

PEDIDO DA NOS DE ADOÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS E URGENTES NO CONTEXTO DA ORAC E ORAP

Sentido Provável de Decisão

1. PEDIDO

Por comunicação de 16 de dezembro de 2021, a NOS Comunicações, S.A. (NOS) requereu à Autoridade Nacional de Comunicações (ANACOM), ao abrigo do n.º 1 do artigo 9.º da Lei das Comunicações Eletrónicas¹, a adoção de medidas urgentes e provisórias no contexto da Oferta de Referência de Acesso a Condutas (ORAC) e da Oferta de Referência de Acesso a Postes (ORAP) disponibilizadas pela MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia, S.A.

Nos termos do seu pedido, que, para os devidos efeitos, aqui se dá por integralmente reproduzido, a NOS requer a redução (i) em 50% dos preços de ocupação de condutas e subcondutas da ORAC e (ii) em 50% do preço de fixação de cabo em poste da ORAP, alinhando-se estes preços com, o que refere serem, as melhores práticas europeias nesta matéria.

Para tanto, a NOS alega, resumidamente, que a ORAC foi criada em 2004 e que a única alteração de preços ocorreu em 2006, enquanto a ORAP foi criada em 2010 e os preços mantêm-se inalterados desde então, pelo que os preços aplicáveis ao desenvolvimento de redes suportado nas ofertas grossistas da MEO estão congelados há 15 e 11 anos, respetivamente.

Segundo a NOS, este facto é particularmente relevante dado que as infraestruturas aptas da MEO são aquelas que mais pesam na estrutura de custos dos operadores, sendo que no caso da NOS, em 2020, mais de **[Início da Informação Confidencial – IIC]** **[Fim da Informação Confidencial – FIC]** % dos custos com postes e condutas foram incorridos com a utilização de infraestruturas da MEO.

A NOS defende ainda que a manutenção de preços acima dos custos constitui uma forma de subsídio direta de um dos seus principais concorrentes por parte de todos os operadores que usam essas infraestruturas.

¹ Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro, disponível em <https://www.anacom.pt/render.jsp?categoryId=323676&tab=&a=324015&b=324016&c=>.

A empresa refere também que, face aos seus projetos de expansão de rede, relacionados com o reforço da rede 4G, o lançamento e desenvolvimento da rede 5G e a expansão da rede FTTH, a utilização de condutas e postes será intensificada, esperando que até 2025 os custos com infraestruturas aptas aumentem cerca de [IIC] [FIC] %, atingindo nesse ano [IIC] [FIC] de euros.

1.1. Para a NOS resulta evidente que o nível de preços da ORAC e da ORAP tem um impacto direto no dimensionamento das áreas geográficas para as quais a empresa tem planos de expansão de rede, pelo que a manutenção de preços excessivos nas referidas ofertas conduz:

- a) A uma menor escolha dos consumidores e empresas por via da redução das áreas de expansão de rede dos operadores concorrentes da MEO, reduzindo a concorrência nessas áreas.

A NOS nota que os preços da ORAC/ORAP têm um impacto direto na decisão de investimento em áreas menos densamente povoadas e de baixo poder de compra, na medida em que atende aos custos de investimento e à capacidade de recuperação em tempo razoável, o qual depende da margem que é possível obter com base nos clientes angariados com direta relação ao investimento realizado. A NOS nota que no caso de uma rede de comunicações fixa o investimento é feito *ex ante*, o que significa que numa determinada área apenas os clientes que venham a subscrever o serviço permitirão a recuperação dos custos de todas as casas passadas nessa área.

Assim, para a empresa, os custos de investimento por casa passada serão mais altos que na média do território, com menos clientes ativos onde se possa recuperar esse investimento e que libertam menor margem, dados os elevados preços das ofertas de condutas e postes da MEO.

- b) A uma distorção da dinâmica concorrencial do mercado, atenta a subsidiação da atividade da MEO, proporcional à diferença entre os preços atuais e aqueles que deveriam resultar da aplicação do princípio de orientação para os custos no acesso às infraestruturas da MEO.
- c) A um prejuízo para o Estado e para os cidadãos e empresas nacionais, atento o desvio de verbas públicas para a cobertura ou a sua minimização das zonas brancas com redes de nova geração que poderiam estar disponíveis para outros projetos de interesse público caso os preços de acesso às infraestruturas aptas não estivessem acima dos custos.

Neste contexto, a NOS alega que já teve a oportunidade de, em diversas ocasiões, desde

2017, referir ao regulador que existem fortes indícios de que os preços praticados pela MEO na ORAC e ORAP se situam acima dos custos, desde logo porque estes não são revistos há 15 e 10 anos, respetivamente, mas também porque a intensidade de utilização destas ofertas não previa o *roll out* massivo de redes de nova geração, o que impactará a previsão do *cash flow* associado à sua utilização aquando da aprovação dos preços que ainda hoje vigoram. A NOS salienta ainda que as alterações destas ofertas não só implicaram uma participação direta dos seus beneficiários, como contribuíram para uma redução significativa dos custos da sua gestão, sendo que, por comparação com outros países, estas ofertas se situam entre as mais caras do comparativo, com um desfasamento perto dos 50%.

1.2. No que se refere à justificação do pedido de adoção de medidas urgentes e provisórias de redução dos preços da ORAC e ORAP, a NOS alega que estes preços são especialmente relevantes no atual contexto do 5G, atento o desenvolvimento das redes, móveis e fixas, para áreas mais remotas e com menor rentabilidade, e do reforço de cobertura das áreas já cobertas, o que exponenciará a utilização das infraestruturas aptas detidas pela MEO, com impacto direto na rentabilidade e competitividade das suas ofertas.

A este plano acresce, segundo a NOS, o iminente lançamento pelo Governo português do plano de investimento público para a cobertura integral do país com redes de nova geração, o que, no seu entendimento, reforça ainda mais a urgência de uma intervenção da ANACOM, mormente nos termos do artigo 9.º da Lei das Comunicações Eletrónicas.

A NOS entende assim que não só estão plenamente reunidas as condições para a ANACOM adotar medidas urgentes e provisórias nos termos da citada norma, como defende que a situação é em tudo equivalente, nos seus efeitos para o mercado e para os consumidores, à que se verificou no caso dos circuitos CAM, no âmbito dos quais a ANACOM também aprovou medidas desta natureza. Segundo a empresa, tal como agora, também estavam em causa preços excessivos em incumprimento da obrigação de orientação para os custos que impende sobre a MEO e que tinham impacto direto na qualidade e na concorrência dos serviços prestados a populações residentes em zonas geográficas mais remotas.

A NOS alega ainda que, neste caso, a não adoção das medidas urgentes e provisórias de revisão dos preços destas ofertas tem a agravante de penalizar a generalidade dos portugueses por via de uma transferência de recursos públicos acima da necessária para os projetos das zonas brancas, consumindo recursos que, de outra forma, seriam alocados em projetos complementares de desenvolvimento económico e territorial.

1.3. Para a NOS as circunstâncias excecionais que justificam a adoção de medidas urgentes e provisórias são óbvias, desde logo por a MEO estar sujeita à obrigação da orientação para os custos, imposta no âmbito da análise de mercados que a designaram como detentora de posição de mercado significativa, sem que ao longo de 15 e 10 anos tenha sido realizada qualquer análise objetiva da compatibilidade dos preços praticados com os custos efetivamente incorridos.

A este facto acresce outro: o de não ter sido desencadeado o processo de análise aos preços destas ofertas, não obstante a NOS o requerer desde 2017 e a ANACOM o ter identificado de forma recorrente nos seus Planos de Atividade. A empresa salienta ainda a posição da Comissão Europeia de fevereiro de 2021, no âmbito do processo PT/2021/2294, relativo ao custo médio ponderado do capital da MEO em Portugal, que observava que «os preços de vários produtos de acesso regulado em Portugal não são atualizados desde há alguns anos. Em particular, os preços do acesso regulado a condutas e postes datam de 2006 e 2010 (...). A Comissão recorda que a realização oportuna de análises de mercado é fundamental para assegurar a adoção de medidas de regulação adequadas, bem como a previsibilidade do mercado. A Comissão incentiva vivamente a ANACOM a analisar regulamente os mercados e a atualizar, sem mais demoras, os preços desses produtos e serviços de acesso essencial (...)».

Segundo a NOS, o lançamento de um procedimento de análise de mercado atrasaria a adoção das medidas urgentes, no mínimo, 12 meses, dada a necessidade de ser recolhida informação e de a sua análise ser complexa e morosa, envolvendo ainda uma consulta pública ao mercado.

A empresa salienta ainda a relevância do procedimento de identificação das zonas brancas do território nacional que poderão beneficiar de investimento público para a sua cobertura que envolverão não só investimentos de curto prazo, como também de médio/longo prazo, no qual os preços da ORAC e ORAP terão impacto direto. A NOS entende que quando forem pedidos planos a médio/longo prazo será necessário garantir que os operadores já tenham tido conhecimento e internalizado nos seus planos de investimento, os preços já orientados para os custos da ORAC e da ORAP.

No quadro do artigo 9.º da Lei das Comunicações Eletrónicas, a NOS defende ainda que as medidas urgentes por si requeridas são imediatas por definição e são proporcionais, dado que serão aplicadas a um operador que sucessivamente tem vindo a ser identificado como

detentor de posição significativa no mercado e, como tal, sujeito à obrigação de orientação para os custos, sendo que não antecipa alterações no perfil da oferta e da prática regulatória nesta matéria dado que inexistem alterações na estrutura de mercado.

A NOS afirma ainda que a ANACOM já entendeu noutros procedimentos de adoção de medidas urgentes (indicando as decisões de 13 de agosto e de 27 de novembro de 2013 relativas ao mercado grossista de terminação de chamadas na rede telefónica pública num local fixo) que para a aferição de proporcionalidade também releva a necessidade e urgência de resolução de problemas identificados e de prejuízos que decorrerão da sua não aplicação, nomeadamente do atraso que, fazer depender a entrada em vigor de novos preços de uma decisão definitiva nesta matéria, implicaria.

A empresa salienta por fim que o incumprimento da obrigação da orientação para os custos se arrasta há largos anos, sendo a MEO a primeira responsável e única beneficiária, sendo a intervenção da ANACOM anunciada nos Planos de Atividade que tem aprovado desde 2017, pelo que a adoção de medidas urgentes neste momento não constitui qualquer surpresa.

No que se refere à natureza provisória das medidas urgentes, a NOS alega que as mesmas visam preencher o vazio regulatório que subsiste há anos consecutivos e até que a ANACOM conclua a revisão detalhada do modelo de custeio da ORAC e da ORAP que atenta a sua complexidade técnica não poderá ser concluído a curto prazo.

Por fim, a NOS alega as medidas que requer visam salvaguardar a concorrência e defender os interesses dos utilizadores, bem como os do País em geral, na medida em que os preços da ORAC e ORAP não orientados para os custos implicam o desvio de recursos financeiros para o financiamento de um concorrente, retirando capacidade de investimento que, de outra forma, seria utilizada para reforçar a competitividade de oferta dos operadores em áreas já cobertas e em novas áreas.

A NOS alega que o *roll out* de uma rede com base em determinadas infraestruturas aptas leva na prática a abdicar de promover alterações no futuro, na medida em que os custos, dimensão e tempos necessários a tal empreitada inviabilizam esse movimento, pelo que o facto de o investimento ter sido realizado no pressuposto de que os preços seriam, ao longo do tempo, ajustados aos custos efetivos leva a que a atual situação defraude as expectativas legítimas da empresa assim como dos demais operadores que fazem uso das infraestruturas da MEO.

Em abono da sua posição a NOS reitera que tem vindo a solicitar, há largos anos, à ANACOM

a revisão destes preços, salientando o impacto dos mesmos nas suas decisões de investimento, designadamente no que se prende com a cobertura integral da população, bem como no normal funcionamento concorrencial do mercado, sem que algo tenha ocorrido naquele sentido. A empresa refere ainda que os preços artificialmente altos das ofertas em questão levam a que os operadores concorrentes da MEO deixem de investir em determinadas zonas e assim se perpetuem monopólios regionais em áreas onde os cidadãos e as empresas deveriam poder escolher entre diferentes redes.

Quanto à defesa dos interesses dos utilizadores, a NOS refere que a proteção do desenvolvimento concorrencial protege naturalmente os interesses dos utilizadores, sendo que no presente caso a situação fica agravada pelo próximo lançamento de concursos públicos para a cobertura de zonas brancas, pois a persistência de preços acima dos custos nas ofertas de condutas e postes da MEO tem um efeito penalizador quer sobre os consumidores quer sobre a economia e o país dado que o investimento nas referidas áreas brancas é bastante sensível aos custos operacionais que advêm do menor número de clientes ativos face ao resto do país que deverão garantir a libertação da margem necessária à recuperação do investimento realizado na cobertura da totalidade das casas passadas.

2. ENQUADRAMENTO

De acordo com o n.º 1 do artigo 9.º da Lei das Comunicações Eletrónicas (LCE), a ANACOM *pode, em circunstâncias excecionais, adotar medidas imediatas, proporcionadas e provisórias sem recurso aos procedimentos previstos nos artigos 8.º e 57.º, conforme os casos, quando considerar necessária uma atuação urgente para salvaguarda da concorrência ou defesa dos interesses dos utilizadores.*

Quando decida adotar tais medidas, a ANACOM *deve informar, com a maior brevidade possível, a Comissão Europeia, as outras autoridades reguladoras nacionais e o ORECE das medidas adotadas e respetiva fundamentação* (cfr. n.º 2 do artigo 9.º).

Releva também neste âmbito o disposto no artigo 68.º da Lei das Comunicações Eletrónicas, de acordo com o qual a ANACOM pode determinar, nomeadamente aos operadores que estejam também sujeitos a obrigações de não discriminação, a publicação de ofertas de referência de acesso ou interligação. Neste contexto, a ANACOM pode ainda determinar:

a) alterações às ofertas de referência publicitadas, a qualquer tempo e se necessário com

efeito retroativo, por forma a tornar efetivas as obrigações impostas em conformidade com o disposto no artigo 66.º;

- b) incorporação imediata nos acordos celebrados das alterações impostas, desde que as mesmas sejam de conteúdo certo e suficiente.

Acresce que nos termos do artigo 75.º da LCE os operadores sujeitos à obrigação de orientação dos preços para os custos, como é o caso da MEO no que refere à ORAC e ORAP, devem demonstrar que os encargos se baseiam nos custos, podendo a ANACOM, quando adequado, determinar o seu ajustamento.

3. APRECIÇÃO DO PEDIDO

Nos termos da Lei, mormente do artigo 5.º da LCE, compete à ANACOM a prossecução de objetivos de regulação fundamentais, da promoção da concorrência e da defesa dos interesses dos cidadãos, incumbindo-lhe, nomeadamente, assegurar a inexistência de distorções ou entraves à concorrência no sector das comunicações eletrónicas e adotar todas as medidas razoáveis e proporcionadas necessárias para garantir que qualquer empresa possa fornecer os serviços de comunicações eletrónicas ou estabelecer, alargar ou oferecer redes de comunicações eletrónicas.

No contexto mais específico da sua atividade regulatória, esta Autoridade já salientou, em diversas ocasiões, a relevância que as ofertas grossistas reguladas disponibilizadas pela MEO, designadamente a ORAC e a ORAP, assumem no âmbito da regulação de mercados, na medida em que constituem instrumentos fundamentais para a promoção de uma concorrência sustentada nos mercados de redes e serviços de comunicações eletrónicas e, em especial, para a promoção do investimento em redes de alta velocidade pelos operadores alternativos.

A ANACOM também já reconheceu o papel fundamental destas ofertas grossistas para efeitos da promoção do investimento eficiente em infraestruturas de rede alternativas, além do seu contributo para o compromisso, de longo prazo, de oferta de serviços de comunicações eletrónicas pelos operadores que beneficiam do acesso a essas ofertas.

Neste quadro, o artigo 9.º da LCE, confere, tal como a NOS bem refere, poderes para a ANACOM, em circunstâncias excecionais, adotar medidas imediatas, proporcionadas e provisórias, quando considerar necessária uma atuação urgente para salvaguarda da

concorrência ou defesa dos interesses dos utilizadores.

Porém, esta Autoridade entende que a análise e eventual ponderação do pedido da NOS ora em questão fica prejudicada pelo facto de, na presente data, 15 de fevereiro de 2022, ter sido adotado o «*Sentido Provável de Decisão sobre Revisão de Preços da Oferta de Referência de Acesso a Conduas (ORAC) e da Oferta de Referência de Acesso a Postes (ORAP) da MEO*», nos termos do qual o Conselho de Administração da ANACOM deliberou que a MEO deve reduzir os preços (máximos) das respetivas mensalidades (i) em 35% da oferta regulada ORAC e (ii) em 20% da oferta regulada ORAP, com efeitos à data da sua aprovação.

Com efeito, a ANACOM considera que a adoção do referido Sentido Provável de Decisão (SPD) se revela adequada para atingir os fins pretendidos pela NOS, não só porque reconhece a oportunidade da revisão dos preços praticados pela MEO no âmbito da ORAC e da ORAP, mas também por se ter concluído que se encontram reunidas condições para a sua aplicação no momento atual, razão pela qual foi determinada a sua aplicação com efeitos retroativos à data daquele SPD.

A eventual necessidade de a ANACOM intervir a título excecional não se coloca nesta sede, na medida em que, nesta mesma data, os preços em questão estão a ser revistos no âmbito de um procedimento em curso e que deverá culminar a breve trecho. Ou seja, não estamos numa fase que medie procedimentos de revisão dos referidos preços e que, como tal, justifique a adoção excecional, pontual, não regular, de medidas provisórias e imediatas para, com urgência, salvaguardar a concorrência ou a defesa dos interesses dos utilizadores. O objeto do pedido da NOS está devidamente acautelado no procedimento em curso.

Adicionalmente, o referido SPD prevê que a decisão que venha a ser adotada *a final* produza efeitos retroativos à data da sua adoção, o que colmata a necessidade de uma atuação imediata e urgente nesta matéria, o que não sucederia caso a decisão final só produzisse efeitos para o futuro. Assim, mesmo que alguma delonga possa ocorrer, os efeitos retroativos da revisão colmatarão o seu eventual impacto.

O que a ANACOM não pode fazer é recorrer a este mecanismo sistematicamente, regularmente ou numa base de precedente, como pretende a NOS.

Por outro lado, mesmo que se estivesse perante um quadro que reclamasse uma atuação urgente, por se antecipar que o mesmo não se compadecia com um procedimento decisório demorado, a verdade é que esse desiderato pode ser atingido, num caso como ora em causa,

com a atribuição de eficácia retroativa à decisão final, nos termos admitidos na Lei (ex vi artigo 68.º da LCE), assim se corrigindo a situação que, segundo a NOS, requeria uma intervenção urgente da ANACOM.

Acresce que o SPD relativo à revisão de preços no âmbito da ORAC e da ORAP, que opera uma descida de 35% e 20% nos valores das respetivas mensalidades mostra-se adequado e proporcional para, em tempo e com eficácia retroativa, corrigir uma situação que pode, de alguma forma, impactar a concorrência ou os interesses dos utilizadores, afastando, assim, a necessidade de uma intervenção excecional desta Autoridade.

Ademais, a adoção de uma medida provisória que passasse pela aplicação imediata de uma baixa de preços, sem uma análise aturada e sem beneficiar da pronúncia do mercado, seja das demais beneficiárias, seja da MEO, como pretende a NOS, revelar-se-ia irrazoável.

4. PROCEDIMENTOS DE CONSULTA APLICÁVEIS

O artigo 8.º da LCE dispõe que sempre que no exercício das suas competências a ANACOM pretenda adotar medidas com impacto significativo no mercado em causa, deve publicitar o respetivo projeto, dando aos interessados a possibilidade de se pronunciarem em prazo fixado para o efeito, o qual não pode ser inferior a 20 dias.

Em cumprimento do disposto nos artigos 121.º e seguintes do Código do Procedimento Administrativo, o presente sentido provável de decisão deve ser submetido à audiência prévia da NOS, justificando-se fixar neste caso, para que esta se pronuncie, o mesmo prazo de 20 dias úteis.

Os interessados devem pronunciar-se por escrito e em língua portuguesa, preferencialmente por correio eletrónico para o endereço med-urgent-orac-orap@anacom.pt.

A ANACOM analisará as pronúncias recebidas e elaborará um relatório contendo a referência às mesmas bem como a apreciação que reflita o entendimento desta Autoridade.

Esta Autoridade disponibilizará no seu sítio na Internet as pronúncias recebidas, salvaguardando a informação de natureza confidencial, a qual deverá por esse motivo ser claramente indicada e fundamentada pelos interessados, que devem, nesse caso, enviar também uma versão da sua pronúncia expurgada da informação considerada confidencial.

5. DECISÃO

Com os fundamentos vindos de expor, o **Conselho de Administração da ANACOM**, na prossecução dos objetivos de regulação, em especial o previsto na alínea a) do n.º 1 do artigo 5.º da LCE, nos termos do disposto no artigo 9.º da mesma lei e ao abrigo da alínea b) do n.º 1 do artigo 26.º dos seus Estatutos, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 39/2015, de 16 de março, **delibera:**

- a) Indeferir o pedido da NOS de adoção de medidas provisórias e urgentes ao abrigo do artigo 9.º da Lei das Comunicações Eletrónicas tendentes à redução em 50% dos preços mensais de ocupação de condutas e subcondutas previstos na ORAC e do preço de fixação de cabo em poste na ORAP.
- b) Submeter o deliberado a audiência prévia da NOS, nos termos e para os efeitos dos artigos 121.º e 122.º do Código do Procedimento Administrativo, fixando um prazo de 20 dias úteis, contado da notificação do presente sentido provável de decisão, para que esta, querendo se pronuncie, por escrito.
- c) Submeter o deliberado ao procedimento geral de consulta, previsto no artigo 8.º da Lei das Comunicações Eletrónicas, para que as partes interessadas se pronunciem, também por escrito e no mesmo prazo de 20 dias úteis, contado da data de disponibilização do presente sentido provável de decisão no sítio da ANACOM na Internet.

Lisboa, 15 de fevereiro de 2022.