

SENTIDO PROVÁVEL DE DECISÃO DO ICP-ANACOM

Faturação e cobrança de penalidades às Beneficiárias da Oferta de Referência de Acesso a Postes da PT Comunicações, S.A.

ÍNDICE

1.	ENQUADRAMENTO	1
2.	ANÁLISE	2
2.1.	Alegações da ZON.....	2
2.2.	Alegações da Cabovisão.....	4
2.3.	Esclarecimentos e alegações da PTC.....	5
2.4.	Análise do ICP-ANACOM.....	7
2.4.1.	<i>Publicação da ORAP, justificação de desvios face ao previsto na ORAC e possibilidade de intervenção por parte do ICP-ANACOM</i>	7
2.4.2.	<i>Prazo para apresentação do pedido de compensação e prazo para envio dos cadastros</i>	11
2.4.3.	<i>Impacto na PTC dos atrasos das Beneficiárias no envio de cadastro (valor limite da penalidade)</i>	13
2.4.4.	<i>Condições para o pagamento de penalidades pela PTC</i>	16
2.5.	Conclusão.....	17
3.	DELIBERAÇÃO	17

1. ENQUADRAMENTO

Por comunicações de 24.09.2012¹ e de 08.11.2012², a ZON TV Cabo, S.A. (ZON) e a Cabovisão – Televisão por Cabo, S.A. (Cabovisão), respetivamente, solicitaram a intervenção do ICP-ANACOM relativamente à cobrança, por parte da PT Comunicações, S.A. (PTC), de penalidades por incumprimento ao abrigo da Oferta de Referência de Acesso a Postes (ORAP), publicada por esta última.

Em causa está a aplicação por parte da PTC de penalidades à ZON e à Cabovisão, em ambos os casos ao abrigo do ponto 6.2. da ORAP – Penalidades por incumprimento da Beneficiária³ –, e a discordância manifestada, quer pela ZON, quer pela Cabovisão, com as penalidades impostas, os termos em que foram liquidadas e os valores apresentados a pagamento⁴.

A ZON, considerando abusiva, iníqua e sem fundamento – e como tal violadora do quadro regulatório aplicável à ORAP – a atuação da PTC, solicitou ao ICP-ANACOM, nos termos do n.º 4 do artigo 26.º da Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro, alterada e republicada pela Lei n.º 51/2011, de 13 de setembro (Lei das Comunicações Eletrónicas, doravante designada por LCE), que determinasse à PTC:

- (a) A eliminação do ponto 6.2, bem como do último parágrafo do ponto 4.8 da ORAP, respeitante ao pagamento de penalidades por não cumprimento do prazo máximo para o envio de cadastro pela Beneficiária (a ZON solicita que essa eliminação produza efeitos retroativamente, a 22.12.2010, data de publicação da ORAP na sua versão original);
- (b) A substituição da nota de crédito pela qual a PTC cobra à ZON penalidades ao abrigo do ponto 6.2 da ORAP por outra expurgada de quaisquer penalidades cobradas à ZON;
- (c) O alargamento para 90 dias do prazo máximo para o envio, pelas Beneficiárias, à PTC, de cadastros, nos termos do ponto 4.8 da ORAP.

Por comunicação recebida em 19 de outubro de 2012, a PTC veio também trazer ao conhecimento do ICP-ANACOM a atuação da ZON no âmbito da ORAP, atuação que entendia ser desconforme com os termos de utilização da mesma Oferta, por considerar desprovida de fundamento a contestação da referida empresa dos valores cobrados a título de compensação por atrasos na entrega de cadastros válidos.

¹ Posteriormente reiterada por comunicações de 22.10.2012, de 13.11.2012 e de 17.12.2012.

² Reiteradas por comunicações de 16.11.2012 e de 12.12.2012.

³ Empresa que oferece redes ou serviços de comunicações eletrónicas acessíveis ao público.

⁴ Nos termos do disposto no ponto 4.8 da ORAP, após a conclusão dos serviços de acesso e instalação, intervenções, remoções e desvios de traçado, a Beneficiária é obrigada a remeter à PTC, no prazo máximo de 30 dias de calendário, os respetivos cadastros válidos, sendo que o incumprimento do prazo máximo estipulado para a entrega do cadastro pela Beneficiária dará lugar ao pagamento de compensações conforme consta, nomeadamente, do ponto 6.2. da ORAP. De acordo com o ponto 6.2 da ORAP, caso a Beneficiária não cumpra o prazo máximo fixado para o envio do cadastro válido, por razões que lhe sejam exclusivamente imputáveis, à exceção de razões de força maior, compensará a PTC, sendo que, por cada dia de atraso para além do prazo máximo definido para o efeito, são cobrados 50 euros, até ao limite de 60 dias úteis.

Para além da ZON, a Cabovisão solicitou igualmente a intervenção do ICP-ANACOM, embora ao abrigo do disposto no artigo 10.º e no n.º 3 do artigo 26.º da LCE, para resolução administrativa do litígio que a opõe à PTC, solicitando também a eliminação do ponto 6.2 da ORAP no que se refere à previsão da aplicação de penalidades às Beneficiárias por atraso ou falha na entrega de cadastros, bem como o alargamento do prazo previsto no ponto 4.8 da mesma Oferta para envio do cadastro pelas Beneficiárias, que entende dever ser fixado em 90 dias.

Em 11.01.2013 o ICP-ANACOM informou a Cabovisão de que, no contexto da análise preliminar efetuada, seria, em princípio, de afastar o cenário de uma decisão no âmbito de um processo de resolução de litígio, dado tal decisão não ser suficiente e adequada para o efeito visado, que é o de apreciar e decidir sobre uma alteração à ORAP, o que produzirá efeitos em todas as potenciais Beneficiárias da Oferta, pelo que carecerá de um procedimento específico de adoção, envolvendo os processos de consulta aplicáveis nos termos da Lei. Neste contexto, ainda foi transmitido que o ICP-ANACOM apenas decidiria em definitivo sobre o procedimento aplicável ao pedido de intervenção da Cabovisão em momento posterior, quando concluísse a análise da questão de fundo em apreço.

Na mesma data, o ICP-ANACOM informou a PTC dos pedidos de intervenção da ZON e da Cabovisão *supra* referidos e solicitou esclarecimentos sobre questões relacionadas com a matéria da ORAP e das penalidades por incumprimento introduzidas pela PTC (adiante designado por pedido de informação), uma vez que não eram conhecidos os fundamentos em que assentou a previsão de uma penalidade no valor fixado na ORAP às respetivas Beneficiárias pelo não cumprimento do prazo previsto para o envio de cadastro válido, tendo aquela empresa respondido ao ICP-ANACOM através de carta de 25.01.2013.

2. ANÁLISE

Tendo em conta a matéria em questão, estrutura-se a análise que se segue da seguinte forma:

- (a) Alegações da ZON;
- (b) Alegações da Cabovisão;
- (c) Esclarecimentos e alegações da PTC;
- (d) Análise do ICP-ANACOM;
- (e) Decisão.

2.1. Alegações da ZON

A ZON considera inadmissível a cobrança, pela PTC às Beneficiárias, de quaisquer montantes a título de penalidades, no quadro de uma oferta de referência como a ORAP (ou como a Oferta de Referência de Acesso a Condutas – ORAC), que é disponibilizada por força de uma imposição legal que tem como fundamento o facto de a referida empresa ter a qualidade de concessionária do serviço público de telecomunicações e o legislador reconhecer que, na ausência de tal imposição, o mercado nunca teria acesso, pelo menos em condições razoáveis, às infraestruturas (essenciais) em causa (cfr. artigo 26.º, n.º 4, da LCE).

Atendendo à importância de que se revestem aquelas Ofertas para a existência de serviços alternativos no mercado e para a promoção da concorrência, a ênfase deve ser colocada, segundo a ZON, na existência de penalidades e mecanismos compensatórios suscetíveis de dissuadirem a adoção pela PTC de atitudes de bloqueio ou de restrição ao acesso a infraestruturas por parte das Beneficiárias. Nesse sentido, a ZON releva que a ORAC não contempla a sujeição das Beneficiárias a quaisquer penalidades, o que no seu entender se encontra totalmente justificado.

A ZON menciona ainda que a deliberação do ICP-ANACOM, de 28.10.2010⁵, relativa a alterações à ORAC, que determinou à PTC a publicação da ORAP, estabeleceu que esta Oferta deveria ter em conta “os princípios gerais adotados na ORAC”, o que no seu entender, significaria que, em caso algum, deveriam contemplar-se penalidades na ORAP suscetíveis de serem aplicadas às Beneficiárias.

Segundo a ZON, na comunicação que lhe foi remetida em 23.12.2010 pela PTC, foi omitida a introdução de penalidades no relato das alterações mais relevantes introduzidas na ORAP relativamente à anterior oferta (comercial) de postes, tendo a PTC referido que a ORAP “*não tem grande impacto sobre os procedimentos e normas técnicas já existentes no anterior serviço de postes PT, assim sendo o seu desenvolvimento processa-se de forma tradicional*”. Acrescenta que, apesar de a ORAP prever o envio de cadastros pelas Beneficiárias à PTC num prazo de 30 dias de calendário, não existia no serviço de acesso a postes da PTC que deu origem àquela Oferta, e muito menos na ORAC, que também contempla idêntico prazo, qualquer penalidade financeira associada ao atraso naquele envio. Em todo o caso, a ZON afirma ter sempre procurado que as empresas ao seu serviço cumpram o prazo fixado.

A ZON refere ainda que o atraso no envio do cadastro após os 30 dias de calendário não causa qualquer prejuízo à PTC (uma vez que esta já possui o essencial da informação, decorrente do processo submetido pelas Beneficiárias aquando da realização dos pedidos de acesso/utilização das infraestruturas), sendo a demora no cumprimento de uma regra procedimental prevista na ORAP suscetível de causar muitos prejuízos às Beneficiárias na medida em que tal demora restringe de modo significativo a capacidade de estas concorrerem sem entraves no mercado.

Ainda segundo a ZON, a PTC não fixou na ORAP qualquer prazo limite para a apresentação, por si, de pedidos de compensações a título de penalidades às Beneficiárias, ao contrário do que sucede relativamente a estas últimas, às quais foi fixado um prazo para apresentação desses pedidos, o que, no seu entender, viola o princípio da igualdade e da não discriminação, fornecendo uma vantagem à PTC sem qualquer motivo atendível. Deste modo, a ZON considera abusiva a pretensão da PTC em cobrar penalidades por alegados atrasos no envio de cadastros quando os mesmos se referem a instalações de cabos ocorridas desde datas tão recuadas como fevereiro de 2011, nunca tendo sido alertada pela PTC para tais alegados atrasos. Assim, argumenta que, caso se aplicasse à PTC o mesmo prazo que foi estabelecido para a apresentação, pelas Beneficiárias, de pedidos de compensação por incumprimento de níveis de serviço, a ZON poderia agora limitar-se a recusar o pagamento das penalidades em apreço com base no simples facto de o pedido de pagamento das mesmas ser extemporâneo

⁵ Disponível em

http://www.anacom.pt/streaming/DecisaoORAC28outubro2010.pdf?contentId=1057616&field=ATTACHED_FILE

(segundo a ZON, a data mais recente de entrega de cadastro objeto de penalidade reporta-se a início de junho de 2012 e como tal já teria ultrapassado o período máximo de 60 dias⁶).

Por outro lado, a ZON refere que, ainda que se admitisse a aplicação de penalidades às Beneficiárias no quadro da ORAP – o que não concede, pelas razões expostas – o montante concretamente fixado naquela Oferta (que pode atingir os 3.000 euros por cadastro e, no caso da ZON, em resultado do seu recurso intenso ao acesso a postes, pode conduzir à aplicação de penalidades no valor de mais de um milhão de euros), é manifestamente ilegal, porque as penalidades em causa, aplicadas por força de uma oferta de referência (ORAP) cujos termos e condições não são negociados com as Beneficiárias, que a eles aderem por força de um contrato-tipo (constante do Anexo 5 daquela Oferta), violam o regime das cláusulas contratuais gerais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, nomeadamente o seu artigo 19.º, al. c), que proíbe a consagração de “*cláusulas penais desproporcionadas aos danos a ressarcir*”, sendo, também por isso, nulas tais penalidades.

A ZON refere ainda que o advento da ORAP ocorreu sem um procedimento geral de consulta (artigo 8.º da LCE), formalidade que, no seu entender, é essencial, atento o impacto significativo desta Oferta no mercado, devendo ser cumprida por parte do ICP-ANACOM.

Finalmente, a aludida empresa expressa ainda o seu desagrado pelo facto de a PTC ter deliberadamente recorrido ao expediente de deixar acumular um volume significativo de casos de alegados atrasos no envio de cadastros no âmbito da ORAP, a que corresponde um montante elevadíssimo de penalidades, de modo a diminuir agora significativamente uma verba de que é efetivamente devedora, que foi indevidamente cobrada à ZON no quadro da ORAC e que há muito lhe é devida⁷.

Assim, pelos motivos expostos, a ZON formula os pedidos atrás referidos.

2.2. Alegações da Cabovisão

A Cabovisão informa que, de acordo com esclarecimentos que lhe foram prestados pela PTC, as penalidades aplicadas se referiam ao atraso ou falha da sua parte na entrega de cadastros ocorridos desde janeiro de 2011.

Para fundamentar a sua recusa em proceder ao pagamento das referidas faturas, a Cabovisão sustenta a ilegalidade do ponto 6.2 da ORAP, por falta de conformidade com:

- (a) A deliberação do ICP-ANACOM de 28.10.2010;
- (b) O regime das cláusulas contratuais gerais, fixado pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, objeto de posteriores alterações.

⁶ Quando a ZON refere que a colocação de pedidos de compensação pela PTC já teria ultrapassado o período máximo de 60 dias, presume-se que se esteja a referir à hipótese de se aplicar à PTC o prazo estipulado para as Beneficiárias, no âmbito da ORAP, para efeitos de apresentação de pedidos de compensação, dado que estes, nos termos do ponto 6.1 da referida Oferta, “*só serão aceites pela PT caso os mesmos sejam apresentados até ao final do segundo mês do trimestre seguinte àquele a que a(s) ocorrência(s) dizem respeito*”.

⁷ Note-se que a PTC emitiu à ZON, em 31.08.2012, uma nota de crédito que, apesar de lhe atribuir um crédito referente a acertos por desocupação de um conjunto de infraestruturas relativas à ORAC, subtrai um montante referente a penalidades por incumprimento no âmbito da ORAP.

Relativamente ao referido na alínea (a), a Cabovisão entende que da aludida deliberação resultou a obrigação de a PTC publicar uma Oferta de Referência de Acesso a Postes, incluindo todas as condições procedimentais, técnicas e económicas aplicáveis, designadamente para instalação de cabos, e considerando os princípios gerais adotados na ORAC, sem prejuízo de o ICP-ANACOM se ter reservado o direito de intervir caso as condições oferecidas não fossem as mais adequadas. A mesma empresa refere que a ORAC não prevê a aplicação de qualquer penalidade no caso de atraso ou falha na entrega de cadastros, apesar de prever um prazo idêntico - de 30 dias de calendário - para a referida entrega por parte das Beneficiárias (cfr. ponto 4.9 da ORAC). Assim sendo, considera que a ORAP não deveria também prever qualquer penalidade pelo atraso ou falha na entrega de cadastros.

A Cabovisão entende ainda que do atraso ou falha na entrega de cadastros não advém qualquer dano para a PTC, uma vez que sempre que uma Beneficiária da ORAP envia um pedido de acesso e instalação ou pedido de remoção, indica desde logo toda a informação sobre os cabos que pretende instalar ou remover, bem como a correspondente planta gráfica de ilustração. Aliás, no seu entendimento, essa mesma informação tem vindo a ser suficiente para que a PTC cobre regularmente à Cabovisão os sucessivos pedidos de acesso/instalação e os pedidos de remoção que esta tem apresentado no âmbito daquela Oferta.

No que diz respeito ao argumento enunciado na alínea (b) acima, a Cabovisão considera que o ponto 6.2 da ORAP é contrário ao disposto na alínea c) do artigo 19.º do regime das cláusulas contratuais gerais, de acordo com a qual são proibidas e como tal nulas, designadamente, as cláusulas contratuais gerais que, consoante o quadro negocial padronizado, consagram cláusulas penais desproporcionadas aos danos a ressarcir. Defende que esta previsão é aplicável ao estabelecido no ponto 6.2 da ORAP, na medida em que daí resulta uma indemnização excessiva, sem qualquer relação com eventuais danos ou custos - conforme já referido - e que, no seu valor máximo, pode atingir os 3.000 euros por cadastro, a multiplicar pelos inúmeros e recorrentes acessos da Cabovisão às infraestruturas no âmbito da ORAP.

Para reforçar a sua conclusão sobre a ilegalidade do aludido ponto 6.2, a Cabovisão acrescenta que a ORAP não estabelece um limite temporal para a PTC poder exigir o pagamento de penalidades, o que esta aproveita para cobrar valores alegadamente devidos desde janeiro de 2011, violando assim o princípio da segurança jurídica.

Assim, a Cabovisão solicitou a intervenção do ICP-ANACOM, nos termos já indicados.

2.3. Esclarecimentos e alegações da PTC

Em resposta ao pedido de informação que lhe foi dirigido, a PTC alegou que a aplicação de penalidades à ZON e à Cabovisão por incumprimento no âmbito da ORAP teve por base o previsto no ponto 6.2 daquela Oferta, nos termos do qual, *“caso a Beneficiária não cumpra o prazo máximo fixado para o envio do cadastro válido, por razões que lhe sejam exclusivamente imputáveis, à exceção de razões de força maior, a Beneficiária compensará a PTC”*. Nesse sentido, a PTC refere que, tendo verificado atrasos da ZON e da Cabovisão no envio de cadastros válidos, procedeu ao débito das penalidades devidas.

A PTC relevou que a ORAP surgiu em 22.12.2010, tendo informado o ICP-ANACOM, em 23.12.2010, da respetiva publicação e que, por não ter recebido quaisquer pedidos de

esclarecimento desta Autoridade quanto ao ponto 6.2 da referida Oferta, ficou convicta de que a Oferta cumpria na íntegra o determinado na deliberação de 28.10.2010. Assim, afirma que foi com surpresa que, após mais de 2 anos, se viu confrontada com a argumentação suscitada nos pedidos de intervenção da ZON e da Cabovisão formulados junto do ICP-ANACOM.

A PTC referiu que, na audiência prévia que conduziu à decisão do ICP-ANACOM de 28.10.2010, defendeu a inclusão de um conjunto de penalidades na Oferta visando incentivar o seu cumprimento, e considera que apenas com um envio atempado dos cadastros é possível assegurar a fiabilidade da informação disponibilizada pela PTC às próprias Beneficiárias. Neste contexto, a PTC relevou o referido pelo ICP-ANACOM:

- (a) Na decisão de 28.10.2010, “*caso a PTC venha a apresentar um número significativo de situações concretas e documentadas, tais como, instalação de cabos nas condutas sem autorização, deteção de técnico da Beneficiária a intervir nas condutas sem credenciação ou atrasos no envio de cadastro, o ICP-ANACOM irá analisar e ponderar a aplicação de outras medidas adequadas para obviar àquelas situações*”;
- (b) No âmbito de reclamação da Optimus – Comunicações, S.A, (Optimus) sobre faturação de serviços da ORAC, “*reconhecendo-se a importância do envio atempado dos cadastros, o ICP-ANACOM ..., atento o número de cadastros que continuam a ser remetidos fora do prazo, poderá vir a equacionar a aplicação de medidas adequadas por forma a minimizar esses atrasos*”.

A PTC informou que o universo das Beneficiárias objeto da aplicação das penalidades na ORAP tem vindo a reduzir-se o que, a seu ver, evidencia a eficácia da aplicação de penalidades, que se assumem como um forte dissuasor do incumprimento por parte das Beneficiárias. Acresce que, segundo a PTC, para além da diminuição das situações de incumprimento também os montantes das penalidades têm vindo a reduzir-se (*vide* tabela infra), o que mostra, segundo a PTC, um esforço das Beneficiárias da ORAP em cumprir as regras, defendendo que se deve continuar a incentivar o objetivo de entrega atempada dos cadastros.

Período	2012				
	Agosto	Setembro	Outubro	Novembro	Dezembro
Montante global das penalidades (euros)	>1.000.000	>100.000	>50.000	<15.000	<15.000

Fonte: PTC, tendo-se substituído os montantes concretos das penalidades por intervalos de valores.

A PTC reiterou a importância da entrega atempada dos cadastros face ao objetivo de manutenção da informação cadastral atualizada e fiável, motivo pelo qual considera que não pode ser acolhida a argumentação da ZON e da Cabovisão de que o atraso ou falha na entrega de cadastros não implica qualquer dano para si (segundo a PTC, o não envio atempado do cadastro pode ter consequências para a empresa, a nível contraordenacional e em matéria de segurança e integridade das redes, sendo que o desconhecimento exato do que é instalado, e da forma como é instalado, pode “*projetar uma dinâmica de tensões suscetíveis de rapidamente criar condições de instabilidade estrutural do próprio traçado*”).

Relativamente à eliminação do ponto 6.2 da ORAP (defendida pela ZON e pela Cabovisão) a PTC considera que esta poderia provocar um desequilíbrio acentuado nas condições de

prestação e suporte à ORAP (numa fase em que já seria patente o benefício que decorreu do estabelecido naquele ponto da ORAP), o que seria um retrocesso das condições atuais, ao que acresce o facto de a ORAP ser legitimada pela LCE (n.º 4 do artigo 26.º) e não por iniciativa comercial da PTC.

A PTC refere ter dúvidas quanto à possibilidade de aplicação do regime jurídico das cláusulas contratuais gerais, uma vez que, apesar de ser disponibilizado um contrato-tipo na ORAP, nada impede que as Beneficiárias proponham alterações ao mesmo, para além de o seu conteúdo estar sujeito a alterações impostas pelo ICP-ANACOM ao abrigo da LCE.

Em resumo, a PTC refere que, tendo em conta a obrigação de atualizar o cadastro da ORAC no prazo de 10 dias úteis e aplicando-se esse prazo à ORAP, tendo de dar resposta a pedidos de análise de viabilidade da Beneficiária num prazo de 30 dias úteis (sob pena de ter de pagar uma penalidade de 50 euros por dia, com um limite máximo de 60 dias úteis), podendo a PTC ser responsabilizada civilmente por dar uma resposta errada que origine danos na Beneficiária, considera que o montante da penalidade fixado não é excessivo, sendo proporcional aos danos que podem advir do seu incumprimento.

2.4. Análise do ICP-ANACOM

2.4.1. Publicação da ORAP, justificação de desvios face ao previsto na ORAC e possibilidade de intervenção por parte do ICP-ANACOM

Como ponto prévio, importa referir que as observações da ZON quanto à não realização pelo ICP-ANACOM de uma consulta pública sobre a ORAP não se justificam, uma vez que, no caso concreto, o sentido provável de decisão que determinou alterações à ORAC no sentido de incluir as condições de acesso a postes, e de que veio a resultar também a obrigação de publicação da ORAP, com respeito pelos princípios gerais adotados naquela Oferta, foi submetido aos adequados procedimentos de consulta⁸. Posteriormente, foi publicada pela PTC a oferta, não se tendo tratado da adoção, por parte do ICP-ANACOM, de qualquer medida com impacto significativo no mercado em causa sujeita ao procedimento geral de consulta nos termos do artigo 8.º da LCE.

Acresce que as Beneficiárias da ORAP, querendo, podem sempre e em qualquer momento solicitar a esta Autoridade que reveja os termos da Oferta, o que é, por exemplo, o caso em apreço.

Assim, sendo necessário contextualizar a questão subjacente à matéria em apreço, refira-se que, por deliberação de 28.10.2010, precedida de audiência prévia e consulta pública, o ICP-ANACOM determinou à PTC a publicação, no prazo de 30 dias úteis, de uma Oferta de Referência de Acesso a Postes (ORAP), incluindo todas as condições procedimentais, técnicas e económicas aplicáveis, designadamente para a instalação de cabos, “*e considerando os princípios gerais adotados na ORAC*”, devendo a PTC justificar os desvios da nova Oferta face ao previsto na ORAC.

⁸ Deliberação do ICP-ANACOM de 17.11.2009, disponível em <http://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=994326>.

Considera-se que a introdução de uma penalidade por incumprimento do prazo de envio de cadastros na primeira versão da ORAP (de 22.12.2010), por razões que sejam exclusivamente imputáveis à Beneficiária (à exceção de razões de força maior), não põe em causa os princípios da deliberação de 28.10.2010. Por conseguinte, nada impedia, à partida, que na ORAP se previssem penalidades aplicáveis às Beneficiárias, devendo as mesmas ser justificadas, o que a PTC veio agora fazer.

O ICP-ANACOM entende que a inclusão de uma penalidade aplicável às Beneficiárias que não cumpram o prazo previsto para o envio de cadastro válido, nos termos do ponto 4.8 da ORAP se justifica, em ordem a evitar incumprimentos nessa obrigação das Beneficiárias. Aliás, o ICP-ANACOM havia referido, no contexto da ORAC, que poderia vir a tomar medidas que incentivassem o envio atempado dos cadastros após a conclusão dos trabalhos, o que, como se referiu acima, se justifica na ORAP face às situações de incumprimento que foram elencadas pela PTC na sua carta de 25.01.2013.

A este respeito, salienta-se ser válido o argumento da PTC de que o desconhecimento do cadastro relativo às atividades das Beneficiárias na sua rede de postes pode pôr em causa a integridade das redes, podendo *“projetar uma dinâmica de tensões suscetíveis de rapidamente criar condições de instabilidade estrutural do próprio traçado”*.

Com efeito, na altura, o ICP-ANACOM admitia que a ORAP pudesse ter particularidades que a distinguíssem da ORAC, sendo que a justificação que a PTC apresenta para a imposição de uma penalidade às Beneficiárias por atraso no envio de cadastros é razoável, como se analisa adiante em maior profundidade.

Ao ser publicada a ORAP e nos 20 meses seguintes (até setembro de 2012) nenhuma das Beneficiárias apresentou qualquer comentário ou pedido de intervenção em relação à introdução daquela disposição.

Neste contexto, releva-se que o que motiva o ICP-ANACOM a intervir na presente deliberação não é a inclusão de penalidades por incumprimento do prazo de envio de cadastros pelas Beneficiárias no âmbito da ORAP, mas sim, em primeiro lugar, o facto de a PTC ter deixado acumular durante cerca de ano e meio os casos de incumprimento justificativos da respetiva aplicação, o que reduziu significativamente o respetivo valor dissuasivo – assim afetando a sua proporcionalidade, na vertente da adequação de um meio ao fim que através dele se visa obter –, não evitando que os incumprimentos se multiplicassem e prolongassem no tempo, ao contrário do que certamente teria acontecido se a sua aplicação se seguisse, em prazo razoável, aos factos que justificavam a sua aplicação. Em segundo lugar, o valor máximo de penalidade previsto para cada incumprimento, que sempre poderia ser considerado excessivo face ao prejuízo decorrente do atraso ou do não envio de cadastros por parte das Beneficiárias (como adiante se verá), em conjunto com a demora que presidiu à interpeção das Beneficiárias para o seu pagamento, ao mesmo tempo que pôs em evidência o carácter excessivo do máximo estabelecido, resultou na faturação de valores desproporcionais –, que suscitaram a contestação justificada de algumas Beneficiárias da ORAP junto desta Autoridade.

Os contornos mais gravosos desta situação decorrem assim, em grande medida, do facto de a PTC ter deixado passar cerca de um ano e meio entre os primeiros incumprimentos e a interpeção às beneficiárias para o pagamento das penalidades correspondentes.

Este facto foi possível por (segundo a ORAP), a PTC não ter, ao contrário das Beneficiárias, de cumprir um prazo para as notificar de que deverão proceder ao pagamento de penalidades devidas a um incumprimento dos prazos de envio dos cadastros.

Com efeito, se a PTC tivesse notificado atempadamente as Beneficiárias da ORAP, i.e., se o tivesse feito num lapso de tempo razoável após a verificação das situações de incumprimento, e não muito depois (em alguns casos mais de um ano e meio depois), certamente que o comportamento daqueles operadores seria distinto no tocante ao cumprimento do prazo de envio de cadastros. A situação verificada antes e após as comunicações de incumprimento e aplicação das respetivas penalidades mostrou não só que a existência destas constitui um incentivo adequado para o cumprimento de determinadas obrigações por parte das Beneficiárias, como que já poderia ter tido esse efeito, se a interpelação para o pagamento fosse feita num prazo razoável – por exemplo, aquele que a PTC estabeleceu para aceitar que as Beneficiárias a notificassem a si própria para as compensar por incumprimentos em que incorra.

Assim, a inexistência de um prazo para a PTC poder apresentar às Beneficiárias os pedidos de compensação por incumprimento, associada ao elevado valor máximo previsto para as penalidades, e a acumulação, ao longo de cerca de um ano e meio, de um conjunto de situações de incumprimento que resultaram na faturação de valores desproporcionais são dois fatores que o ICP-ANACOM entende terem provocado uma situação de desequilíbrio com claro benefício para a PTC, a nível das penalidades por incumprimento, situação que importa corrigir.

Neste contexto, o ICP-ANACOM entende ser necessário equacionar: (i) a revisão do valor previsto como limite das penalidades por incumprimento do prazo de envio de cadastro pelas Beneficiárias da ORAP, com efeitos retroativos, bem como (ii) a definição de um prazo para a PTC apresentar os respetivos pedidos de compensação às Beneficiárias da ORAP, matérias que serão abordadas nas secções seguintes do presente documento.

Quanto ao facto de a PTC alegar que, por não ter recebido quaisquer pedidos de esclarecimentos do ICP-ANACOM quanto ao ponto 6.2 da ORAP, ficou convicta de que a Oferta cumpria na íntegra o determinado na deliberação de 28.10.2010, tendo recebido com surpresa, quase 2 anos após a publicação da Oferta, a argumentação suscitada pelos pedidos de intervenção da ZON e da Cabovisão formulados junto desta Autoridade quando decidiu cobrar as penalidades que entendia serem devidas por incumprimento sobre situações que ocorreram há mais de 1 ano, realça-se o seguinte:

- (a) A LCE não prevê um mecanismo de aprovação de ofertas de referência grossistas previamente à sua publicação, mas sim a possibilidade de intervenção a todo o tempo por parte do ICP-ANACOM, inclusivamente com eficácia retroativa;
- (b) O ICP-ANACOM tem o poder, que é simultaneamente o dever, de supervisão, o qual exerce em permanência;
- (c) Perante os pedidos de intervenção da ZON e da Cabovisão, não poderia o ICP-ANACOM, no exercício das suas competências, deixar de proceder à análise e procurar esclarecer, junto da PTC, enquanto responsável pela ORAP, todos os aspetos

que os mesmos suscitarão, direta e indiretamente, tendo face aos mesmos um dever de decisão;

- (d) Os pedidos de intervenção da ZON e da Cabovisão, na qualidade de Beneficiárias da ORAP, são recentes, tendo sido submetidos à apreciação do ICP-ANACOM apenas no final de 2012, claramente como reflexo de só em agosto do mesmo ano a PTC ter procedido à faturação dos montantes a cobrar por atrasos no envio de cadastros; só quando confrontadas com as primeiras faturas relativas a penalidades devidas no âmbito da ORAP, as Beneficiárias reagiram àquela condição e apelaram à intervenção do ICP-ANACOM.

Importa também referir que tanto a ZON como a Cabovisão invocam a nulidade das penalidades previstas no ponto 6.2 da ORAP ao abrigo do regime das cláusulas contratuais gerais.

As cláusulas contratuais gerais elaboradas sem prévia negociação individual, que destinatários indeterminados se limitem a subscrever ou aceitar, regem-se pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, objeto de posteriores alterações.

Nos termos da alínea c) do artigo 19.º do referido diploma, são proibidas as cláusulas contratuais gerais que consagrem cláusulas penais desproporcionadas aos danos a ressarcir, sendo nulas nos termos nele previstos (cf. artigo 12.º).

O ponto 6.2 da ORAP pode ser considerado uma cláusula penal desproporcionada face aos danos que pretende ressarcir. Como referido, as penalidades previstas – que podem atingir 3.000,00 euros por cada cadastro omissis – afiguram-se desproporcionadas em relação ao impacto negativo decorrente do não envio da informação cadastral.

Paralelamente, a ORAP é omissa quanto ao prazo máximo dentro do qual podem ser apresentados às Beneficiárias eventuais pedidos de compensação pela PTC, a título de penalidade por incumprimento do prazo fixado para envio de cadastro, o que conduz a situações como as reportadas pela ZON e pela Cabovisão, nas quais a PTC pretende cobrar-se de atrasos no envio de cadastros relativos a intervenções realizadas por essas Beneficiárias desde o início de 2011.

Note-se, porém, que apesar de as cláusulas da ORAP transpostas para os contratos-tipo celebrados no respetivo âmbito constituírem um clausulado predeterminado pela PTC sem prévia negociação individual por parte das Beneficiárias, não se afigura que devam ser analisadas, à partida, face ao regime das cláusulas contratuais gerais, dado que este regime jurídico não se aplica a “contratos submetidos a normas de direito público” (cf. artigo 3.º, alínea c) do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro). E, sendo a ORAP publicada em cumprimento de obrigações impostas pelo ICP-ANACOM ao abrigo das suas competências legais, estará condicionada por normas com a referida natureza.

Neste contexto, o ICP-ANACOM considera que o regime das cláusulas contratuais gerais não será o quadro adequado para análise e decisão sobre esta matéria.

2.4.2. Prazo para apresentação do pedido de compensação e prazo para envio dos cadastros

Como atrás referido, na ORAP existe uma disposição no final da secção 6.1, que prevê que os pedidos de compensação colocados pelas Beneficiárias só serão aceites pela PTC caso sejam apresentados “até ao final do segundo mês do trimestre seguinte àquele a que a(s) ocorrência(s) dizem respeito”⁹. A cobrança pela PTC de penalidades relativas a atrasos no envio de cadastros referentes a intervenções/instalações que ocorreram em período mais distante do que aquele em que as Beneficiárias da Oferta têm de apresentar os seus próprios pedidos de compensação é uma situação desequilibrada, a favor da PTC. Além disso, e como também foi referido, reduz o efeito de dissuasão da aplicação das penalidades.

A este respeito assinala-se o entendimento da PTC quanto a tal situação, ao referir, em resposta ao pedido de informação desta Autoridade, que “A PTC não incluiu na ORAP um prazo de caducidade para efetuar pedidos de compensação por si dirigidos às Beneficiárias porque entendeu não ser do seu interesse fazê-lo (...)”.

Além da questão do prazo para a solicitação do pagamento das compensações devidas a título de penalidades, a vinculação ao pagamento de compensações devidas a título de penalidades por parte da PTC está sujeita ao prévio cumprimento de outras obrigações pela(s) Beneficiária(s), a saber, ao fornecimento dos “planos de previsões relativos aos serviços a contratar”, ao facto de essas previsões terem sido consideradas efetivas e ao pagamento, de forma pontual e integral, das faturas vencidas relativas aos serviços prestados pela PTC¹⁰, bem como à condição de a Beneficiária ter remetido a informação de cadastro no prazo previsto¹¹, o que não acontece no caso da PTC. Ou seja, está prevista na ORAP, também sem que se trate de uma condição que tenha paralelo nas obrigações da PTC para com as Beneficiárias da ORAP, uma segunda penalidade para a falta de envio atempado da informação de cadastro.

Ainda a propósito da inexistência na ORAP de um prazo limite para apresentação, por parte da PTC, de pedidos de compensação por incumprimento a serem pagas pelas Beneficiárias, a PTC referiu em resposta ao pedido de informação do ICP-ANACOM que “as Beneficiárias podem sempre invocar a prescrição, nos termos gerais de direito, vendo sempre garantidos os respetivos direitos”.

Sem prejuízo para a possibilidade de a(s) Beneficiária(s) invocar(em) a prescrição, entende-se que a disponibilização das ofertas grossistas (neste caso a ORAP), para além de resultar de uma norma legal, resulta também de obrigações impostas em sede de uma análise de mercados promovida pelo ICP-ANACOM, sendo reguladas por si numa grande extensão; as respetivas condições devem ser as que melhor assegurem as condições de acesso perturbadas, ou em risco de serem perturbadas, pelo poder de mercado significativo da empresa obrigada a apresentar aquelas ofertas.

⁹ No Anexo 5 à ORAP (contrato-tipo) é referido que “As penalidades devem ser reclamadas e notificadas pela «BENEFICIÁRIA» no prazo de 3 (três) meses a contar da data do facto que lhe deu origem. Decorrido o prazo de 3 meses, a PTC tem a faculdade de recusar o pagamento do valor correspondente às quantias posteriormente solicitadas” (cfr. n.º 3 da cláusula 12.ª), o que não está alinhado com o disposto no corpo da oferta.

¹⁰ Conforme n.º 4 da cláusula 12.ª do Anexo 5 à ORAP.

¹¹ Conforme secção 6.1. da ORAP, sendo esta matéria analisada em secção posterior.

Com efeito, do até agora exposto resulta que a ORAP, na sua redação atual, permite, de forma desequilibrada, como a prática da PTC veio a evidenciar, que a empresa, muito tempo depois de ocorrido o incumprimento, possa cobrar penalidades às Beneficiárias, independentemente da data a que se referem as intervenções relativamente às quais não dispõe de cadastro atualizado.

Para corrigir esse desequilíbrio, reconhece-se, portanto, a necessidade de fixação de um prazo máximo para a PTC exercer, nos termos do previsto no ponto 6.2 da ORAP, o direito de cobrança de penalidades pelo não cumprimento do prazo previsto para o envio de cadastro.

A lei considera válidos os negócios jurídicos através dos quais se criem casos especiais de caducidade (*vide* artigo 330.º, n.º 1 do Código Civil), pelo que a PTC poderia por sua iniciativa i) alterar a ORAP no sentido de aditar ao ponto 6.2 um prazo de caducidade dentro do qual passa a apresentar às Beneficiárias eventuais pedidos de compensação a título de penalidade por não cumprimento do prazo fixado para envio de cadastro e ii) fazer refletir esse prazo no contrato de prestação de serviços para oferta de acesso e utilização de postes e infraestrutura associada, cuja minuta-tipo consta do Anexo 5 da ORAP. Duvida-se, no entanto, que a PTC o faça por iniciativa própria, por ter já assumido a sua falta de incentivo para tal, como acima referido. Ora, considerando-se necessária a consagração dessa regra na ORAP, deve o ICP-ANACOM intervir nesse sentido.

A possibilidade de fixação do prazo em causa por determinação do ICP-ANACOM não pode assim deixar de ser avaliada no contexto das obrigações impostas à PTC no quadro da análise de mercado em causa (Mercado 4 - mercado de fornecimento grossista de acesso (físico) à infraestrutura de rede num local fixo).

Com efeito, por deliberação de 28.10.2010, o ICP-ANACOM determinou à PTC que publicasse uma Oferta de Referência de Acesso a Postes, dadas as dificuldades alegadas pelos operadores alternativos no respeitante quer aos processos, quer aos preços ou aos níveis de serviço propostos e dada a necessidade de o acesso à infraestrutura em causa ter um acompanhamento mais rigoroso, assumindo uma maior estruturação (face à oferta comercial), englobando aspetos normalmente incluídos nas ofertas de referência reguladas pelo ICP-ANACOM, que pode nesse âmbito intervir caso as condições oferecidas não sejam as mais adequadas.

Importa, contudo, ter presente que, nos termos do artigo 72.º, n.º 1 da LCE, o ICP-ANACOM no quadro da análise do Mercado 4¹² impôs à PTC a obrigação de dar resposta aos pedidos razoáveis de acesso e utilização de elementos de rede específicos e recursos conexos, nomeadamente, nas situações em que a recusa de acesso ou a fixação de condições não razoáveis prejudicariam a emergência de um mercado concorrencial sustentável a nível retalhista ou os interesses dos utilizadores finais. No exercício desta competência, o ICP-ANACOM impôs à PTC a obrigação de negociar de boa-fé com as empresas que pedem acesso (atual artigo 72.º, n.º 2, alínea 1) da LCE).

Assim, considerando-se justificada a fixação na ORAP de uma penalidade por não cumprimento do prazo para envio de cadastro válido à PTC, considera-se igualmente

¹² Deliberação do ICP-ANACOM de 14.01.2009, disponível em <http://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=812458>.

importante que essa penalidade seja prevista de modo razoável e em condições tais que não se revele constrangedora do acesso pelas empresas interessadas à infraestrutura em causa, atendendo à importância de que se reveste a ORAP, assim como outras ofertas, para a existência de serviços alternativos no mercado e para a promoção da concorrência.

Uma das condições que nesse quadro será importante observar é, para além do montante, o prazo dentro do qual a cobrança das penalidades no âmbito da ORAP pode ser exigida. A relevância dessa condição não é alheia à PTC, que prevê no ponto 6.1. da ORAP que os pedidos de compensações por incumprimento de níveis de serviço, colocados pela Beneficiária, só serão aceites por aquela empresa caso sejam apresentados até ao final do segundo mês do trimestre seguinte àquele a que a(s) ocorrência(s) diz(em) respeito.

Dando tratamento equivalente ao que é equivalente – as penalidades previstas nos pontos 6.1 e 6.2 da ORAP são ambas caracterizáveis como verdadeiras cláusulas penais – esse direito à penalidade deve, em qualquer caso, ser exercido de acordo com o princípio da boa-fé.

Assim, deve a PTC, como decorrência da obrigação imposta ao abrigo do artigo 72.º, n.º 1 e n.º 2, alínea l) do mesmo artigo da LCE, alterar a ORAP por forma a alinhar o prazo de que dispõe para efetuar o respetivo pedido de compensação às Beneficiárias com o prazo que estas têm para apresentar os pedidos de compensação à PTC.

Finalmente, quanto à pretensão da ZON e da Cabovisão de alargamento para 90 dias do prazo máximo para envio do cadastro à PTC, após a conclusão dos serviços de acesso e instalação, intervenções, remoções e desvios de traçado, o ICP-ANACOM entende que o prazo máximo atualmente previsto na secção 4.8 da ORAP (de 30 dias de calendário) é suficiente para que uma Beneficiária da ORAP, após a conclusão dos trabalhos por si realizados, possa atempadamente atualizar o cadastro de ocupação e remetê-lo à PTC, pelo que não se acolhe aquela pretensão. Releva-se, a este propósito, que no âmbito da ORAC, o prazo máximo para envio de cadastros pelas Beneficiárias, após a conclusão dos serviços de acesso e instalação, remoção e desvios de traçado é também de 30 dias de calendário.

2.4.3. Impacto na PTC dos atrasos das Beneficiárias no envio de cadastro (valor limite da penalidade)

A PTC introduziu na primeira versão da ORAP uma penalidade a pagar pelas Beneficiárias pelo não envio atempado dos cadastros, de 50 euros por cada dia útil de atraso, com um limite de 60 dias úteis, o que para cada atraso no envio de cadastro pode atingir um limite de 3.000 euros.

A regra estabelecida foi justificada com o facto de os atrasos no envio de cadastros aqui em causa terem impacto a nível de eventuais penalidades em que a PTC pode incorrer caso disponibilize informação de viabilidade incorreta às Beneficiárias, entendendo a empresa que as penalidades devidas pelas Beneficiárias deviam ser fixadas com base no valor (e limite) das penalidades que aquela tem também de pagar no caso de incumprimento do prazo de resposta a pedidos de análise de viabilidade.

Efetivamente, a informação de cadastro remetida pelas Beneficiárias da ORAP após a conclusão dos trabalhos é relevante para a PTC poder responder corretamente aos pedidos que

lhes são dirigidos por estas, relativos à existência (ou não) de espaço disponível num dado traçado aéreo para que possam ser albergados os seus cabos. Contudo, tal como foi referido pelo ICP-ANACOM no relatório de audiência prévia aprovado por decisão de 28.10.2010 sobre alterações à ORAC, o atraso das Beneficiárias no envio da informação de cadastro prejudica essencialmente outras Beneficiárias que fazem um pedido de viabilidade ao qual a PTC, com base na informação disponível (não atualizada por responsabilidade da primeira Beneficiária), pode dar uma resposta positiva, deslocando a segunda Beneficiária recursos para o terreno e verificando que a instalação não é possível. Situação idêntica poderá ocorrer no âmbito da ORAP.

Numa outra perspetiva, reconhece-se o direito da PTC a ter, em cada momento, informação atualizada sobre a sua rede, quer para o seu próprio planeamento, quer para informar corretamente terceiros, o que poderá ser posto em causa em determinadas situações de atraso no envio de cadastros, pelo que se entende que se justifica a aplicação de um valor diário para a penalidade por atraso no envio de cadastros, atualmente fixado em 50 euros e sobre o qual não se vê, para já, motivo para impor alterações, sem prejuízo de eventual reavaliação futura da matéria.

Já em relação ao valor limite da penalidade, há que ter em conta que, enquanto um incumprimento pela PTC do prazo de resposta a um pedido de análise de viabilidade tem impacto direto na Beneficiária da ORAP, que ao não receber atempadamente a informação sobre a viabilidade fica atrasada ou mesmo impossibilitada de efetuar o planeamento e a instalação da sua rede (i.e., dos seus cabos) nos postes da PTC, sofrendo por conseguinte um prejuízo efetivo, o impacto na PTC do atraso no envio de cadastros pelas Beneficiárias resume-se à não atualização da informação sobre a sua rede de postes, o que pode ser sanado por uma deslocação dos seus técnicos para verificação do que (e como) foi instalado.

Assim, o ICP-ANACOM entende que não se pode fazer uma analogia direta entre o valor limite da penalidade por incumprimento pela PTC do prazo de resposta a pedido de análise de viabilidade – que é de 60 dias úteis - e o valor limite da penalidade por incumprimento do prazo de envio de cadastros pelas Beneficiárias, pelo que a justificação dada pela PTC para o limite das penalidades devidas neste último caso não colhe.

Neste contexto, é também relevante averiguar o que sucede em matéria de envio de cadastros por empresas subcontratadas pela própria PTC na sequência de instalações/intervenções realizadas em postes desta última. Assim, da informação disponibilizada, verifica-se que, no caso de atraso no envio de cadastro pelas empresas subcontratadas, a PTC **[início de informação confidencial]** **[fim de informação confidencial]**.

Além disso, este tipo de incumprimento é caracterizado, nesses contratos, como **[início de informação confidencial]**

[fim de informação

confidencial] o que mostra uma clara desproporção em prejuízo das Beneficiárias da ORAP.

Assim, considera-se que, caso a PTC não receba atempadamente o cadastro após a conclusão dos trabalhos realizados pelas Beneficiárias da ORAP nos seus postes, o prejuízo para si própria é, à partida, o custo associado à deslocação de uma equipa ao local e ao tempo despendido para identificar o que foi efetivamente instalado por aquelas nos postes da PTC.

Quanto ao apuramento do valor limite da penalidade, considerando como uma boa *proxy* os valores máximos acumulados que se encontram atualmente previstos na ORAP para o acompanhamento e supervisão pela PTC dos trabalhos realizados nos postes, e admitindo que 50% dessas deslocações ocorrem em período normal e 50% nos restantes períodos - o que poderá justificar-se por forma a não afetar os trabalhos normais dos técnicos da PTC -, obtém-se um máximo acumulado de 162,50 euros. Esta é, assim, uma estimativa para o valor limite do prejuízo em que a PTC incorreria ao ter que fazer deslocar os seus técnicos para confirmar o que foi instalado, removido ou alterado, caso a Beneficiária a que respeita o cadastro em falta não o tenha remetido após os trabalhos efetuados. No entanto, terá de haver um fator de dissuasão para o incumprimento por parte das Beneficiárias, que se define, no caso presente, como sendo o dobro do custo em que a PTC incorre para verificar o que foi, de facto, instalado ou removido. Ou seja, entende-se que o valor máximo por cada incumprimento no envio do cadastro por parte da Beneficiária deve situar-se em 325 euros.

Justifica-se que a aplicação desse valor máximo às penalidades devidas por atraso do prazo previsto produza efeitos retroativamente, isto é, retroaja à data da publicação da ORAP, a 22 de dezembro de 2010, na medida em que, para além de o limite agora previsto na ORAP ser claramente excessivo, o atraso com que a PTC interpelou as Beneficiárias para pagarem as penalidades em que incorreram ampliou o desequilíbrio da condição introduzida na Oferta.

A atribuição de efeitos retroativos à determinação em causa suporta-se no disposto na alínea a) do n.º 3 do artigo 68.º da LCE, nos termos do qual “*A ARN pode ainda determinar 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*” (destaque nosso) e é consentida pelo disposto no artigo 128.º, n.º 2, alínea c) do CPA.

Nos termos do artigo 66.º, n.º 1 da LCE, compete à ARN determinar a imposição, manutenção, alteração ou supressão de um conjunto de obrigações em matéria de acesso ou interligação aplicáveis às empresas declaradas com poder de mercado significativo. Integra esse conjunto a obrigação de dar resposta aos pedidos razoáveis de acesso, nos termos do artigo 72.º da LCE, bem como a publicação de propostas de referência, nos termos dos artigos 68.º e 69.º da mesma Lei (*vide* as alíneas a) e d) do n.º 1 do artigo 66.º), obrigações que o ICP-ANACOM impôs à PTC no quadro da análise do Mercado 4.

Como dispõe o n.º 3 do artigo 72.º da LCE, a imposição da obrigação de dar resposta aos pedidos razoáveis de acesso, nas suas diversas componentes (cf. alíneas a) a l) do n.º 2 do artigo 72.º) pode ser acompanhada da previsão pela ARN de condições de justiça, razoabilidade e oportunidade no seu cumprimento.

A determinação da aplicação, com efeitos retroativos, do novo valor máximo acima referido, para efeitos da penalidade a aplicar às Beneficiárias por incumprimento do prazo para envio de cadastro válido à PTC, visa conformar a Oferta publicada pela PTC, com os termos da obrigação em causa, que foi imposta pelo ICP-ANACOM através da Deliberação de 28.10.2010 – obrigação essa cuja imposição tinha por objetivo a fixação de condições razoáveis na Oferta de acesso disponibilizada pela referida empresa, que não prejudicasse a concorrência do mercado, por forma a acautelar que as condições estabelecidas pela PTC na ORAP sejam justas e razoáveis e conduzam a negociações, com as Beneficiárias, com respeito pelo princípio da boa-fé (tal como se prevê nos n.ºs. 1 a 3 do citado artigo 72.º da LCE).

O valor máximo fixado na ORAP, associado à inexistência de um prazo de caducidade para apresentação, pela PTC, dos pedidos de compensação por atrasos no envio dos cadastros, conduziu a uma situação desequilibrada e injusta, como se veio a comprovar através da conduta que aquela adotou – ao deixar acumular, durante cerca de um ano e meio, os valores que veio a cobrar às Beneficiárias a título de penalidades.

A alteração que se visa agora impor, com efeitos retroativos, encontra-se, pois, justificada, quer por caber na previsão constante dos artigos 68.º, n.º 3, alínea a) da LCE e 128.º do CPA, quer pela necessidade de tornar efetivas as obrigações impostas em conformidade com o art.º 66.º da referida Lei, em especial a obrigação de dar acesso em condições razoáveis (justas e equilibradas).

Nesse sentido, e em consequência, a PTC deverá corrigir a situação verificada, retificando os valores que foram faturados ao abrigo do que constava do ponto 6.2 da ORAP, a título de penalidades por incumprimento do prazo de envio de cadastro (tendo por base o limite que agora se estabelece) e reembolsando as Beneficiárias dos montantes que tenham sido já pagos e que ultrapassem os novos valores que venham a ser apurados na sequência daquela retificação.

Releva-se que o valor limite da penalidade que foi introduzido pela PTC na primeira versão da ORAP, por cada atraso no envio de cadastro pelas Beneficiárias, podia atingir os 3.000 euros, valor este significativamente superior ao valor limite de 325 euros agora estimado.

2.4.4. Condições para o pagamento de penalidades pela PTC

No ponto 6.1 da ORAP está previsto que uma das condições para que a PTC se encontre vinculada ao pagamento às Beneficiárias de penalidades pelo incumprimento dos PQS1 (prazo para resposta a um pedido de informação) e PQS2 (prazo para resposta a um pedido de análise de viabilidade) é o envio de informação de cadastro pela Beneficiária no prazo previsto.

O ICP-ANACOM entende que a introdução de tal condição não se justifica, uma vez que no ponto 6.2 da ORAP já se encontram previstas penalidades a pagar à PTC pelas Beneficiárias da ORAP no caso de falta de envio atempado dos cadastros, após a conclusão dos trabalhos realizados por aquelas nos postes da PTC. Deste modo, aquela condição constituiria uma dupla penalização da Beneficiária pelo mesmo incumprimento.

Assim, deve a PTC remover da secção 6.1 da ORAP, no prazo de 10 dias úteis a contar da data da decisão final, a condição (de envio de informação de cadastro pela Beneficiária) que introduziu para que se encontre vinculada ao pagamento das penalidades às Beneficiárias pelo incumprimento dos PQS1 e PQS2.

2.5. Conclusão

Perante o exposto:

- A. Considera-se que o valor do limite das penalidades por incumprimento do prazo de envio de cadastro pelas Beneficiárias previsto no ponto 6.2 da ORAP não é razoável, devendo por isso ser alterado (com efeitos à data de introdução da referida disposição).

Assim, deve a PTC alterar o ponto 6.2 da ORAP com efeitos à data da publicação da primeira versão desta Oferta, fixando um limite de 325 euros para a penalidade aí prevista para o incumprimento, pelas Beneficiárias, do prazo de envio dos cadastros.

- B. Em consequência, e face ao efeito retroativo estabelecido, a PTC deve também retificar os valores que foram faturados ao abrigo do que constava do citado ponto 6.2 da ORAP, a título de penalidades por incumprimento do prazo de envio de cadastro (tendo por base o limite que agora se fixa) e reembolsar as Beneficiárias dos montantes que tenham sido já pagos e que ultrapassem os novos valores que venham a ser apurados na sequência daquela retificação.
- C. Deve a PTC, no prazo de 10 dias úteis a contar da data da decisão final, alterar a ORAP por forma a alinhar o prazo de que dispõe para efetuar o respetivo pedido de compensação às Beneficiárias com o prazo que estas têm para apresentar os pedidos de compensação à PTC.
- D. Deve a PTC, no prazo de 10 dias úteis a contar da data da decisão final, remover do ponto 6.1 da ORAP a condição prevista na respetiva alínea iii) (de envio, pelas Beneficiária, da informação de cadastro no prazo fixado naquela Oferta), a que sujeitou a obrigação de pagamento das penalidades às Beneficiárias pelo incumprimento dos PQS1 e PQS2.

3. DELIBERAÇÃO

Face à análise *supra*, o Conselho de Administração do ICP-ANACOM, no âmbito das atribuições previstas nas alíneas b), e), f), h) e n) do n.º 1 do artigo 6.º dos Estatutos, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 309/2001, de 7 de dezembro, no exercício das competências previstas nas alíneas b) e g) do artigo 9.º dos mesmos Estatutos, tendo em conta os objetivos de regulação previstos nas alíneas a) e c) do n.º 1, b) do n.º 2 e c) do n.º 5, todos do artigo 5.º da Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro, alterada pela Lei n.º 51/2011, de 13 de setembro, bem como da competência prevista no n.º 4 do artigo 26.º e na alínea a) do n.º 3 do artigo 68.º do mesmo diploma, e em execução das medidas determinadas na sequência da análise do mercado de fornecimento grossista de acesso (físico) à infraestrutura de rede num local fixo, delibera:

Submeter à audiência prévia dos interessados, nos termos dos artigos 100.º e 101.º do Código do Procedimento Administrativo, e ao procedimento geral de consulta previsto no artigo 8.º

da Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro, alterada pela Lei n.º 51/2011 de 13 de setembro, fixando para ambos o prazo máximo de 20 dias úteis para que os mesmos, querendo, se pronunciem por escrito, o seguinte:

- D1.** Deve a PTC alterar o ponto 6.2 da ORAP com efeitos à data da publicação da sua primeira versão, fixando o limite de 325 euros para a penalidade estabelecida por incumprimento, pelas Beneficiárias, do prazo fixado para envio dos cadastros.
- D2.** Deve a PTC retificar os valores que foram faturados ao abrigo do que constava do ponto 6.2 da ORAP, a título de penalidades por incumprimento do prazo de envio de cadastro (tendo por base o limite fixado no ponto **D1 supra**) e reembolsar as Beneficiárias dos montantes que tenham sido já pagos e que ultrapassem os novos valores que venham a ser apurados na sequência daquela retificação.
- D3.** Deve a PTC alterar a ORAP, no prazo de 10 dias úteis a contar da data da decisão final, por forma a alinhar o prazo de que dispõe para efetuar o respetivo pedido de compensação às Beneficiárias com o prazo que estas têm para apresentar os pedidos de compensação à PTC.
- D4.** Deve a PTC remover do ponto 6.1 da ORAP, no mesmo prazo definido em **D3**, a condição prevista na respetiva alínea iii) (de envio, pelas Beneficiárias, da informação de cadastro no prazo fixado naquela Oferta), que introduziu para que se encontre vinculada ao pagamento, às Beneficiárias, das compensações pelo incumprimento dos PQS1 e PQS2.