM que deve ser protegida e, por conseguinte, ser considerada confidencial³.

³ Em particular nota-se que a informação em causa contém dados que permitem a terceiros ter uma visão da evolução dos negócios da MEO, incluindo informação sobre margens de negócio de alguns serviços que embora não sejam serviços SU, por terem rentabilidade positiva, são considerados no âmbito do cálculo dos CLSU (reduzindo assim os seus custos) e, consequentemente a sua divulgação daria a terceiros informações

- **Inexistência de mecanismo robusto de exclusão de custos anormalmente elevados**

Trata-se de questão que a VODAFONE já havia colocado em anteriores procedimentos, reiterando-se, em suma, o seguinte: “(...) *no apuramento dos custos de acesso, com vista à determinação dos custos de acesso anormalmente elevados dos clientes do SU, só são considerados os custos associados à prestação do SU, e naturalmente de entre estes custos, só são considerados os custos evitáveis – custos que o operador não teria de suportar se não tivesse a obrigação de prestar os serviços do SU. Assim, tendo presente que os custos de acesso considerados são exclusivamente os relativos à prestação do SU e que seriam evitados caso a PTC não tivesse a obrigação de prestar o SU, e que os custos líquidos apurados são os que decorrem da prestação do serviço num determinado ano, não se justifica excluir do apuramento dos CLSU os clientes que tendo custos de acesso anormalmente elevados venham a aderir a serviços adicionais ao SU em anos posteriores.*” (in relatório de audiência prévia e consulta pública relativo ao SPD de 21.03.2014).

- **Ausência de um modelo LRIC**

A ANACOM considera que o desenvolvimento de um modelo LRIC específico para o cálculo dos CLSU não é razoável, nem proporcional.

Note-se, conforme aliás já referido, que não seria proporcional exigir à MEO o desenvolvimento de um modelo de custeio LRIC, cuja implementação seria necessariamente complexa, demorada e com custos não negligenciáveis. É de notar ainda que os auditores em sede das várias auditorias aos CLSU consideraram que a abordagem seguida pela MEO no apuramento dos custos evitáveis faz sentido no plano económico e que as estimativas apresentadas pela MEO são razoáveis e aceitáveis, não tendo sido demonstrado ser essencial o desenvolvimento de um modelo LRIC para o apuramento de CLSU, posição esta que a ANACOM corrobora.

Por fim, e não menos importante, reitera-se que a aplicabilidade de um modelo LRIC desde 2007 até parte de 2014, num momento em que já estão determinados os valores de CLSU

sobre o nível de competitividade da empresa por serviço, podendo tal informação ser aproveitada pelos concorrentes da MEO para a adoção de estratégias comerciais que incidam sobre os mesmos serviços.

de 2007 a 2012 menos razão acolhe, não só decorrente das consequências que tal originaria a nível de reiniciação do apuramento dos CLSU, mas também e principalmente por não se verem vantagens na sua adoção face ao modelo seguido, o qual, como se disse foi validado pelos auditores.

- **Custos comuns e conjuntos e grau de evitabilidade**

Também sobre esta matéria a ANACOM já clarificou que o apuramento dos custos comuns e conjuntos é efetuado na contabilidade analítica: no primeiro caso são os custos que não estão diretamente relacionados com nenhuma atividade ou produto específico e que desse modo são alocados proporcionalmente a cada produto tendo em conta o total de custos conjuntos e diretos alocados a cada produto, os segundos são custos associados a um grupo de atividades ou produtos que são alocados a atividades com recurso a método de alocação. São unicamente considerados no modelo de cálculo dos CLSU os custos comuns considerados evitáveis que estão associados aos produtos e serviços relevantes para o apuramento dos CLSU, sendo que são sempre excluídos os custos associados à política de redução de ativos.

Em relação à determinação do grau de evitabilidade, nota-se que os rácios de evitabilidade utilizados encontram-se apresentados no relatório de auditoria e explicadas as fontes utilizadas para cada um deles. Reitera-se igualmente que os auditores analisaram a matéria, recolheram os documentos necessários e consideraram razoável e aceitável os rácios e informação utilizada para o seu cálculo, por entenderem tratar-se da melhor informação disponível e referente a entidades representativas da indústria de telecomunicações. Não pode pois a ANACOM considerar que não foi feita uma análise detalhada sobre esta matéria específica, como alude a VODAFONE, concluindo-se até o contrário.

- **Benefício associado à reputação empresarial e reforço da marca**

A ANACOM já teve oportunidade de clarificar que a abordagem utilizada no apuramento do benefício indireto associado à reputação empresarial e reforço da marca tem sido consistente, mantendo-se a coerência do seu cálculo desde o apuramento dos CLSU 2007, tendo-se apenas por circunstâncias já conhecidas alterado o estudo base usado no apuramento do benefício (passando da *European Brand Institute* para a *Brand Finance*). Nota-se igualmente, conforme já esclarecido em ocasiões anteriores, que a marca

“Portugal Telecom” reflete os negócios do grupo. Adicionalmente, também conforme já referido, para a variação do valor deste benefício indireto concorrem, para além das alterações ao valor da marca da “Portugal Telecom” publicada nos estudos, variações nos restantes parâmetros da fórmula de cálculo do benefício.

3.2. Evolução do CLSU e comparação com os CLSU pós-concurso

a) Respostas recebidas

NOS

A NOS menciona que o valor dos CLSU 2013 se mantém injustificadamente elevado, o que contraria a expectativa de que com o passar do tempo existissem ganhos de eficiência na prestação do serviço e origina reservas quanto ao cumprimento do princípio de que o SU foi prestado de modo economicamente eficiente.

Neste contexto, relembra que o valor dos CLSU no período pós-concurso é significativamente inferior e que com o presente SPD a ANACOM propõe-se aprovar um custo médio anual para 2013⁴ aproximadamente 3,8 vezes superior ao valor resultante da designação por via do concurso.

Este operador manifesta ainda estranheza perante o valor apurado e a sua evolução com a situação verificada noutros países europeus. Para o efeito, apresenta uma comparação do valor dos CLSU por habitante para quatro países europeus, incluindo Portugal, com o intuito de demonstrar que os valores apurados para Portugal estão claramente acima dos registados nesses países. Adicionalmente, salienta o exemplo de Itália, país em que os custos líquidos foram apurados nos primeiros anos de designação, mas que a partir de 2006 não tem sido calculada a existência de um encargo excessivo, tendo os benefícios excedido os custos incorridos. Face ao exposto, o operador conclui que a experiência internacional alimenta dúvidas sobre o procedimento de apuramento dos CLSU, em particular a sua exatidão e rigor.

VODAFONE

⁴ Por lapso, a NOS menciona 2012.

A VODAFONE ao reiterar as suas reservas em relação à aplicação da metodologia de cálculo dos CLSU de 2013, menciona existir um diferencial de +315% entre os valores apurados para 2013 face aos valores apresentados pelos vencedores dos concursos públicos.

b) Entendimento da ANACOM

Relativamente à comparação dos valores de CLSU de 2013 com os valores de CLSU associados à prestação do SU pelos PSU designados por concurso, a ANACOM considera que a diferença existente entre os valores é perfeitamente aceitável e justificada, refutando as afirmações e conclusões apresentadas pela NOS e pela VODAFONE sobre esta matéria.

Entende a ANACOM que não é de estranhar a discrepância de valores dos CLSU atento o facto de os CLSU relativos ao período anterior à designação de PSU por procedimentos concursais, serem apurados tendo em conta os recursos e tecnologias que resultaram de opções tomadas quando a rede fixa foi construída. Neste sentido, salienta-se, em particular, que os valores inferiores de CLSU que resultam dos concursos se devem também à aplicação do princípio da neutralidade tecnológica que esteve subjacente na elaboração dos cadernos de encargos dos referidos concursos, e que veio possibilitar a apresentação a concurso de propostas de diferentes entidades utilizando vários tipos de sistemas e redes, algumas das quais possibilitando a prestação do SU com valores muito inferiores aos que resultam dessa prestação assente na tradicional rede de cobre.

Note-se ainda que a discrepância de valores, criticada pela NOS e pela VODAFONE, é ainda justificada pelo facto de os valores que resultaram dos concursos se basearem em condições do atual mercado que não são comparáveis com o passado, como seja o facto de a grande maioria dos utilizadores que pretendem aceder aos serviços telefónicos e utilizar o serviço de postos públicos, já se encontrarem servidos, com base em investimentos significativos efetuados no passado e que na generalidade não precisam de ser replicados.

Refira-se também que aquando da realização das peças concursais, já havia a expectativa de que os CLSU que resultariam dos concursos seriam inferiores aos do passado, não só pelos factos acima referidos, mas também pelo próprio modelo adotado com a autonomização das componentes do SU em três concursos. A expectativa de obtenção de

CLSU inferiores está aliás patente no valor de preço anormalmente baixo fixado, inferior ao que o Código dos Contratos Públicos (CCP) estabelecia por defeito.

Além disso, cumpre ainda assinalar que os CLSU 2013 são os que resultam da metodologia definida pela ANACOM, a qual cumpre com o definido na lei, designadamente, o facto de o cálculo ser efetuado comparando a situação atual da MEO enquanto PSU, tendo de respeitar um conjunto de obrigações às quais estão associados custos e receitas, com uma outra, hipotética, em que não sendo PSU, não teria de cumprir as referidas obrigações.

Adicionalmente, convirá não olvidar o trabalho associado ao apuramento dos valores finais de CLSU 2013, o qual se pautou por uma detalhada avaliação de todos os dados e cálculos efetuados, trabalho esse que culminou com a apresentação por uma entidade independente, selecionada por concurso público, do correspondente relatório de auditoria e respetiva declaração de conformidade, na qual é expressamente concluído pelos auditores que, exceto quanto às situações descritas associadas à reconciliação de valores de tráfego e de receitas, que poderão estar a subvalorizar os CLSU, as estimativas reformuladas dos CLSU apresentados pela MEO para o ano 2013, estão de acordo com a metodologia, com os pressupostos e com as determinações da ANACOM.

Nas condições descritas, a ANACOM reitera que a diferença existente entre os valores dos CLSU de 2013 com os valores de CLSU de procedimentos concursais se encontra justificada, sendo que ao contrário do referido pela NOS o valor de CLSU 2013 não põe em causa a observância do princípio da prestação do SU de modo economicamente eficiente, aspeto este já refletido no capítulo 2.1.

Quanto ao *benchmarking* apresentado pela NOS de CLSU per capita da França, Irlanda e Espanha cumpre assinalar que as comparações de valores finais de CLSU por população não pode de modo algum suscitar dúvidas sobre a exatidão e rigor do procedimento de apuramento dos CLSU. Senão veja-se:

- Os CLSU apurados em cada país decorrem de metodologia própria, que não tem necessariamente e, aliás, não é igual entre os vários países da UE, não só pelo facto de o âmbito do SU poder ser diferente, mas também pelo próprio universo de benefícios indiretos e forma de cálculo a considerar poder ser distinto.
- Os valores de CLSU são influenciados em grande parte por características específicas de cada país ao nível demográfico e geográfico (nomeadamente

orografia), sendo que, naturalmente, não existe uma uniformidade demográfica e geográfica nos vários países.

- Os valores de CLSU são resultado também das diferentes obrigações a que os prestadores de SU se encontram sujeitos, nomeadamente, e com grande impacto, as relacionadas com a oferta de condições específicas a grupos de utilizadores com necessidades especiais e/ou com menores rendimentos.

Atento o acima exposto, as afirmações feitas quanto à exatidão e rigor do procedimento de apuramento dos CLSU não são de molde algum compagináveis com os princípios pelos quais se rege esta Autoridade, considerando-se que o procedimento de cálculo dos CLSU 2013 cumpre inequivocamente o estipulado na LCE, tendo a ANACOM desenvolvido todas as ações visando o apuramento dos CLSU conforme metodologia de cálculo definida e promovendo a realização da respetiva auditoria por entidade externa independente com experiência na área.

4. CONCLUSÕES

Na sequência dos contributos recebidos no âmbito do procedimento de consulta pública e de audiência prévia dos interessados e da análise desses contributos, a ANACOM entende que não existem fundamentos, de facto e de direito, para que a decisão final da ANACOM sobre os resultados das auditorias aos custos líquidos do serviço universal da MEO - Serviços de Comunicações e Multimédia, S. A., relativos ao exercício de 2013 se altere face ao SPD de 16.10.2015 para além das alterações que resultam das referências ao procedimento de consulta e de audiência prévia dos interessados.