

**Relatório relativo ao procedimento geral de consulta e à audiência dos
interessados do projecto de decisão relativo à
revogação dos direitos de utilização de frequências associados aos
*Multiplexers B a F***

ESTRUTURA DO RELATÓRIO

1. INTRODUÇÃO

2. COMENTÁRIOS RECEBIDOS E ENTENDIMENTOS DO ICP-ANACOM

2.1. Apreciação na generalidade

2.2. Apreciação na especialidade

2.2.1. O modelo definido para a introdução da TDT em Portugal

2.2.2. Revogação de actos administrativos válidos

2.2.3. Análise do pedido – Promoção da concorrência

2.2.4. Análise do pedido – Factores indutores da migração voluntária

2.2.5. Análise do pedido – Outros argumentos invocados pela PTC

2.2.6. Análise do pedido – A utilização da sub-faixa dos 790-862 MHz

2.2.7. Posição assumida pelo ICP-ANACOM relativamente à caução

3. CONCLUSÕES

1. INTRODUÇÃO

Por deliberação do Conselho de Administração do ICP-Autoridade Nacional de Comunicações (ICP-ANACOM), de 29 de Janeiro de 2010, foi aprovado o sentido provável de decisão (SPD) de revogação do acto de atribuição dos direitos de utilização de frequências associados aos *Multiplexers* B a F (Muxes B a F) e, conseqüentemente, dos cinco títulos que consubstanciam os direitos de utilização atribuídos à PT Comunicações, S.A. (PTC) e determinada, por um período de 20 dias úteis, a sua sujeição a audiência prévia dos interessados (nos termos dos artigos 100º e 101º do Código do Procedimento Administrativo - CPA) e a procedimento geral de consulta (nos termos do artigo 8º da Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro - LCE).

Até ao termo do prazo fixado para a recepção de comentários (01.03.2010), foram recebidas as respostas das seguintes entidades e pessoas singulares:

- Associação Portuguesa de Radiodifusão (**APR**)
- Grupo Media Capital (**GMC**)
- IMPRESA- Sociedade Gestora de Participações Sociais, S.A. (**IMPRESA**)
- PT Comunicações, S.A. (**PTC**)
- SONAECOM – Serviços de Comunicações, S.A. (**SONAECOM**)
- Televés Electrónica Portuguesa, Lda (**TELEVÉS**)
- Vodafone Portugal, Comunicações Pessoais, S.A (**VODAFONE**)
- ZON TV Cabo Portugal, S.A (**ZON**)
- Aldino Garrudo
- Electro.sa¹
- Eliseu A. Macedo
- Enio Gomes
- João Frutuoso Fernandes
- Jorge Cunha

¹ A resposta/comentário não continha identificação do seu signatário, pelo que apenas se dispõe da designação utilizada no endereço de email.

- Miguel Vitorino²
- Nelson Teixeira
- Ricardo Duarte
- Rui Rebelo de Sousa

O presente relatório inclui uma síntese das posições manifestadas sobre o projecto de deliberação submetido a consulta³, bem como o entendimento desta Autoridade sobre as mesmas, respeitando a ordem em que as matérias foram abordadas e analisadas no SPD.

Atento o carácter sintético deste documento, a sua análise não dispensa a consulta das referidas respostas, as quais serão disponibilizadas no sítio do ICP-ANACOM na internet em simultâneo com o presente relatório, na parte em que não foi solicitada a confidencialidade.

A este propósito importa referir que uma entidade (**ZON**) solicitou a confidencialidade da totalidade da sua resposta pelo que o teor da mesma não é disponibilizado no presente Relatório, pese embora os comentários emitidos por esta empresa tenham sido analisados e considerados na tomada de decisão por parte desta Autoridade.

Para além das respostas acima mencionadas, recebidas em sede de procedimentos de consulta, o ICP-ANACOM recepcionou também: i) em 9.02.2010, uma exposição da **SONAECOM**, cujo teor veio posteriormente a ser reproduzido na resposta desta empresa ao procedimento geral de consulta, bem como ii) em 24.02.2010, uma carta da **SIC** – Sociedade Independente de Comunicação, SA, cujo conteúdo não difere genericamente da posição posteriormente apresentada pela **IMPRESA**. Ambas as cartas integram o processo administrativo da presente decisão e foram consideradas na tomada de decisão por parte desta Autoridade.

² O signatário é Miguel Vitorino, sendo que a resposta é remetida do endereço em nome de Rui C. Pinheiro.

³ Nas sínteses primeiro são apresentados, por ordem alfabética das suas designações, os comentários oferecidos pelas empresas e associações e de seguida os apresentados pelas pessoas singulares, também por ordem alfabética.

Por fim, o ICP-ANACOM recebeu ainda, em 15.04.2010, uma carta da Autoridade da Concorrência (**AdC**). Com efeito, tendo a SONAECOM apresentado a esta Autoridade uma exposição idêntica à que apresentou ao ICP-ANACOM em 9.02.2010, a AdC concluiu que *“a matéria em causa não é susceptível de enquadramento nos termos da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho (Lei da Concorrência)”* pelo que remeteu para conhecimento do ICP-ANACOM a referida exposição. Adicionalmente, a AdC referiu a posição que adoptou relativamente ao pedido de alteração da sua decisão na operação de concentração Ccent. N.º 21/2008 – CATVP (ZON)/TVTel, de 21 de Novembro de 2008. Também esta carta faz parte do processo administrativo da presente decisão e foi considerada pelo ICP-ANACOM.

Nesta oportunidade, é de referir que o Conselho Regulador da Entidade Reguladora para a Comunicação Social (ERC) deliberou, em 17 de Março de 2010, e após consulta pública, considerar *«improcedente a pretensão da PTC no sentido de ser revogado o título de operador de distribuição que lhe foi atribuído no âmbito do concurso público aberto pela Portaria n.º 207-A/2008, de 25 de Fevereiro»*.

O presente relatório constitui parte integrante da decisão relativa à revogação dos direitos de frequências associados aos *Multiplexers B a F*.

2. COMENTÁRIOS RECEBIDOS E ENTENDIMENTOS DO ICP-ANACOM

2.1. Apreciação na generalidade

Maioritariamente os respondentes (**GMC, IMPRESA, SONAECOM, TELEVÉS, Aldino Garrudo, Miguel Vitorino e Nelson Teixeira**) manifestaram-se desfavoráveis ao sentido do projecto de decisão de revogação dos direitos de utilização de frequências associados aos Muxes B a F, sendo que a **PTC, a Vodafone e a APR**, bem como **Eliseu Macedo e Jorge Cunha** expressaram uma posição favorável ao mesmo.

Foram alvo de particular atenção por parte dos respondentes **(i)** a análise do interesse público subjacente à atribuição de frequências para uma operação TDT paga e a habilitação do ICP-ANACOM para a tomada de decisão de revogação do acto de atribuição dessas mesmas frequências; **(ii)** a análise dos argumentos invocados pela PTC no pedido de revogação e o comportamento da PTC; **(iii)** a utilização a dar às frequências que venham a ser restituídas; e **(iv)** a posição assumida pelo ICP-ANACOM relativamente à não execução da caução.

(i) Relativamente ao primeiro ponto, os comentários apresentados (**GMC, IMPRESA e SONAECOM**) centram-se fundamentalmente na não consideração do interesse público que esteve subjacente ao título de operador de distribuição. A este propósito alguns dos respondentes consideram que o ICP-ANACOM reescreveu de forma abusiva o conceito de interesse público que esteve subjacente ao lançamento da TDT (**GMC e IMPRESA**).

Inversamente, a **PTC** considera que o ICP-ANACOM efectuou uma adequada e fundamentada valoração do interesse público subjacente ao lançamento do concurso público, das alterações entretanto ocorridas e do impacto que tais alterações têm na avaliação da opção que, actualmente, melhor serve o interesse público.

- (ii) Os comentários apresentados (**GMC**, **IMPRESA** e **SONAECOM**) centram-se fundamentalmente na alegada aceitação por parte do ICP-ANACOM da argumentação apresentada pela PTC, decidindo num sentido que não a penaliza e na insuficiência ou desadequação da análise de concorrência efectuada ao mercado de televisão por subscrição.

Assumindo a maioria dos respondentes uma postura crítica relativamente ao comportamento e aos fundamentos apresentados pela PTC, destacam-se os comentários (**GMC**, **IMPRESA** e **SONAECOM**) no sentido da requerente não ter actuado de boa fé, tendo fechado o mercado e adoptado comportamentos de concorrência desleal. Afirmam ainda que a evolução do mercado não era imprevisível, tendo estado a PTC activamente envolvida nos desenvolvimentos ocorridos. Mais afirmam que tendo a PTC conhecimento dos riscos de negócio que esta plataforma envolvia e conhecendo a evolução do mercado, procedeu ao reforço da caução em Abril de 2009, evitando a atribuição dos direitos de utilização ao segundo classificado.

A **PTC** invoca que um conjunto de circunstâncias conduziram a que a operação de *Pay TV* tenha deixado de ser adequada para servir as finalidades com que foi gizada no contexto da introdução da TDT em Portugal e essa é, no seu entender, uma constatação fáctica, sendo irrelevante qualquer juízo de valor que possa ser efectuado sobre tais circunstâncias ou mesmo sobre a oportunidade da sua consideração nesta fase e não noutra do procedimento administrativo. A PTC assume, ainda, manter-se vinculada aos níveis de remuneração constantes da sua proposta variante.

- (iii) São vários os respondentes que se manifestam relativamente à utilização futura das frequências objecto da presente decisão. Neste caso as posições expressas são difusas, sendo que algumas são reconduzíveis às respectivas áreas de interesse.

Assim, há quem defenda o aproveitamento desta oportunidade para se proceder à harmonização da sub-faixa dos 800MHz (**VODAFONE**) e quem assuma posição inversa (**GMC**), afirmando a não obrigatoriedade de utilização harmonizada e a necessidade de reservar estas frequências para serviços audiovisuais que propiciem a migração voluntária para o digital. Neste contexto,

a solução apontada vai no sentido de ser essencial assegurar a disponibilidade de espectro para permitir a difusão integral, em modo simultâneo, dos actuais serviços de programas de acesso livre presentes no Mux A, em HD, não se comprometendo a possibilidade de evolução para 3D. Um respondente (**APR**) defendeu mesmo a reserva da totalidade do dividendo digital para radiodifusão sonora ou televisiva.

Numa outra perspectiva (**IMPRESA**) foi defendido o lançamento de novo concurso para TDT paga nos Muxes a libertar, devendo neste caso a PTC ser impedida de concorrer. Nesta solução preconiza-se ainda a compensação imediata dos operadores de televisão pelo esforço de investimento necessário para a transição para o HD.

Este ponto mereceu também a atenção de algumas pessoas singulares que defendem o aumento do número de canais transmitidos em *Free-to-Air* (FTA). Neste âmbito a solução mais avançada foi a retransmissão de canais temáticos já autorizados no cabo.

- (iv) Quanto à posição assumida pelo ICP-ANACOM relativamente à caução, os respondentes que se pronunciaram (**GMC, IMPRESA, SONAECOM, MIGUEL VITORINO e NELSON TEIXEIRA**) sobre esta questão, excepto naturalmente a **PTC**, rejeitam a possibilidade da sua não execução. Justificam a posição assumida com os seguintes argumentos: a) a causa da devolução dos direitos de utilização é imputável à própria PTC, que deve por isso ser responsabilizada; b) a situação em apreço configura um incumprimento das obrigações assumidas; e c) a presente situação não tem paralelo com situações anteriores em que o ICP-ANACOM optou por devolver a caução, uma vez que estas tiveram subjacente uma impossibilidade objectiva de ordem tecnológica para prosseguir a actividade.

Há quem considere (**Nelson Teixeira**) que o valor da caução deve ser aplicado na comparticipação de custos de acesso dos consumidores a plataformas de televisão pagas (como o IPTV, o cabo, a fibra ou o satélite).

Alguns respondentes (**IMPRESA e SONAECOM**) consideram ainda que devem ser retiradas consequências do comportamento da PTC e, nesse contexto, de

futuro deve a mesma ser impedida de participar noutros procedimentos concursais.

2.2. Apreciação na especialidade

2.2.1. O modelo definido para a introdução da TDT em Portugal

Recorda-se que neste ponto do SPD o ICP-ANACOM fez uma caracterização do modelo de lançamento da TDT em Portugal, concretizando em particular os objectivos de interesse público que estiveram subjacentes ao lançamento da operação de televisão paga. Adicionalmente, foi enfatizado que o pedido de revogação apresentado pela PTC se dirige aos direitos de utilização de frequências a que estão associados os Muxes B a F, mantendo-se inalterável o direito de utilização associado ao Mux A, destacando-se, neste contexto, que apesar do pedido de revogação a PTC se mantém vinculada aos termos e condições do cenário variante que apresentou ao concurso da operação FTA.

Comentários recebidos

O **GMC** considera que a análise do pedido da PTC implica uma avaliação prévia do objectivo de interesse público subjacente à disponibilização de frequências para a operação de *Pay Tv*, no contexto da transição para a TDT. Invoca por isso a deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM, de 30 de Janeiro de 2008, decisão que aprovou a limitação do número de direitos de utilização de frequências reservadas para a TDT e o respectivo procedimento de atribuição.

Recorda os benefícios decorrentes da introdução da TDT que então foram identificados e conclui que a promoção da concorrência entre diversas plataformas de distribuição de televisão digital não era «*a única nem a mais importante motivação para o modelo de implementação da TDT adoptado (...)*».

Para reforçar o que afirma o **GMC** recorda que o artigo 13º da Portaria n.º 207-A/2008, de 25 de Fevereiro, que aprovou o Regulamento do concurso público para a atribuição de direitos de utilização de frequências de âmbito nacional e parcial para o serviço de radiodifusão televisiva terrestre (Muxes B a F) e de licenciamento de operador de distribuição (doravante Regulamento do Concurso), ao definir os critérios de graduação e classificação das candidaturas, para além de prever um subcritério relativo à promoção da concorrência, previa igualmente o critério b) relativo à contribuição para a qualificação da oferta televisiva, para a produção de obras europeias e para a difusão de obras criativas em língua originária portuguesa.

O respondente considera comprovado que o concurso para TDT paga não se esgotava no objectivo de promover a concorrência uma vez que, desde a sua génese, estava prevista a intervenção obrigatória da ERC, no licenciamento do operador de distribuição, sendo a esta entidade que caberia apreciar o critério b) de avaliação relativo à contribuição para a qualificação da oferta televisiva.

Neste contexto, o **GMC** transcreve as obrigações constantes do artigo 4º da Deliberação n.º 4/LIC-TV/2009⁴ do Conselho Regulador da ERC, proferida a 02.07.2009, que terão levado a que a candidatura da PTC ao concurso tenha sido a seleccionada.

Justificando a sua posição nas disposições que cita, designadamente nas obrigações legais validamente assumidas pela PTC no âmbito do concurso e que permitiram que a sua candidatura vencesse [preenchendo designadamente o critério b)], o **GMC** discorda da afirmação constante do Considerando e) do ponto 4 do projecto de decisão, nos termos do qual o ICP-ANACOM aceita o argumento invocado pela PTC de que a presente revogação «*não prejudica, nas actuais condições de mercado, o objectivo de interesse público que esteve na sua génese*», e que no entender do **GMC** esta Autoridade terá reduzido à promoção da concorrência.

⁴ Disponível em <http://www.erc.pt/index.php?op=downloads&lang=pt&Cid=22&onde=22|0|0&disabled=disabled&ano=2009>

Na verdade o **GMC** considera que existe toda uma outra ordem de motivações ligadas ao interesse público que esteve presente na ponderação levada a cabo pela ERC no âmbito do referido critério b), designadamente as que se prendem com a promoção da criação de novos serviços de programas de cobertura nacional e com o apoio financeiro à produção de obras criativas portuguesas no montante global mínimo de dois milhões de euros nos primeiros quatro anos. Assim sendo, a revogação do título de licenciamento atribuído à PTC prejudicará indelevelmente o objectivo de prossecução do interesse público.

A **PTC** afirma que o modelo de introdução da TDT em Portugal visou fundamentalmente garantir uma transição sustentada da oferta de programas de radiodifusão televisiva suportada na tecnologia analógica para uma oferta suportada na tecnologia digital e assegurar uma oferta de programas televisivos de acesso não condicionado livre, cumprindo as datas indicadas, a nível comunitário, para o *switch off*. Neste contexto, o lançamento de um concurso autónomo para a operação de Pay TV teve um propósito instrumental, face ao interesse público em presença.

A **PTC** assume manter-se vinculada aos níveis de remuneração constantes da sua proposta variante.

A **SONAECOM** considera (com base numa argumentação que se retomará nos pontos seguintes do presente relatório) que o pedido da PTC se traduz numa violação séria das obrigações assumidas, compromete em absoluto os desígnios traçados pelo Governo e só pode ser compreendida no âmbito de uma estratégia de fechamento de mercados que instrumentaliza o Governo, o Estado, o mercado e o interesse geral.

A **SONAECOM** considera que está em causa o interesse público que, no seu entender, é mais abrangente do que a resposta à questão de saber se é ou não necessária mais uma plataforma para suportar o serviço de *Pay TV*.

Considera que investidores (estrangeiros ou nacionais, entre os quais se inclui), e consumidores têm interesse em que as «*decisões governamentais que conformam o mercado sejam consistentes e em que as regras que o regulam sejam aplicadas, de modo efectivo em todas as circunstâncias*». Todos são, no entender da **SONAECOM** «*credores de seriedade nos procedimentos, na transparência nas decisões e de actuações clarificadoras e consequentes*».

Entendimento do ICP-ANACOM

Neste ponto prévio, reiterando na íntegra o enquadramento relativo ao modelo definido para a introdução da TDT em Portugal, já oferecido no ponto correspondente do SPD, e sem antecipar ainda a argumentação quanto ao sentido da decisão, importa reafirmar o quadro de referência da actuação do ICP-ANACOM neste processo. Assim:

O Programa do XVII Governo Constitucional (2005), referia que a introdução da TDT constituía um dos objectivos nele enunciados, enquanto forma de assegurar a igualdade de acesso a emissões televisivas digitais pelo conjunto dos cidadãos, independentemente da sua condição social ou territorial. A este propósito, pode ler-se: «*No domínio da transição para as tecnologias digitais: estudados os respectivos impactes sociais, económicos, tecnológicos e jurídicos, introduzir a Televisão Digital Terrestre, em moldes faseados, evitando a discriminação no acesso às novas emissões das camadas sociais mais carenciadas ou das regiões mais periféricas e salvaguardando os interesses do tecido analógico do nosso País, tanto ao nível das redes de distribuição existentes como da capacidade da indústria de componentes nacional*». ⁵

⁵ Programa do XVII Governo Constitucional, pág. 135, disponível em http://www.portugal.gov.pt/pt/Documentos/Governos_Documentos/Programa%20Governo%20XVII.pdf

Mais se previa a revisão da legislação da televisão «*corrigindo os erros técnicos da actual Lei e adaptando as respectivas normas à nova realidade digital*»⁶.

Note-se que não se encontra neste instrumento (Programa do Governo em 2005) maior detalhe quanto ao modelo e objectivos visados com a introdução da TDT, o que no entender do ICP-ANACOM é perfeitamente compreensível, atentas a natureza programática do documento e as competências próprias das várias entidades envolvidas neste processo.

Concomitantemente, ao nível comunitário, a Comissão Europeia tinha adoptado, em 24 de Maio de 2005, uma comunicação intitulada "Acelerar a transição da radiodifusão analógica para a digital" na qual fixava os objectivos da política comunitária para a referida transição e propunha 2012 como prazo limite para a cessação das emissões analógicas (*switch off*) em todos os Estados-Membros⁷, e ao nível internacional, tinha sido realizada, em meados de 2006, em Genebra, a Conferência Regional de Radiocomunicações da UIT, na qual para além de ter desenvolvido o plano de frequências para a radiodifusão digital terrestre, definiu-se que o período de transição analógico/digital – durante o qual as estações analógicas de televisão terão direito a protecção – terminará em 2015, para a faixa de UHF, e em 2020, para a faixa de VHF, apenas em alguns países de África e do Médio Oriente.

Neste contexto, atentos os constrangimentos espectrais existentes⁸, e sabendo o ICP-ANACOM que a fixação definitiva de um calendário para o *switch off* no espaço europeu requeria, por um lado, que em Portugal estivessem antecipadamente disponíveis alternativas para continuar a assegurar o acesso a serviços de televisão à generalidade da população nacional e, por outro lado, que o universo dos utilizadores que acedem a serviços de televisão se dotassem dos meios necessários para continuar a dispor de acesso aos mesmos, nomeadamente em

⁶ Programa do XVII Governo Constitucional, pág. 137.

⁷ Ainda em 2005 o Parlamento Europeu emitiu uma resolução sobre a transição da radiodifusão analógica para a digital e o Conselho dos Transportes, Telecomunicações e Energia, de 1 de Dezembro de 2005, reconheceu a importância da transição analógico-digital e convidou os EMs a concluir esse processo até 2012.

⁸ Recorde-se, mais uma vez, que o espectro reservado no Quadro Nacional de Atribuição de Frequências – QNAF – para o serviço de radiodifusão televisiva digital terrestre possibilitava apenas três coberturas de âmbito nacional e três de âmbito parcial do território nacional

formato digital, após a cessação das emissões televisivas analógicas terrestres (*switch off*), esta Autoridade desenvolveu, no quadro das suas competências, o modelo de introdução da TDT em Portugal.

Com efeito, cabe aqui relembrar que constitui atribuição estatutária do ICP-ANACOM assegurar a gestão do espectro radioelétrico, envolvendo a planificação, a atribuição de recursos espectrais e a sua supervisão⁹ e, nos termos da Lei das Comunicações Electrónicas (LCE – Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro), compete ao ICP-ANACOM, enquanto Autoridade Reguladora Nacional, a gestão do espectro (art. 15.º).

No âmbito dessa gestão compete, entre outras, ao ICP-ANACOM (i) planificar as frequências em conformidade com critérios de disponibilidade de espectro, de garantia de condições de concorrência efectiva nos mercados relevantes e de utilização efectiva e eficiente das frequências, bem como (ii) proceder à atribuição (entendida como a afectação de frequências a um tipo ou tipos de serviço) e à consignação (entendida como a atribuição em concreto a uma entidade) de frequências de acordo com critérios de objectividade, de transparência, de não discriminação e de proporcionalidade.

De modo a dar cumprimento ao estabelecido, cabe a esta Autoridade publicitar anualmente o QNAF identificando, designadamente, as faixas de frequência reservadas e a disponibilizar no ano seguinte no âmbito das redes e serviços de comunicações electrónicas, acessíveis ao público, especificando os casos em que são exigíveis direitos de utilização, bem como o respectivo processo de atribuição [artigo 16.º, n.º 1, al. b)].

No *desenho* do modelo de introdução da TDT, desde cedo o ICP-ANACOM perspectivou que o objectivo primordial a prosseguir era o de garantir a transição analógico-digital dos serviços de programas televisivos de acesso não condicionado livre, e conseqüentemente assegurar o cumprimento das orientações comunitárias quanto ao *switch off*, com a subsequente libertação das faixas de frequências a este

⁹ Artigo 6.º, n.º 1, alínea c) dos Estatutos publicados em anexo ao Decreto-Lei n.º 309/2001, de 7 de Dezembro.

associadas até 2012, com o menor impacto económico-social possível – o que devia ser assegurado num modelo de negócio FTA – e, por outro lado, que o modelo adoptado devia possibilitar a separação de operações (FTA vs. *Pay TV*), propiciando uma desactivação do sistema analógico terrestre potencialmente menos dependente do sucesso de uma operação de serviços pagos, retirando assim *lições* do passado (devolução, em 2003, da anterior licença TDT).

Assim sendo, a disponibilização de frequências para uma operação de *Pay TV* visaria fundamentalmente promover a concorrência, em particular no mercado de televisão por subscrição, proporcionando ao utilizador final uma mais ampla e diversificada oferta de redes e serviços e estimulando dessa forma a migração voluntária, tendo em conta que o arranque e desenvolvimento simultâneo das duas operações poderiam potenciar a promoção da plataforma TDT junto da opinião pública.

As duas operações foram pois projectadas de modo a serem dissociáveis ainda que pudessem ser complementares (reconhecendo-se que da relação entre as duas poderiam decorrer mais valias para os consumidores, para a empresa ganhadora, caso fosse a mesma nos dois concursos, e para os operadores de televisão).

A este propósito, veja-se o que efectivamente veio a constar da deliberação do ICP-ANACOM, de 30.1.2008, “Decisão de limitação do número de direitos de utilização de frequências reservadas para a radiodifusão televisiva digital terrestre e a definição do procedimento de atribuição”¹⁰:

“A plataforma digital terrestre é, assim, em primeira linha aquela que permite replicar em formato digital a oferta actual do sistema analógico, sem prejuízo de outras mais valias e potencialidades, designadamente a possibilidade de proporcionar aos utilizadores finais uma oferta concorrencial às disponibilizadas por outras plataformas, se necessário através do recurso a meios tecnológicos complementares” (vd. pág. 4 da Decisão).

¹⁰ Disponível em:

http://www.anacom.pt/streaming/delib_freqTDT3012008.pdf?categoryId=1755&contentId=559655&field=ATTACHED_FILE

“Neste contexto regulamentar e por existir recurso ao espectro radioelétrico, compete, assim, ao ICP-ANACOM a criação de condições para possibilitar a transição analógico-digital da plataforma terrestre, por via da atribuição de direitos de utilização de frequências, desta forma proporcionando a continuidade da oferta, por parte dos respectivos operadores de televisão, dos serviços de programas televisivos hoje disponibilizados por via terrestre analógica, em condições equiparáveis, para os utilizadores finais, àquelas de que estes gozam actualmente” (vd. pág. 8 da Decisão).

“Considera-se que a implementação da TDT em Portugal deve, nomeadamente, e antes de mais, assegurar a migração analógico-digital dos actuais serviços de programas televisivos de acesso não condicionado livre, devendo continuar-se a disponibilizar à generalidade da população nacional uma oferta mínima, em condições similares para o utilizador, mas também propiciar uma oferta de serviços de acesso não condicionado com assinatura ou condicionado concorrencial às demais.

O modelo adoptado deve, por outro lado, possibilitar a separação de operações, propiciando uma desactivação do sistema analógico terrestre potencialmente menos dependente do sucesso de uma operação de serviços pagos.

Por último, procurou-se desenvolver um modelo que, sem deixar de salvaguardar estes aspectos, não impossibilite que - nomeadamente por uma questão de racionalidade económica - o próprio mercado se venha a articular para que as ofertas se complementem ou mesmo se integrem, sendo aliás possível a atribuição dos direitos de utilização de todas as frequências em causa a uma mesma entidade.

Neste contexto, de modo a maximizar os benefícios para os utilizadores e facilitar o desenvolvimento da concorrência, simultaneamente garantindo a utilização eficiente das frequências, entende o ICP-ANACOM dever limitar o acesso aos direitos de utilização das frequências em apreço, uma vez que a utilização excessivamente fragmentada das mesmas, num eventual regime de acesso livre, não permitiria criar propostas de valor suficientemente atraentes para o utilizador e consistentes para assegurar a sua sustentabilidade económica, e conseqüentemente poderia pôr em causa o objectivo primeiro atrás descrito da migração analógico-digital dos actuais serviços de programas televisivos de acesso não condicionado livre.

Desta forma, o ICP-ANACOM entende, neste âmbito, ser adequada a atribuição de seis direitos de utilização das frequências destinadas ao serviço de radiodifusão televisiva digital terrestre, especificadas nos Anexos 1 e 2, para suporte de duas operações, as quais assentarão, respectivamente:

- *Numa cobertura de âmbito nacional, tendo por base uma rede de frequência única (SFN), a que estará associado o Multiplexer A, destinada à transmissão de serviços de programas televisivos de acesso não condicionado livre e na qual deverá ser reservada capacidade de transmissão para os serviços de programas televisivos detidos pelos operadores licenciados ou concessionados à data de entrada em vigor da Lei da Televisão;*
- *Em duas coberturas de âmbito nacional, a que estarão associados os Multiplexers B e C, e três coberturas de âmbito parcial do território continental, a que estarão associados os Multiplexers D, E e F, em todos os casos, tendo por base redes de frequência única (SFN), destinadas à transmissão de serviços de programas televisivos de acesso não condicionado com assinatura ou condicionado” (vd. págs. 10 a 12 da Decisão).*

No Relatório da consulta pública¹¹ da referida Decisão (entenda-se, do projecto de decisão) o ICP-ANACOM esclareceu que:

“(…) o ICP-ANACOM reitera a preocupação primeira de replicação em formato digital da actual oferta do sistema analógico terrestre, de modo a criar, antes de mais, condições para a concretização do switch-off, até 2012, conforme preconizado pela Comissão Europeia, naturalmente que sem prejuízo de outras mais valias e potencialidades proporcionadas por esta plataforma, admitindo-se aliás a atribuição dos direitos de utilização de todas as frequências a uma mesma entidade, conforme já referido. No fundo a oferta FTA é não só perfeitamente autonomizável, aliás à semelhança do que sucede na generalidade dos outros países europeus, constituindo-se mesmo como o mínimo indispensável a ser concretizado, para se criarem as desejáveis condições para a realização do designado switch-off. Tal não obsta, porém, que se promova paralelamente, ou porventura até de forma articulada ou integrada, uma oferta adicional de serviços de programas televisivos pagos suportada em TDT (e distintos dos de acesso não condicionado livre), passível de concorrer com as demais ofertas de televisão por subscrição já hoje existentes em Portugal, e que irá também contribuir para a desejável massificação da TDT, reforçando a percepção de um novo serviço, de uma nova alternativa para acesso a serviços de televisão” (vd. pág 20 do Relatório).

¹¹ Disponível em:

http://www.anacom.pt/streaming/consulta_fwa.pdf?categoryId=1755&contentId=559634&field=ATTACHED_FILE

Retomando (cronologicamente) o processo, o Governo avançou (2006/2007) com a anunciada revisão da Lei da Televisão cuja proposta de lei foi apresentada por, entre outras razões, se tornar «*necessário redefinir o quadro legal do acesso à actividade de televisão, designadamente de modo a introduzir, de forma faseada, a Televisão Digital Terrestre*» (vide Exposição de motivos da referida Proposta de Lei da Televisão).

A Lei, aprovada em meados de 2007 (LTV - Lei nº 27/2007, de 30 de Julho), reflecte com clareza, no regime de acesso à actividade que veio estabelecer, a dicotomia entre as duas operações preconizada pelo ICP-ANACOM, o que não deve causar qualquer estranheza pois, naturalmente, esta Autoridade desenvolveu o modelo de lançamento da TDT atentas também as orientações políticas sobre a matéria e, no âmbito das suas funções de assessoria ao Governo, foi chamada a pronunciar-se sobre o projecto de proposta de LTV¹².

Assim, quando a actividade de televisão envolva a utilização de espectro hertziano terrestre destinado à radiodifusão, a lei consagrou um regime de licenciamento, prevendo dois tipos de concursos públicos consoante essa actividade consista (i) na organização de serviços de programas de acesso não condicionado livre (licenciamento de operador de televisão FTA – como veio a ser o concurso para o 5º canal) ou (ii) na selecção e agregação de serviços de programas televisivos de acesso não condicionado com assinatura ou condicionado (licenciamento de operador de distribuição de *Pay TV*). Neste último caso, os novos serviços de programas que venham a integrar a oferta do operador de distribuição carecerão de uma (mera) autorização, alinhando-se definitivamente os regimes de acesso à actividade de operador de televisão que suportada em plataformas presentes no mercado da televisão por subscrição.

No concurso público para *Pay TV*, o legislador consagrou o que se passa a designar por *concurso conjunto*. Com efeito, é um concurso aberto por portaria conjunta dos

¹² Vd. pág. 125 do Relatório de Actividades do ICP-ANACOM de 2006, disponível em http://www.anacom.pt/streaming/relat_actividades2006.pdf?contentId=527352&field=ATTACHED_FILE
Vd. pág. 86 do Relatório de Actividades do ICP-ANACOM de 2007, disponível em http://www.anacom.pt/streaming/rela_actividades2007.pdf?contentId=629758&field=ATTACHED_FILE

membros do Governo responsáveis pelas áreas da comunicação social e das comunicações electrónicas (artigo 16º, n.º 1 da Lei da TV), no âmbito do qual são atribuídos, por duas autoridades reguladoras – ICP-ANACOM e ERC, respectivamente - os direitos de utilização de frequências e a licença de operador de distribuição a uma mesma entidade (art. 13º, nº 3 da LTV).

Se é certo que o regime definido implica uma confluência dos instrumentos concursais, tal facto não significa que tenha havido da parte do legislador a intenção de, por essa via, delapidar a competência de cada uma das Autoridades Reguladoras envolvidas, nas respectivas esferas de intervenção.

Assim, respeitando plenamente essas competências e os enquadramentos legislativos sectoriais, a lei prevê que (i) os critérios de graduação são ponderados conjuntamente, mas de acordo com as competências de cada um dos Reguladores (art. 16º, nº 4); (ii) no fim do processo concursal são atribuídos títulos habilitantes distintos (art. 13º, nº 3); e (iii) compete a cada uma das Autoridades (autonomamente) atribuir, renovar, alterar ou revogar os respectivos títulos nos termos das respectivas legislações sectoriais (art. 18º, nºs 1 e 7). Estabeleceu ainda o legislador que a instrução deste processo concursal competiria ao ICP-ANACOM (art. 17º, nº 2).

Sublinha-se que o legislador (no caso, a Assembleia da República mediante proposta do Governo), teve oportunidade de criar um regime específico que, durante a vigência das *licenças* que constituem o objecto deste *concurso conjunto*, detalhasse as devidas consequências a retirar da relação de interdependência que inquestionavelmente criou entre as mesmas (por exemplo, prevendo as situações em que assistisse aos Reguladores um direito de veto sobre determinadas decisões). Mas a verdade é que o legislador, embora seguramente tenha representado a realidade do *concurso conjunto* e da relação estreita entre as *licenças*, não previu outra coisa que não seja a assunção clara e expressa do exercício de competências separadas de cada autoridade reguladora. É nesse sentido que a LTV estabelece que compete a cada autoridade alterar, renovar ou revogar os respectivos títulos, reconhecendo assim que as vicissitudes que

pudessem surgir ao longo da vida dos títulos habilitantes seriam tratadas de acordo com os regimes legais aplicáveis, podendo no limite determinadas decisões sobre uns *contaminar* os outros¹³.

Imediatamente após a publicação da lei (Agosto de 2007), o ICP-ANACOM deu início ao processo de consulta pública sobre a “Decisão de limitação do número de direitos de utilização de frequências reservadas para a radiodifusão televisiva digital terrestre e a definição do procedimento de atribuição” e sobre o “Regulamento do Concurso Público do FTA”, tendo o Governo lançado em simultâneo a consulta pública sobre o “Regulamento do Concurso Público do *Pay TV*”.

Posteriormente (início de 2008), o ICP-ANACOM decidiu definitivamente sobre o modelo de introdução da TDT em Portugal, com os objectivos que foram, em síntese, explicitados nas págs. 6 e 7 do SPD e acima reproduzidos, ou seja:

- Primordialmente, e em concreto através da operação FTA, garantir a transição analógico-digital dos serviços de programas televisivos de acesso não condicionado livre, e
- Complementarmente, com a operação de *Pay TV*, promover a concorrência, em particular no mercado da televisão por subscrição, proporcionando ao utilizador final uma mais ampla e diversificada oferta de redes e serviços.

Em Fevereiro de 2008, ambos os Regulamentos dos concursos públicos foram publicados em simultâneo. Neste ponto, atente-se especificamente na Portaria conjunta que aprovou o Regulamento da operação de *Pay TV*, ou seja, no segundo momento em que o Governo teve uma intervenção normativa¹⁴.

O preâmbulo do referido acto regulamentar (Portaria nº 207-A/2008, de 25 de Fevereiro) expressa e claramente reconhece, por um lado, a competência do ICP-ANACOM na definição do modelo de introdução da TDT em Portugal, ao esclarecer

¹³ Veja-se a este propósito as conclusões apresentadas no Relatório da consulta pública sobre o projecto de Regulamento do Concurso público da operação de *Pay TV* no qual se reconhece que a intransmissibilidade das licenças prevista na LTV *contamina* a transmissibilidade dos direitos de utilização de frequências (págs 45 e 46 do relatório disponível em http://www.anacom.pt/streaming/consulta_mux_bf.pdf?contentId=559636&field=ATTACHED_FILE

¹⁴ Em rigor, a Lei da Televisão foi aprovada pela Assembleia da República, mas mediante uma proposta do Governo.

que «O ICP-Autoridade Nacional de Comunicações (ICP-ANACOM), no âmbito das suas competências, decidiu afectar o número de direitos de utilização de frequências reservadas para o serviço de radiodifusão televisiva digital terrestre (...) para suporte de duas operações, da seguinte forma (...).», e, por outro, os objectivos visados com o lançamento de cada uma das operações, ao afirmar que «Entendeu-se, assim, que a introdução da TDT assenta em dois modelos de negócio distintos, ou seja, uma operação que sinteticamente se designa Free to Air (FTA) (...) com a qual se pretende, nomeadamente, e antes de mais, assegurar a migração analógico-digital da plataforma terrestre, proporcionando-se condições para a continuidade da oferta por parte dos respectivos operadores de televisão dos serviços de programas televisivos hoje disponibilizados por via analógica terrestre; e, uma operação Pay TV, objecto do presente concurso público, com a qual se pretende propiciar aos utilizadores finais a existência de uma oferta comercial concorrencial às disponibilizadas por outras plataformas, ao nível de serviços de televisão por subscrição».

O Regulamento do Concurso aprovado pela Portaria n.º 207-A/2008, em cumprimento da LTV, mantendo intocáveis as competências de cada uma das Autoridades Reguladoras envolvidas, estabeleceu que a apreciação das candidaturas assentava no princípio de cooperação existente entre ambas, e densificou os critérios de graduação das propostas a avaliar por cada uma, fixando a fórmula de avaliação e a ponderação relativa dos vários factores.

Deste modo, ao exercer as competências que lhe estão atribuídas – quer no âmbito da LCE, quer da LTV quer, num plano distinto, da Portaria que enformou o procedimento concursal para a atribuição dos direitos de utilização subjacentes aos Muxes B a F - o ICP-ANACOM actua dentro de um quadro de legalidade.

Esta competência não se encontra condicionada à emissão de qualquer acto normativo superveniente, dado que o quadro legislativo em vigor é claro na definição das atribuições de cada entidade envolvida e nas competências dos respectivos órgãos, bem como nos objectivos de interesse público subjacentes ao lançamento da TDT.

Tal significa que existe enquadramento para que o ICP-ANACOM, mediante uma leitura actualizada do interesse público, avalie o pedido de revogação dos direitos de utilização de frequências apresentado pela PTC.

Numa perspectiva diferente, e tendo o ICP-ANACOM deixado claro, neste ponto do SPD, que o direito de utilização associado ao Mux A se mantém inalterado (apesar do pedido de revogação relativo aos muxes B a F), registre-se que a PTC assumiu em sede de audiência prévia que se mantinha vinculada aos níveis de remuneração constantes da sua proposta variante.

2.2.2. Revogação de actos administrativos válidos

Neste ponto do SPD o ICP-ANACOM enquadrou juridicamente a análise do pedido da PTC no regime da revogação de actos administrativos válidos previsto no CPA, analisou a questão da existência de interessados na aceção deste mesmo regime e concluiu que esta Autoridade é competente para avaliar e decidir o pedido, não estando para o efeito condicionada à emissão de qualquer acto normativo superveniente.

Comentários recebidos

A **APR** afirma ser favorável à revogação dos direitos de utilização de frequências associados aos Muxes B a F, concordando de uma forma geral com os vários argumentos e conclusões apresentadas pelo ICP-ANACOM.

O **GMC** contesta a revogabilidade do acto de licenciamento, por mera adesão à declaração de vontade da PTC.

O **GMC** entende que o caso vertente se traduz numa petição de revogação a pedido do destinatário do acto, por inconveniência do mesmo, não estando em causa a sua validade. Considerando correcta a remissão que no projecto de decisão se faz para o regime de revogabilidade dos actos administrativos constitutivos de direitos (artigo 140º, n.º 2 do CPA), o **GMC** afirma, no entanto, que nem sempre o facto de o interessado dar a sua concordância à revogação do acto do qual é destinatário assegura a legalidade do acto revogatório. Com efeito, defende que existem casos em que, apesar do interessado não se opor à revogação do acto, do conteúdo do mesmo resultam direitos ou interesses indisponíveis que obstam a que a Administração, mesmo que seja a pedido daquele, possa proceder à revogação do acto validamente emitido. Neste contexto, entende que há situações, como no caso vertente, em que seja pelas obrigações assumidas pelo particular em face da Administração, seja porque do conteúdo do acto resulta uma clara associação à

realização do interesse público, a simples concordância do interessado não basta para que o acto se possa considerar como susceptível de revogação.

Concretizando, o **GMC** invoca que as obrigações que decorrem para a PTC, na sua qualidade de operador de distribuição, permitem compreender que a posição jurídica em que se encontra investida não visa única e simplesmente a satisfação do seu interesse particular, mas também e necessariamente a satisfação do interesse público que subjaz à concessão de licenças nesta área. Assim, conclui o GMC que a possibilidade da revogação deste acto deve necessariamente encontrar o seu fim e limite na realização do interesse público.

Neste contexto, O **GMC** afirma que *«uma eventual revogação dos direitos de utilização de frequências associados à TDT paga implicaria, dada a relação umbilical existente entre o licenciamento por parte do ICP-ANACOM e a outorga de título de operador de distribuição pela ERC, a desconsideração do interesse público inerente a esta última qualidade»*. E adita ainda que *«se é certo que não caberá nunca à PTC definir qual o interesse público, nem definir se o mesmo se mantém ou não, ou em que moldes se mantém, é também certo que ao ICP-ANACOM apenas cabe prosseguir o interesse público tal e qual ele foi definido pelo legislador, não lhe estando, nem podendo estar-lhe atribuída a capacidade de alterar a sua concreta definição. E, como sabemos, o legislador não introduziu, a posteriori, qualquer alteração às obrigações que impendem, designadamente, sobre a entidade licenciada como operador de distribuição»*.

Mais considera o **GMC** que *«a circunstância do interessado, em “troca” da aquisição dos direitos, ter igualmente assumido algumas obrigações cujo conteúdo visa a concretização ou associação da PTC à realização do interesse público, obrigações essas a que a PTC de forma livre, autónoma, e seguramente consciente do seu alcance se auto-vinculou, leva necessariamente a que não seja permitida a revogação do acto, sob pena de essa mesma revogação se ter de considerar contrária ao interesse público»*.

Neste contexto, alega o **GMC** que se o interesse público que esteve subjacente à emissão do acto e atribuição dos direitos se mantém inalterável – pois não existe da parte do legislador qualquer alteração nesse sentido –, a ocorrência de factos ou circunstâncias que «(...) *alegadamente alteram a posição do interessado em face do direito atribuído são absolutamente irrelevantes e não podem validar a revogação da decisão (...)*».

No entender do **GMC** não existe uma situação de alteração de circunstâncias, a qual para ter efeitos jurídicos careceria sempre de ser «*anormal e imprevisível*» *excedendo o risco normal do negócio*», o que exclui qualquer facto voluntário ou provocado pela parte que o invoca.

Entende o **GMC** ser incorrecta a afirmação do ICP-ANACOM constante do projecto de decisão segundo a qual «*a orientação política não sublinha que a TDT em Portugal tenha necessariamente, de comportar uma componente paga e outra gratuita*», a qual é contrariada pelo preâmbulo da Portaria n.º 207-A/2008, de 25 de Fevereiro.

O **GMC** conclui que «*tudo conflui, portanto, para que a revogação dos direitos atribuídos à PTC a que se refere o Projecto de Decisão ora em apreço, só pudesse ser legal, se se demonstrasse que a mesma satisfazia o interesse público, o que não é o caso*» e aproveita ainda para destacar o facto de a PTC em momento algum do seu pedido invocar a impossibilidade de levar a cabo o projecto a que se comprometeu, «*limitando-se a entender ser “mais adequado não dar continuidade” ao mesmo*», o que no entender do respondente é manifestamente insuficiente para superar o interesse público tal como definido.

A **IMPRESA** assume uma posição alinhada com a do GMC e considera que em momento algum se conclui pela impossibilidade, no sentido de ser objectivamente inexecutável, a realização do projecto de TDT nos termos licenciados. Cita o artigo 18º do Regulamento do Concurso, para afirmar que a desvinculação de um proponente relativamente às obrigações que tenha assumido só será possível em

situações excepcionais, pois que de outro modo se estaria a admitir a possibilidade dos particulares requererem a revogação de licenças atribuídas sempre que no seu próprio e único benefício, deixassem de ter interesse na concretização das obrigações decorrentes da atribuição do direito licenciado.

Adita ainda a **IMPRESA** que a revogação do acto administrativo com base na alteração das circunstâncias só será possível se for demonstrado, de forma inequívoca e objectiva, que esta recai sobre as circunstâncias em que o proponente baseou a sua proposta e que se trata de uma alteração totalmente imprevisível no momento da apresentação daquela, não constituindo um risco normal do negócio.

No caso vertente a respondente afirma não parecer *«possível concluir que a invocada alteração das circunstâncias seja de molde a, com razoabilidade e ponderados os interesses em causa, fundamentar a revogação»*, já que nenhuma das alterações invocadas era imprevisível, desconhecida ou ia para além do risco normal do negócio. De modo a fundamentar esta conclusão a **IMPRESA** apresenta um conjunto de argumentos que serão também detalhados no ponto 2.2.3. do presente Relatório. Neste contexto, a **IMPRESA** releva ainda que o preâmbulo da Portaria n.º 207-A/2008, de 25 de Fevereiro, expressamente refere a introdução da TDT como um dos objectivos enunciados no Programa do XVII Governo assente em dois modelos de negócio distintos (FTA e *Pay TV*¹⁵). Neste contexto a **IMPRESA** não compreende o alcance da conclusão do ICP-ANACOM de que a *«orientação política não sublinha que a TDT em Portugal tenha, necessariamente, de comportar uma componente paga e outra gratuita»*;

Adicionalmente, a **IMPRESA** afirma que *«em claro prejuízo dos objectivos do Governo declarados nas diversas Resoluções e Portarias sobre esta matéria, o ICP-ANACOM conclui que as actuais ofertas são suficientes para a população portuguesa e para atingir as metas de info-inclusão definidas politicamente»*, sendo curioso ver como *«os objectivos programáticos do Governo, e que motivaram o*

¹⁵ A propósito da operação de *Pay TV* a **IMPRESA** destaca excerto deste preâmbulo onde se afirma que com esta *“se pretende propiciar aos utilizadores finais a existência de uma oferta comercial concorrencial às disponibilizadas por outras plataformas, ao nível de serviços de televisão por subscrição”* (sublinhado da **IMPRESA**)

lançamento dos concursos, são “ajustados” e “corrigidos” pelo ICP- ANACOM ao arrepio das suas atribuições, e longe do que o próprio Governo considerou ser o interesse público».

A **IMPRESA** refere que em momento algum a PTC invocou qualquer dos argumentos que agora aduz e nos quais fundamenta a sua pretensão. Não o fez quando em Abril de 2009 reforçou a caução, ou em Junho de 2009 quando lhe foram efectivamente atribuídos os títulos habilitantes. Mais afirma que a PTC jamais alegou qualquer modificação de circunstâncias que a impedisse de assumir a titularidade desses direitos. No seu entender, a invocação de uma alteração de circunstâncias, como fundamento para um pedido de revogação de direitos atribuídos na sequência de procedimento concursal, só poderia ser aceite se devidamente enquadrada numa actuação de boa-fé por parte do requerente. No caso vertente, a alteração verificada resultou da intervenção da PTC através da disponibilização de uma oferta de televisão suportada na plataforma FTTH, DTH e xDSL (oferta MEO), pelo que a fundamentação do pedido de revogação não se afigura razoável. Colocar os interesses particulares acima do interesse público que esteve na origem da abertura do concurso constitui uma violação da lei.

A **IMPRESA** considera ainda que a presente revogação para além de ferir o interesse público fere ainda interesses de diversos particulares, entre os quais os produtores de conteúdos, que legitimamente esperavam um alargamento de acesso à comunicação televisiva em consequência de mais uma plataforma de TDT. Afirma que *«para os produtores de conteúdos e para os broadcasters não é indiferente se há ou não, e em que termos, Pay TV suportada em TDT, uma vez que as sinergias com o Free to Air são evidentes».*

A **SONAECOM** não reconhece a existência de qualquer alteração significativa das condições de mercado, ocorrida desde Abril de 2009 até ao momento (o que fundamenta com os aspectos que serão detalhados no ponto 2.2.3. do presente Relatório). Por outro lado, relembra que todos os concorrentes foram chamados a apresentar um plano económico-financeiro a 15 anos, o que tratando-se do maior

grupo de comunicações do país, não é crível que pudesse ser agora a PTC apanhada de surpresa com desenvolvimentos imprevisíveis. Aliás, mais recorda a **SONAECOM** que as contingências do projecto *Pay TV* suportado na TDT foram claramente identificadas pela PT em sede de consulta pública sobre os regulamentos dos concursos.

A **SONAECOM** conclui, neste contexto, que o pedido da PTC se traduz numa violação séria das obrigações assumidas, compromete em absoluto os desígnios traçados pelo Governo e só pode ser compreendida no âmbito de uma estratégia de fechamento de mercados que instrumentaliza o Governo, o Estado, o mercado e o interesse geral.

Considera que investidores (estrangeiros ou nacionais, entre os quais se inclui), e consumidores têm interesse em que as *«decisões governamentais que conformam o mercado sejam consistentes e em que as regras que o regulam sejam aplicadas, de modo efectivo em todas as circunstâncias»*. Todos são, no entender da **SONAECOM** *«credores de seriedade nos procedimentos, na transparência nas decisões e de actuações clarificadoras e consequentes»*.

Neste contexto, a **SONAECOM** entende ser inequívoca a sua legitimidade e interesse directo no presente procedimento e estranha que o ICP-ANACOM considere que o mesmo respeita apenas aos Reguladores e à PTC.

Perante a afirmação do ICP-ANACOM, constante do SPD, de que uma não decisão ou uma decisão sua não tempestiva *«teria como único efeito conduzir a requerente a uma situação objectiva de incumprimento, o que não se considera que satisfaça qualquer interesse digno de tutela»*, a **SONAECOM** questiona: (i) se a consequência normal e desejável não deveria ser que a PTC se mantivesse obrigada nos termos dos actos de atribuição dos direitos de utilização de frequências; (ii) se é afirmado pela PTC que lhe é absolutamente impossível executar o projecto e assumir as suas obrigações; (iii) se a única consequência divisível de uma situação em que o adjudicatário de um concurso não deseja cumprir aquilo a que se comprometeu é a aceitação do incumprimento e neste contexto; (iv) porque parece o ICP-ANACOM

ponderar como única via de acção possível o diferimento (tempestivo) da pretensão da requerente.

Quanto à afirmação, também do ICP-ANACOM, de que a orientação política não sublinha que a TDT em Portugal tenha necessariamente de comportar uma componente paga e outra gratuita, a **SONAECOM** questiona (i) o que tem essa circunstância que ver com o facto de a PTC ter decidido concorrer aos direitos de atribuição de frequências nos Muxes B a F e ter decidido reforçar a caução em Abril de 2009; (ii) se as empresas não estão vinculadas à lei e às obrigações que assumem quando saem vencedoras dos concursos em que aceitam participar. A este propósito remete ainda para o preâmbulo da Portaria n.º 207-A/2008, de 25 de Fevereiro como forma de sustentar a afirmação de que o modelo definido pelo Governo aposta na TDT paga como meio de introduzir concorrência entre plataformas no mercado de *Pay TV*, com ganhos para os consumidores.

Por fim, à afirmação do Regulador de que a revogação requerida não prejudica o interesse público, a **SONAECOM** questiona: (i) se a mesma não prejudica a confiança dos investidores, a tutela da confiança no Direito e nas instituições, bem como a credibilidade dos concursos em Portugal, e do Estado Português; (ii) se não prejudica objectivamente os interesses da economia portuguesa, «*ao pactuar com o afastamento da Airplus do concurso (...) e subsequente “abandono” ad hoc das obrigações assumidas, a pretexto de um redireccionamento da estratégia comercial da PT*»; (iii) o que mudou desde Junho de 2009, quando a ERC e o ICP-ANACOM atribuíram as licenças, porque o interesse público o impunha.

A **TELEVÉS** considera que a revogação dos direitos de utilização associados aos Muxes B a F não vai de encontro à missão atribuída ao ICP-ANACOM no que respeita à (i) promoção da concorrência na oferta de redes e serviços; (ii) procura do máximo benefício para os utilizadores em termos de qualidade, preços e diversidade de escolha; (iii) garantia a todos os utilizadores (incluindo necessidades especiais) acesso ao serviço universal de comunicações; (iv) garantia de acesso, em condições de igualdade, às redes e serviços, incluindo, serviços de emergência.

Procedendo à análise da fundamentação apresentada pela PTC para legitimar o seu pedido (que se detalhará no ponto 2.2.3. do presente Relatório) a **TELEVÉS** conclui que a revogação solicitada não pode ser deferida uma vez que não foram tidos em conta os interesses: **(i)** do consumidor final, quanto ao livre acesso a um mercado concorrencial e diversificado em preço e conteúdos; **(ii)** do instalador profissional, que se vê privado de actuar concorrencialmente em preço e em variadíssimas soluções permitidas na plataforma TDT; e **(iii)** dos fabricantes portugueses e europeus que se vêem privados de poder apresentar soluções e produtos por si fabricados e desenvolvidos, uma vez que os operadores privilegiam os preços em detrimento da qualidade e fiabilidade do produto.

O presente processo de consulta suscitou também o interesse de cidadãos que, a título individual, deram o seu posicionamento e contributo, destacando-se a este propósito as seguintes posições:

ELISEU MACEDO tem a convicção de que o modelo proposto para a introdução da TDT em Portugal é totalmente errado e sob este ponto de vista, a revogação dos direitos de utilização objecto do presente procedimento, constitui «um mal menor».

Para sustentar a sua opinião recorda o que aconteceu nas primeiras tentativas de implantação de TDT paga em países como Espanha e Reino Unido, onde as operações falharam e atrasaram o processo de *switch off* vários anos. No seu entender a Espanha e Reino Unido compreenderam que as vantagens do *switch off* em termos económicos (estar, em 2012, na linha da frente para implantação de novos serviços) se sobrepujam a uma possível, mas lenta e difícil exploração comercial de uma plataforma de TV digital por via terrestre.

JORGE CUNHA expressa a opinião de que a revogação dos direitos de utilização de frequências pedida pela PTC vem permitir a correcção de problemas e situações

decorrentes da TDT paga que não foram tidas em conta no concurso e avança com as suas próprias propostas de utilização destas frequências em FTA.

MIGUEL VITORINO revela estupefacção em relação ao acto de revogação dos títulos atribuídos com devolução da caução. Assim, questiona «*como é que algo que ainda há meses foi anunciado como tendo grande impacto na economia e sociedade portuguesa pode ser assim menosprezado*».

Entendimento do ICP-ANACOM

Partindo do enquadramento legal e regulamentar exaustivamente explicitado no ponto anterior, importa esclarecer com detalhe sobre a competência do ICP-ANACOM (já indiciada) para apreciar e decidir sobre este pedido concreto que lhe foi apresentado pela PTC, bem como clarificar a posição de terceiros neste procedimento.

No geral, esta Autoridade mantém a análise que desenvolveu no SPD. Assim:

Competência do ICP-ANACOM para apreciar o pedido

O requerimento da PTC configura um pedido de revogação do acto administrativo válido em que se consubstancia a deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM que homologa a proposta da Comissão de atribuição à PTC dos direitos de utilização de frequências de âmbito nacional e parcial para o serviço de radiodifusão televisiva terrestre, a que estão associados os Muxes B a F, bem como dos cinco títulos habilitantes em que o mesmo se materializou.

A Lei da TV, na qual o *Regulamento do Concurso* se habilitou, assegura expressamente a competência do ICP-ANACOM em matéria de revogação dos direitos de utilização de frequências ao determinar que «*competete à autoridade*

reguladora nacional das comunicações atribuir, renovar, alterar ou revogar o título habilitante que confere os direitos de utilização de frequências radioeléctricas destinadas à disponibilização dos serviços de programas televisivos de acesso não condicionado livre, não condicionado com assinatura ou condicionado, nos termos previstos na Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro, sem prejuízo do regime de licenciamento estabelecido na presente lei» (art.18º, nº 7 da LTV).

Sem prejuízo, ainda que tal disposição inexistisse, o artigo 142º, n.º 1 do CPA é afirmativo ao determinar que *«na ausência de disposição especial que atribua a entidade diversa competência para o efeito, é sempre competente para a revogação do acto o seu autor»*¹⁶.

Assim, o ICP-ANACOM é competente para a revogação do acto em causa porque assim o determina expressamente a Lei da TV (artigo 18º, n.º 7) e porque sempre o seria, uma vez que é o seu autor legítimo ao abrigo da LCE (artigos 15º e 35º da LCE) e mais uma vez da Lei da TV (o mesmo art. 18º, nº 7). Todas estas disposições legais conferem inquestionavelmente ao ICP-ANACOM a competência para atribuir os direitos de utilização de frequências destinadas à disponibilização dos serviços de programas televisivos de acesso não condicionado com assinatura ou condicionado.

No caso vertente o pedido de revogação é da iniciativa da PTC, enquanto titular dos direitos de utilização de frequências associados aos Muxes B a F, ou seja, na qualidade de destinatária do acto (favorável) de atribuição dos referidos direitos.

Tratando-se de um pedido de revogação de um acto administrativo válido e dos cinco títulos habilitantes em que o mesmo se materializou, apresentado por quem tem direito de o fazer, perante a entidade com competência para o apreciar, dúvidas não subsistirão quanto à legitimidade da presente análise.

¹⁶ A este propósito pode de resto ler-se o seguinte esclarecimento no CPA Comentado da autoria de Mário Esteves de Oliveira, Pedro Costa Gonçalves e J. Pacheco de Amorim: *«competente para revogar um acto administrativo é, sempre e sem reserva, o respectivo autor (...)*» (sublinhado nosso). Código do Procedimento Administrativo comentado, 2ª edição, página 684.

Sublinhe-se que esta análise só pode ser desenvolvida no âmbito restrito das competências cometidas ao ICP-ANACOM, tendo presente, em geral, os objectivos de regulação a que está vinculado nos termos da lei (artigo 5º da LCE) e, em particular, os objectivos de interesse público visados com a introdução do *Pay TV*, na sua esfera de atribuições.

De igual forma, compete à ERC analisar e decidir o correspondente pedido de revogação do acto de atribuição da licença de operador de distribuição que lhe foi apresentado pela PTC, no âmbito das atribuições que àquela estão cometidas.

Tal como já evidenciado neste Relatório, apesar de a lei ter estabelecido um *concurso conjunto*, o legislador manteve intocáveis as competências de cada uma das Autoridades Reguladoras envolvidas, nas respectivas esferas de intervenção.

De resto, a própria ERC sublinha este entendimento, na sua decisão de 17 de Março, ao referir que *“em consonância com a independência inerente ao exercício das suas funções, cada uma destas autoridades reguladoras detém em exclusivo competência para determinar a revogação dos títulos habilitadores correspondentes à sua área de intervenção sectorial, à luz do direito aplicável e em função da interpretação que faça da legalidade e da mais adequada prossecução do interesse público subjacente.”*¹⁷

O ICP-ANACOM partilha com a ERC este entendimento. Na verdade, não é de mais sublinhar que todas as decisões do ICP-ANACOM têm de ser fundamentadas nos objectivos de regulação das comunicações electrónicas, os quais constituem o *guia* da sua actuação neste domínio.

A ERC, conforme resulta dos seus Estatutos, está vinculada igualmente a princípios de regulação.

A simples leitura comparada do artigo 5º da LCE e do artigo 7º dos Estatutos da ERC demonstra à evidência a diferença da missão de cada um dos reguladores,

¹⁷ Decisão da ERC disponível em http://www.erc.pt/index.php?op=vernoticia&nome=noticias_tl&id=342.

pelo que se afigura natural que a ponderação dos objectivos de regulação de cada uma possa levar a resultados finais não coincidentes.

Neste contexto, a ERC afirma com extrema clareza que está *“inteiramente ciente da delicadeza da matéria em apreço e das consequências que resultem de uma eventual contradição de entendimentos entre os reguladores dos sectores da comunicação social e das comunicações electrónicas”* mas que *“nem por isso a ERC pretende condicionar o sentido (ou a oportunidade) da decisão a adoptar pelo ICP-ANACOM, nem pode ficar dependente desta.”*¹⁸

Revogação de actos administrativos válidos

Tal como oportunamente se clarificou no SPD, nos termos do artigo 138º do CPA *«os actos administrativos podem ser revogados por iniciativa dos órgãos competentes, ou a pedido dos interessados, mediante reclamação ou recurso administrativo»*.

No entanto, o pedido de revogação apresentado pela PTC não constitui nem uma reclamação, nem um recurso. De resto, nem aquela empresa, nem esta Autoridade no SPD, o identificaram como tal.

Na verdade, o ICP-ANACOM entendeu que o requerimento apresentado pela PTC consubstancia o exercício do direito fundamental de petição, o qual constitui esta Autoridade no dever legal de pronúncia, nos termos do artigo 9º do CPA. Determina esta disposição legal que *«os órgãos administrativos têm, nos termos regulados neste Código, o dever se de pronunciar sobre todos os assuntos da sua competência que lhes sejam apresentados pelos particulares (...)»* (corpo do n.º 1).

¹⁸ Ver ponto 19.2.3 da deliberação da ERC.

Sendo certo que o dever de se pronunciar não faria, por si só, recair sobre esta Autoridade o dever de decidir¹⁹, os motivos arrolados pela PTC, propulsionaram o procedimento administrativo (artigo 54º do CPA), o que constituiu o ICP-ANACOM no dever legal de decisão.

Assumir uma posição diversa, quando o pedido da PTC permite a esta Autoridade reflectir, de modo transparente e participado por todos os interessados, sobre os objectivos a alcançar no processo de implementação da TDT em Portugal, bem como nos demais desafios que se apresentam ao sector, conduziria a uma situação dificilmente justificável, face ao princípio da boa-fé que rege a actividade administrativa.

Assim, tal como referido no SPD, face ao pedido da PTC, o ICP-ANACOM considerou que o mesmo deve ser avaliado à luz do regime de revogação²⁰ dos actos administrativos válidos, previsto no CPA, o que genericamente não é refutado pelos respondentes.

O artigo 140º, n.º 1 do CPA estabelece o princípio da livre revogabilidade dos actos administrativos válidos, «*o que significa que eles podem ser revogados com fundamento na sua inconveniência (...) a todo o tempo – mas com efeitos apenas para o futuro – salvo nos casos exceptuados na lei*»²¹, ou seja, se se tratar de actos devidos (incluindo os que constituem direitos ou obrigações irrenunciáveis para a Administração) ou constitutivos de direitos e interesses legalmente protegidos.²²

Os actos administrativos válidos, constitutivos de direitos ou de interesses legalmente protegidos são «*(...) revogáveis: a) na parte em que sejam desfavoráveis aos interesses dos seus destinatários; ou b) quando todos os*

¹⁹ A este propósito veja-se o esclarecimento prestado no “Código do Procedimento Administrativo comentado”, identificado *supra*: «*Admite-se que os órgãos administrativos se devem pronunciar sobre todos os assuntos da sua competência, que lhes sejam apresentados pelos particulares, mas não têm o dever de decidir (procedimentalmente) todos eles*» (pág.125).

²⁰ A revogação consiste numa «*decisão administrativa dirigida à cessação dos efeitos de outra decisão administrativa prévia, por se entender que os efeitos desta não são convenientes, não representam uma maneira adequada de prosseguir o interesse público em causa (...)*», in Código do Procedimento Administrativo comentado» identificado *supra*, pág. 667.

²¹ In “Código do Procedimento Administrativo, comentado, 2ª Ed.” Mário Esteves de Oliveira, Pedro Costa Gonçalves, J. Pacheco de Amorim.

²² Alíneas a) a c) do n.º 1 do artigo 140º do CPA.

interessados dêem a sua concordância à revogação do acto e não se trate de direitos ou interesses indisponíveis» (artigo 140º, n.º 2 do CPA).

Importa ter em conta que o acto em causa – de atribuição de direitos de utilização de frequências – se insere na designada categoria de actos favoráveis. Na verdade, está em causa, em primeira linha, a atribuição de uma vantagem, no caso, a atribuição de um direito de exploração de um determinado recurso, que o particular pretende obter no seu interesse e para desenvolvimento de uma actividade económica.

Dito isto, é também importante afirmar que o ICP-ANACOM não desconhece que nos actos favoráveis (em especial, autorizações e licenças) são frequentemente incorporadas condições e modos que visam associar os seus titulares à realização do interesse público²³. Aliás, no sector das comunicações electrónicas e, em particular, no que toca à atribuição de direitos de utilização de frequências, essa tendência tem-se afirmado e encontra, naturalmente, abrigo na lei.

Neste contexto, não ignora o ICP-ANACOM que à licença de operador de distribuição possam estar associadas condições que visem a realização do interesse público na área da comunicação social que à ERC compete tutelar. Mas sobre esta matéria não compete ao ICP-ANACOM pronunciar-se: como afirma a ERC, *cada uma destas autoridades reguladoras detém em exclusivo competência para determinar a revogação dos títulos habilitadores correspondentes à sua área de intervenção sectorial*, sendo que – aditamos nós - cada uma das autoridades também dispõe dos meios legais necessários a salvaguardar, num eventual acto de revogação, as condições que entenda necessárias e adequadas à salvaguarda do interesse público.

²³ Ver, por exemplo, Carla Amado Gomes, a propósito do que designa como “refundação do conceito de autorização, e à transformação dos particulares em colaboradores da Administração na prossecução de interesses públicos conexos com as suas actividades do foro privado”, referindo ainda o “conteúdo crescentemente contratualizado” das autorizações - “Da Aceitação de um Regime de Modificação do Acto Administrativo por Alteração Superveniente dos Pressupostos, e do Controlo Jurisdicional desta Competeência: Pistas de Reflexão”, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 67 – Vol. III, Dezembro de 2007.

Assim, e retomando, quando confrontado com um pedido de revogação de um acto que atribui uma vantagem a um particular – pedido esse que é obviamente fundado no interesse e nas motivações do respectivo titular – ao ICP-ANACOM compete avaliar se o dito interesse público, cuja realização estava também associada ao acto favorável, sai ou não prejudicado pelo deferimento da pretensão do particular.

Ao contrário do invocado pelo GMC, o ICP-ANACOM não reconhece a existência de direitos ou interesses indisponíveis que obstem a esta revogação²⁴. Acresce que o acto de atribuição das frequências (pois é esse que está em causa) só seria irrevogável se fosse objecto de uma protecção substantiva própria, ou seja, se se tivesse subjectivado na esfera jurídica de alguém (que não apenas o destinatário/titular do direito de utilização) o que não aconteceu. Veja-se também a este propósito o entendimento *infra* quanto ao conceito de interessados para efeitos do regime de revogação de actos administrativos válidos.

Assim, a análise e decisão sobre o pedido de revogação basear-se-á em juízos de conveniência e oportunidade, no exercício legítimo de um poder discricionário do ICP-ANACOM²⁵, no âmbito do enquadramento legal aplicável.

Como já antes referido, neste domínio, as competências desta Autoridade não se encontram condicionadas à emissão de qualquer acto normativo superveniente, dado que o quadro legislativo em vigor é claro na definição das atribuições de cada Autoridade envolvida e nas competências dos respectivos órgãos, bem como nos objectivos de interesse público subjacentes ao lançamento da TDT. Tal significa que existe enquadramento para que o ICP-ANACOM, mediante uma leitura actualizada do interesse público, avalie o pedido de revogação dos direitos de utilização de frequências apresentado pela PTC.

É neste contexto que se enfatiza que as orientações políticas, quer as constantes do Programa do XVII Governo, quer as do Programa do actual Governo, incidem,

²⁴ “Indisponível é o bem ou direito de que o respectivo titular não pode dispor, ou porque a lei determina que assim seja, temporária ou definitivamente, o seu regime, ou porque, por sua natureza, não é alienável” (Ana Prata, in Dicionário Jurídico).

²⁵ Segundo Pedro Gonçalves, “o acto administrativo de revogação é um *acto discricionário*: pode mesmo dizer-se que tem essa qualidade *por natureza*.” – in Dicionário Jurídico da Administração Pública, volume VII, 1996.

respectivamente, na igualdade de acesso a emissões televisivas digitais pelo conjunto dos cidadãos, independentemente da sua condição social ou territorial, e na operacionalização da TDT, definindo o modelo de desenvolvimento da plataforma de acesso livre, respeitando o prazo definido para o *switch off*. Ou seja, ambas concretizáveis com o lançamento de uma plataforma FTA, o que só evidencia que a introdução de uma plataforma paga não decorria directamente das orientações políticas traçadas, mas sim do modelo desenvolvido pelo ICP-ANACOM no âmbito das suas competências de gestão do espectro e de regulação.

No mesmo sentido, ainda que num plano diferente, apontam as Resoluções do Conselho de Ministros n.ºs 12/2008 e 26/2009 (publicadas a 22 de Janeiro e 17 de Março, respectivamente), ao focarem o seu âmbito e objectivos na criação de condições associadas ao acompanhamento da transição analógico-digital e na criação de incentivos à migração associados ao Mux A.

Acresce que, não negando a invocada relação umbilical existente entre os títulos habilitantes resultantes do *concurso conjunto*, remete-se para a análise desenvolvida no ponto anterior do presente Relatório, da qual resulta claramente que o legislador salvaguardou o acervo de competências dos dois Reguladores envolvidos, permitindo implicitamente a intercorrência de decisões. Assim, o ICP-ANACOM deve apreciar e decidir o presente pedido de revogação dos direitos de utilização de frequências no exercício das suas legais competências, ponderando o interesse público subjacente ao lançamento da operação de *Pay TV*. À ERC compete avaliar e decidir o respectivo pedido de revogação da licença de operador de distribuição, como de resto esta Autoridade assume na sua deliberação de 17 de Março ao reafirmar “*a independência e capacidade de apreciação e de decisão que, em contrapartida, e enquanto autoridade reguladora do sector da comunicação social, está adstrita a assegurar, na prossecução das incumbências que lhe estão confiadas, e à luz da sua leitura do que entende ser o interesse público a salvaguardar neste contexto*”²⁶.

²⁶ Ver considerando finais da deliberação da ERC de 17 de Março.

Tal como se verificará na análise levada a cabo nos pontos seguintes do presente Relatório, a avaliação promovida pelo ICP-ANACOM visou (i) num primeiro momento, apreciar o objectivo de interesse público subjacente à disponibilização de uma plataforma de TDT paga e, nessa perspectiva, apurar em que medida o presente pedido de revogação prejudicava, ou não, o cumprimento desse objectivo, e (ii) num segundo momento, face à (perspectiva de) devolução das frequências, equacionar em que medida essa devolução permite repensar a planificação do espectro em causa, competência primordial do Regulador, no âmbito das suas atribuições de gestão do espectro, considerando nomeadamente os desenvolvimentos ocorridos desde 2008, em especial, no que diz respeito à utilização da designada sub-faixa dos 800 MHz, quer equacionar novos estímulos à migração. Ora, neste segundo plano da análise, o juízo de oportunidade e conveniência que deve presidir à decisão aplica-se com particular ênfase, conforme será desenvolvido adiante.

Ou seja, a análise promovida não se reconduziu ao reconhecimento de uma alegada *impossibilidade objectiva* de desenvolvimento do projecto de *Pay TV*, nem à *imprevisibilidade* dos desenvolvimentos ocorridos no mercado da televisão por subscrição, nem aliás a lei oferece esses critérios de decisão no que toca à revogação de actos administrativos.

Importa esclarecer inequivocamente este aspecto. Com efeito, a designada teoria da imprevisibilidade, baseada na alteração anormal e imprevisível das circunstâncias, não está presente no CPA no âmbito do regime de revogação de actos administrativos válidos, enquanto critério de decisão²⁷.

Assim, em momento algum o ICP-ANACOM fundamentou o seu acto de revogação numa alteração anormal e imprevisível das circunstâncias que se verificavam à data do acto atributivo do direito de utilização das frequências associadas ao *Multiplexers B a F*. Antes reconheceu que os desenvolvimentos significativos ocorridos no

²⁷ Na verdade, a teoria da imprevisibilidade tem sido defendida pela doutrina a propósito da modificação unilateral de actos administrativos favoráveis sem consentimento do particular, o que não é o caso. E se, no limite, se pretender fazer uma analogia com o regime jurídico dos contratos administrativos, então é necessário ter presente que a revogação dos contratos pode ser feita por acordo entre as partes, conforme resulta da lei.

mercado da televisão por subscrição são reveladores de uma maior concorrência – objectivo cuja prossecução sempre se anunciou – e que essa evolução do mercado se deveu também à actuação do Grupo PT o que reduz a importância concorrencial que se esperava que a plataforma TDT paga da PTC viesse a desempenhar (análise que se detalhará no ponto seguinte do presente Relatório).

Adicionalmente, determina a Constituição da República Portuguesa (CRP) que «*a iniciativa económica privada exerce-se livremente, nos quadros definidos pela Constituição e pela lei tendo em conta o interesse geral*» (artigo 61º da CRP). Inerente a este conceito de liberdade de iniciativa privada está a liberdade de iniciar a actividade económica, a liberdade de criação de empresa, a liberdade de investimento, dentro, subentende-se, de um quadro de legalidade. Num reforço deste princípio a CRP determina que a organização económico-social assenta num princípio de liberdade de iniciativa e de organização empresarial [artigo 80º, al. c)].

No sector das comunicações electrónicas a LCE, em transposição do enquadramento definido no plano comunitário²⁸, determina que «*é garantida a liberdade de oferta de redes e serviços de comunicações electrónicas*» (artigo 19º, n.º 1)²⁹.

Não é garantida, não resulta do regime legal em vigor, a permanência na actividade/na oferta de redes e serviços de comunicações electrónicas, por quem nela não quer permanecer, sem prejuízo, naturalmente, para o cumprimento de obrigações de salvaguarda designadamente dos interesses dos consumidores ou de outros agentes económicos, que, a este respeito, a Lei ou o Regulador possam determinar ou do eventual sancionamento caso se verifique algum incumprimento por parte da entidade cessante.

²⁸ Especificamente e no que ora importa, no artigo 3º da Directiva n.º 2002/20/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho de 7 de Março de 2002, relativa à autorização de redes e serviços de comunicações electrónicas («Directiva Autorização»)

²⁹ Sendo certo que nas situações em que esteja em causa a atribuição de direitos individuais de utilização de frequências, se prevê um regime específico e o respeito pelas condições que neste contexto venham a ser impostas (artigo 19º, n.º 3).

E também sem prejuízo da natureza de serviço universal/público presente no sector das comunicações electrónicas. Com efeito, quer no serviço universal quer nos serviços obrigatórios adicionais actualmente prestados pela PTC ao abrigo do Contrato de Concessão do Serviço Público de Telecomunicações³⁰ estão previstas obrigações de permanência, disponibilidade e qualidade. Neste caso, o Estado contratualizou a prestação destes serviços e em caso de “abandono” da sua exploração por parte da concessionária o Estado dispõe de mecanismos legais e contratuais que lhe permitem assegurar a continuidade do serviço.

Dito de outro modo – e sem prejuízo, reafirma-se, para as disposições normativas que, por força da escassez de recursos envolvidos, ou da natureza do serviço, possam impor condições de acesso e utilização -, não resulta do ordenamento jurídico vigente, uma obrigação de permanência que, a existir em termos absolutos, poderia eventualmente constituir a negação do conceito de liberdade de iniciativa privada.

Adicionalmente a regulação pública da economia, sendo em si uma forma de restrição da liberdade de iniciativa privada, actua dentro de um quadro de legalidade pelo que não se pode pretender impor por esta via algo que nem a Lei Fundamental, nem o enquadramento legal *infra* constitucional, impõem.

No caso vertente não pode deixar de se considerar que assiste à PTC, no enquadramento jurídico vigente, a liberdade de não querer desenvolver a actividade para a qual lhe foram atribuídos os direitos individuais de utilização de frequências associados aos Muxes B a F, tendo presente, como já acima explicitado, que o acto em causa – de atribuição de direitos de utilização de frequências – se insere na designada categoria de actos administrativos favoráveis. Naturalmente que importará, caso a caso, aferir das condições que sejam aplicáveis, em cada situação concreta, perante a intenção de abandono de actividade que estiver em causa. Aliás, nem se vislumbra como poderia o ICP-ANACOM impor a uma empresa à qual foram atribuídos direitos de utilização de frequências fora de um contexto de serviço

³⁰ Cujas Bases foram aprovadas em anexo ao Decreto-Lei nº 31/2003, de 17 de Fevereiro.

público, que continuasse a exercer um direito, que não sendo indisponível, foi pela mesma renunciado (acto abdicativo).

Conceito de interessado no regime de revogação de actos administrativos válidos

No caso vertente o pedido de revogação foi da iniciativa da PTC, considerada pelo ICP-ANACOM no SPD como única interessada no sentido implícito da norma do CPA acima referida, ou seja, enquanto titular de direitos ou interesses legalmente protegidos cuja concordância é necessária para a revogação do acto.

Admitindo-se que o conceito de “interessado” utilizado ao longo do CPA tem uma natureza polissémica, havendo necessidade de, em várias disposições do mesmo, procurar concretizar o respectivo alcance, de forma casuística e teleologicamente orientada, considerou-se, para efeitos do preceito em causa (artigo 140º, nº 2), que os operadores de televisão, os produtores de conteúdos, os cidadãos com necessidades especiais, os grupos populacionais mais desfavorecidos e as instituições de comprovada valia social não são interessados no sentido de ser necessária a sua concordância para a revogação do acto.

Com efeito, e no que diz respeito aos operadores de televisão, não são os mesmos interessados, dado que a revogação requerida não afecta, como de resto a PTC em sede de audiência prévia assume, os termos e condições constantes dos direitos de utilização de frequências a que está associado o Mux A, designadamente no que respeita à vinculação ao cenário variante apresentado pela PTC, mantendo-se o preço de disponibilização do serviço aos operadores de televisão constante daquela proposta.

Quanto às demais entidades mencionadas no SPD, às quais acrescem os potenciais investidores nacionais ou estrangeiros, bem como os mencionados instaladores profissionais e os fabricantes de equipamentos portugueses e europeus, também não são considerados interessados para este efeito, pois não se

reconhece que os compromissos assumidos pela PTC na sua proposta tenham gerado na sua esfera jurídica direitos ou interesses legalmente protegidos, de forma estável, consistente e concreta, que justifiquem a necessidade da sua concordância³¹.

Ainda a este propósito, insiste-se que não são considerados interessados para efeitos do artigo 140º, nº 2 do CPA, terceiros preteridos no âmbito do concurso público para a atribuição dos direitos de utilização de frequências associados aos Muxes B a F, cujo processo se esgotou com o reforço da caução por parte da PTC e posterior emissão dos títulos habilitantes. A ausência de qualquer participação no presente procedimento de consulta reforça de resto este entendimento.

Numa acepção, mais ampla, de partes interessadas, o ICP-ANACOM não deixou de reconhecer o impacto no mercado da presente revogação, promovendo o adequado procedimento geral de consulta nos termos da LCE e permitindo, por essa via, um processo de decisão amplamente participado e transparente.

³¹ Aliás, mesmo que o acto em causa se inserisse na categoria dos designados actos de efeitos duplos (ou múltiplos) no âmbito das relações administrativas poligonais ou multipolares, o que não se concede, a solução poderia ainda ser a da prevalência da posição do destinatário do acto sobre a posição de terceiros – ver Pedro Gonçalves, citado.

2.2.3. Análise do pedido – Promoção da concorrência

Neste ponto do SPD o ICP-ANACOM avaliou o objectivo de interesse público que esteve subjacente à disponibilização de frequências para a operação de TDT paga e à consequente atribuição de direitos de utilização de frequências, na sua esfera de atribuições. Em especial, analisou a questão da perda de sinergias ocorrida com o desfasamento temporal da implementação das duas operações TDT (paga e gratuita) e os desenvolvimentos ocorridos no mercado da televisão por subscrição, concluindo que a revogação do acto de atribuição das frequências associadas aos Muxes B a F não prejudica, nas actuais condições de mercado, o interesse público que esteve na sua génese.

Comentários recebidos

O **GMC** não compreende que o ICP-ANACOM aceite a tese da PTC de que os desenvolvimentos significativos ocorridos no mercado de televisão por subscrição são por si causa justificativa do pedido de revogação, uma vez que:

- No período temporal em que a operação de TDT foi definida (início de 2008) e as propostas apresentadas (Abril de 2008) já a tendência de crescimento do mercado de televisão por subscrição, designadamente nas redes de televisão por cabo ou satélite, era notória. A este propósito o **GMC** invoca dados constantes dos Boletins estatísticos do ICP-ANACOM, bem como elementos constantes do Relatório de Regulação da ERC relativo a 2007.

O **GMC** refere ainda a deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM, de 2 de Agosto de 2007, que aprovou a decisão final relativa ao mercado 18 (da Recomendação da Comissão 2003/311/CE, de 11 de Fevereiro de 2003), tendo identificado como relevante para efeitos de regulação *ex-ante*, o mercado de fornecimento grossista de serviços de difusão televisiva através de redes analógicas terrestres, abrangendo todo o território nacional e nos termos da qual a PTC, enquanto empresa do Grupo PT, que actua no citado mercado *«atendendo às suas quotas de mercado, à sua dimensão como empresa líder,*

ao grau de concentração do mesmo, à existência de barreiras à expansão, à inexistência de indícios que comprovem a existência de concorrência potencial, detém PMS neste mercado, devendo-lhe ser impostas determinadas obrigações»; e

- A PTC foi a grande agente impulsionadora deste crescimento, aspecto que é reconhecido pelo ICP-ANACOM no projecto de decisão objecto de consulta, por força do lançamento e da campanha comercialmente agressiva do serviço e da marca MEO, suportada FTTH, DTH e xDLS.

Para suportar o que afirma o **GMC** cita informação constante do Relatório e Contas consolidadas de 2008 da PTC, realçando ser curioso que neste, a própria PTC encarasse a operação de TDT de *Pay TV* como complementar das demais plataformas. São várias as citações que, a este propósito, o **GMC** retira de diversas publicações, atribuídas à PTC e com as quais pretende demonstrar que para esta empresa *«(...) os investimentos em TDT e fibra não eram considerados incompatíveis mas sim cumulativos, e que o desenvolvimento das demais redes não era visto como uma ameaça à capacidade de afirmação da TDT como plataforma de distribuição complementar, havendo capacidade financeira por parte da PTC para os múltiplos investimentos necessários»*.

Ainda face aos elementos que cita o **GMC** afirma que *«o lançamento e a aposta sustentada no crescimento dos serviços MEO constituíram efectivamente uma alavanca fundamental na inversão da tendência histórica de perda de quota de mercado no negócio fixo, aparecendo (...) como “factor chave na recuperação de quota de mercado na banda larga e na diminuição de perda de linhas”»*

No entender do **GMC** este enquadramento não permite que se equipare a presente situação a uma alteração de circunstâncias, a qual para ter efeitos jurídicos careceria sempre de ser *«anormal e imprevisível»* excedendo o *risco normal do negócio»,* o que exclui qualquer facto voluntário ou provocado pela parte que o invoca.

Pelo que expõe, o **GMC** considera não ser correcta a afirmação do ICP-ANACOM relativa aos desenvolvimentos de mercado ocorridos entre as datas de definição do

modelo do concurso, de apresentação das candidaturas e do pedido de revogação dos direitos de utilização de frequências da PTC, pois já em Abril 2008 a situação existente no mercado era conhecida e já então era equacionável a dificuldade e lançamento da plataforma de televisão paga.

O **GMC** também discorda que a questão das sinergias entre as plataformas gratuita e paga seja equacionada como justificação adicional para a revogação pretendida. Invoca, assim, a cláusula 16ª do título do direito de utilização de frequências associado ao Mux A detido pela PTC, concluindo que foi ponderada pelo ICP-ANACOM, nessa sede, a possibilidade da não implementação simultânea, assumindo o Regulador que as referidas sinergias só se perderiam se o início da exploração dos direitos concedidos pelo título relativos aos Muxes B a F não pudesse ocorrer até ao decurso do prazo limite dentro do qual deveria iniciar-se a exploração do Mux A, o que não ocorre *in casu*.

Por fim, o **GMC** considera ser legítimo questionar se o actual comportamento da PTC não configurará uma prática de concorrência desleal na medida em que por via da sua actuação conseguiu eliminar potenciais agentes sectoriais concorrentes, ao apresentar-se a concurso com uma proposta que mereceu vencimento, pretendendo agora desistir da operação por considerações meramente financeiras. Neste ponto o **GMC** afirma rever-se genericamente na valoração dos factos efectuada pela ERC (na altura, no seu projecto de decisão sobre o pedido de revogação de licença que a PTC dirigiu àquele Regulador).

A **IMPRESA** de forma a fundamentar a sua conclusão de que nenhuma das alterações invocadas era imprevisível, desconhecida ou ia para além do risco normal do negócio (referida no ponto anterior do presente Relatório) relembra que em 2007 a PTC respondeu à consulta pública sobre o modo de introdução da TDT em Portugal, bem como sobre os projectos de regulamentos para os respectivos concursos, e mostrou conhecer as possíveis evoluções dos investimentos, tendo chegado a sugerir um aligeiramento de algumas obrigações de cobertura e de cronograma de forma a viabilizar a *Pay TV*. E em Abril de 2008, quando a PTC

apresentou a sua proposta ao concurso, eram de conhecimento público os fortes investimentos em fibra e outras tecnologias que iam ser realizados³² para tornar a *Pay TV* “Digital”, e até em HD, concorrente da *Pay TV* em TDT.

A este propósito a respondente não compreende como pode o ICP-ANACOM aceitar o argumento da PTC relativamente às «*perspectivas reduzidas do impacto concorrencial do lançamento de ofertas Pay TV na plataforma TDT*». Adicionalmente, entende que não procede o argumento de que o aumento da taxa de penetração dos serviços de televisão por subscrição e consolidação do modelo de negócio IPTV tornaram desinteressante a TDT paga, evolução a que de resto não é alheia a própria PTC. A **IMPRESA** estranha ainda o facto de o ICP-ANACOM considerar suficiente a existência de «*duas ofertas em concorrência por concelho e que todos os concelhos têm uma cobertura de ofertas de televisão por subscrição com, pelo menos uma plataforma (DTH), garantindo o acesso ao serviço de televisão por subscrição em condições concorrenciais a nível nacional*».

A **IMPRESA** conclui que o ICP-ANACOM não pode reconhecer que a plataforma terrestre de *Pay TV* já não exercerá a pressão concorrencial que se perspectivou quando da definição do modelo de introdução da TDT, uma vez que esse papel vem sendo desempenhado, entre outras ofertas, pela oferta MEO Satélite.

A **PTC** concorda com o projecto de decisão considerando que o mesmo acolhe, na essência, os factos e argumentos por si apresentados e reconhece que a adequada ponderação dos interesses públicos e privados em causa impõe a revogação requerida. Mais considera que foi efectuada uma adequada e fundamentada valoração do interesse público subjacente ao lançamento do concurso, das alterações entretanto ocorridas e, sobretudo, do impacto que tais alterações têm na avaliação da opção que, actualmente, melhor serve o interesse público.

Defende a **PTC** que um conjunto de circunstâncias entretanto verificadas (não uma ou outra isoladamente) levou a que a operação de *Pay TV* tenha deixado de ser

³² Como a evolução da rede de cabo da ZON.

adequada para servir as finalidades para que havia sido gizada. A **PTC** destaca a este propósito a alteração ocorrida no mercado de televisão por subscrição e das respectivas plataformas. Recorda ainda a perda de sinergias decorrente do não lançamento simultâneo das operações que estavam patentes na proposta variante apresentada.

Relativamente às razões invocadas pela PTC, a **SONAECOM** considera que as mesmas se afiguram pouco convincentes não podendo ser aceites com seriedade. Suporta a sua afirmação nos seguintes pontos:

- (i) Não é conhecida qualquer alteração significativa das condições de mercado, que tenha ocorrido desde Abril de 2009 (data do reforço da caução por parte da PTC) até ao presente, quer em termos de concorrência de investimento em plataformas ao dispor para prestação deste serviço, quer em termos de concorrência efectiva no retalho. Em Abril de 2009 (e já antes dessa data), o satélite (DTH), o cobre (XDSL) e a fibra eram tecnologias reais, ao dispor de vários operadores e dos consumidores para a oferta de *Pay TV*.

Com efeito, refere que em Outubro de 2007 as contas da PTC indicavam já um elevado investimento em DTH e, em Abril de 2008, depois da introdução no mercado através do XDSL, o MEO, assente em satélite, entraria em força no mercado. Nessas datas quer a **SONAECOM**, através do XDSL, quer a ZON, através do cabo e do satélite, estavam também presentes no mercado. Ainda em 2008, a oferta de *Pay TV* suportada em fibra óptica era uma realidade acompanhada de um elevado investimento em campanha publicitária, tanto por parte da PTC quanto da **SONAECOM** e a esta acção seguiu-se a disponibilidade da ZON para investir em fibra.

Acresce que quando, em Abril de 2009, a PTC reiterou o seu interesse no projecto de *Pay TV* (tendo procedido ao reforço da caução), já se tinha comprometido, perante o Governo, a realizar elevados investimentos em Redes de Nova Geração (RNG). A este propósito a **SONAECOM** recorda que tanto a respondente como a ZON e a Oni se comprometeram com tal investimento, sendo que posteriormente a Vodafone também veio a anunciar o seu interesse

em investir em RNG. À data a PTC terá recusado a ideia de partilha do investimento defendendo a existência de espaço suficiente no mercado para a concorrência entre várias plataformas.

Assim, se em 2008 já se podia antever um mercado concorrencial forte, com quatro tecnologias de suporte ao *Pay TV*, em Abril de 2009 essa concorrência era absolutamente real, bem visível e particularmente intensa.

- (ii) Todos os concorrentes ao concurso de que resultou a atribuição dos direitos de utilização que a PTC pretende devolver, foram chamados a apresentar um plano económico-financeiro a quinze anos (que incluía a análise de cenários de evolução de mercado e um enquadramento macro-económico), requisito que estando em causa o maior grupo de comunicações em Portugal, não será crível (nem razoável supor) que pudesse ter sido apanhado de surpresa por desenvolvimentos imprevisíveis.
- (iii) A PTC, em sede de consulta pública sobre os regulamentos dos concursos promovida pelo ICP-ANACOM em 2007, teve bem presente as contingências do projecto de Pay-TV suportado na TDT identificando claramente:
- o estado de maturação do mercado da televisão por subscrição (penetração superior a 50% dos lares);
 - os níveis elevadíssimos de investimento em infra-estruturas exigidos pelos níveis de cobertura previstos;
 - o muito limitado sucesso das experiências europeias de Pay TV sobre plataforma TDT já existentes no terreno,
 - que para além da concorrência de plataformas mais tradicionais, como o cabo ou satélite, em Portugal existem também já ofertas baseadas em plataformas mais inovadoras.

A **SONAECOM** refere ainda que a PTC considerou os “*requisitos do concurso de Pay TV demasiado exigentes face à realidade do mercado de Pay TV em Portugal e à realidade da TDT Europeia*”.

- iv) Em Abril de 2009, a PTC procedeu ao reforço da caução prestada, quando se não o tivesse efectuado perderia o valor inicialmente prestado e os títulos que lhe foram atribuídos teriam sido outorgados à proposta classificada em segundo lugar (apresentada pela Airplus).

- v) O alegado atraso de nove meses no projecto, motivado pela suspensão do procedimento devido à providência cautelar proposta pela Airplus também não pode justificar a desistência uma vez que, afirma a **SONAECOM**, a PTC terá procedido ao reforço da caução e à aceitação dos títulos emitidos precisamente após a decisão do tribunal que decretou o fim da suspensão.

Neste contexto, a **SONAECOM** defende que a PTC teve presente todas as contingências do projecto e assumiu perante o Estado e a sociedade que seria capaz e teria interesse em o desenvolver; que a actual proposta da PTC se traduz numa violação séria das obrigações assumidas, compromete em absoluto os desígnios traçados pelo Governo e só pode ser compreendida no âmbito de uma estratégia de fechamento de mercados – consequência que, considera irremediável ante a aceitação da desistência pedida – que instrumentaliza o Governo, o Estado, o mercado e o interesse geral (aspecto também analisado no ponto anterior do presente Relatório).

Desconhecendo as razões que terão levado a PTC a concorrer ao concurso de *Pay TV* e a manter a sua qualidade de adjudicatária das licenças até Janeiro de 2010, a **SONAECOM** suporta a sua afirmação de que a PTC fechou o mercado invocando os seguintes aspectos:

- (i) Em 2007 as contas da PT reflectiam investimentos em DTH de cerca de €43.000.000. Esses investimentos faziam parte de uma opção estratégica pós *spin-off*.

- (ii) O lançamento da oferta *triple play* - MEO, primeiramente assente em XDSL, passou, em Abril de 2008, a assentar em DTH e mais tarde em fibra óptica, sempre com ambiciosos objectivos de captação de clientes.

(iii) No contexto da preparação da sua candidatura aos concursos da TDT, a PTC adquiriu a rede de radiodifusão da RETI (a única existente para além da rede por si detida), tendo considerado que a “operação conjunta de uma única infra-estrutura de difusão da TDT [agrupando o *Multiplexer A* e os *Multiplexers B a F*] permite capturar sinergias significativas”, assinalando as múltiplas vantagens desta solução. Desta forma, afirma a **SONAECOM**, *«a PT assegurou para si própria a titularidade da totalidade das redes de radiodifusão televisiva analógica existentes em Portugal, assim determinando que quaisquer interessados na radiodifusão (analógica ou digital) devam obrigatoriamente chegar a acordo consigo para a utilização de uma das redes»*.

Entende a **SONAECOM** que a PTC se posicionou na situação considerada por si como ideal para a exploração da operação *Pay TV*, e terá baseado as suas propostas “base” e “variante”, apresentadas no concurso relativo ao Mux A, nestes pressupostos: posse da única infra-estrutura de rede de radiodifusão existente no país e adjudicação das licenças relativas à operação FTA e à operação *Pay TV*.

Neste contexto, a **SONAECOM** considera que a PTC reservou para si a plataforma TDT até já não haver qualquer interessado na mesma e tê-lo-á feito enquanto decidia qual das tecnologias melhor serviria o seu objectivo de liderar este mercado. A este propósito a **SONAECOM** conclui que o momento em que a «desistência» ocorre *«torna inviável que, pelo menos no curto prazo, venha a haver tal concorrência exercida por outro operador, gorando-se o anunciado objectivo político de promover esta pressão concorrencial através da TDT»*.

Por fim, e de modo a estimular a reflexão em relação aos argumentos em que a PTC suportou o seu pedido, a **SONAECOM** coloca um conjunto de questões. Assim, especificamente e quanto:

- Ao facto da PTC ter ficado “impedida” de iniciar o desenvolvimento de operações no âmbito dos Muxes B a F, em virtude da acção judicial movida pela Airplus, ficando assim diminuídas as sinergias desejadas, a **SONAECOM**

pergunta se a PTC não procedeu, posteriormente ao termo da suspensão, ao reforço da caução, tendo-lhe sido atribuídas as licenças;

- A existirem desenvolvimentos no mercado de televisão por subscrição que tornam desinteressante a TDT paga, a saber o «aumento da taxa de penetração dos serviços de televisão por subscrição e consolidação do modelo de negócio IPTV», a **SONAECOM** questiona se *«foi esta uma surpresa para a PT? Não fez a PT previsões de evolução do seu negócio e da evolução do mercado a longo prazo? Não se deveu esta evolução, em enorme medida, à própria estratégia escolhida pela PT (nas palavras do ICP-ANACOM, “a esta evolução não é alheia a própria PT”), aliás com todo o mérito? Não significará isso que só a PT pode ser responsabilizada pela preterição de outros caminhos estratégicos que entretanto decidiu serem menos interessantes? Quando a PT decidiu reforçar a caução, há apenas 10 meses, não tinha ainda nenhuma ideia sobre tal evolução?»*.

A **TELEVÉS** considera que a perda de sinergias alegada pela PTC resultante do tempo de espera pela acção judicial interposta pela Airplus, se por um lado é um factor que deveria ter sido ponderado pela PTC na altura em que concorreu, uma vez que não é caso único um recurso depois de uma tomada de posição sobre um vencedor num concurso, por outro, não pode servir de justificação para a alegada perda de sinergias.

Considera a **TELEVÉS** que o maior custo associado aos investimentos é o relacionamento com a instalação de sistemas radiantes e respectivas infra-estruturas para a cobertura da TDT FTA. Colocar os restantes Muxes só obrigaria à multiplexação destes com o existente Mux A aproveitando os mesmos sistemas radiantes. Se a PTC argumenta que não estaria a pensar utilizar os mesmos sistemas radiantes significa que não estaria a pensar em otimizar sinergias e nesse caso estamos na presença de um contra-senso em que a PTC assume que desde do início teria pensado chegar a esta altura e pedir a revogação da licença.

A propósito da argumentação da PTC segundo a qual os desenvolvimentos ocorridos no mercado de televisão por subscrição comprometem o projecto de *Pay TV*, a **TELEVÉS** afirma que algumas destas justificações são suportadas em acções comerciais e concorrenciais de áreas da própria PTC, o que considera um contra-senso. A este propósito destaca:

- O facto de o IPTV, apontado como um factor que retirou viabilidade à afirmação da televisão por assinatura da TDT, ter sido lançado pela PTC. No entender da **TELEVÉS** não se pode justificar exteriormente um “fracasso” e pedir contas ao exterior, quando este foi causado por um erro ou opção estratégica interna. O IPTV como ligação fixa ao subscritor é um concorrente da TV por Cabo e foi com esse objectivo que a PTC lançou o serviço. Neste contexto, a **TELEVÉS** questiona porque razão a PTC se candidatou aos direitos de utilização de frequências associados aos Muxes B a F e se não terá efectuado um estudo prévio de mercado sobre a viabilidade de qualquer uma das plataformas;
- A falta de rigor nos fundamentos apresentados pela PTC relativamente aos valores das ofertas de satélite, que segundo esta estariam a preços competitivos. A **TELEVÉS** contesta esta consideração, questionando se a PTC considera que a instalação e colocação em funcionamento de uma recepção via satélite é mais barata para o consumidor final do que uma recepção terrestre.

A **VODAFONE** entende que a devolução das frequências é de interesse público criando uma janela de oportunidade para a harmonização na utilização da sub-faixa dos 800MHz. Não obstante, considerando que o desenvolvimento ocorrido no mercado nos últimos dois anos está a traduzir-se na evolução de um mercado quase monopolista para um mercado duopolista, “em que a PTC parece ser o único operador com competência para desafiar a liderança da ZON” e atendendo a que um dos objectivos da atribuição dos direitos de utilização de frequências para a TDT sob a forma de duas plataformas foi o incremento da concorrência através de plataformas alternativas, defende a **VODAFONE** que deve o ICP-ANACOM na sequência da presente revogação equacionar medidas que mitiguem o impacto negativo desta acção nos objectivos de concorrência referidos. Por conseguinte a **VODAFONE** considera urgente que o ICP-ANACOM previamente à decisão de

revogação “identifique as medidas de regulação que contribuam de forma transparente e eficaz para o acesso às infra-estruturas de rede de cobre e da rede de fibra da PTC e que contribuam para minimizar os efeitos prejudiciais à concorrência mencionados.

ALDINO GARRUDO considera que os objectivos da PTC foram alcançados ao afastar a AirPlus do mercado nacional. Entende o respondente que não faz sentido a PTC ter o serviço MEO Satélite e ao mesmo tempo a exploração da televisão digital paga. No entender do respondente o MEO e a fibra óptica sempre foram a prioridade da PTC.

ELISEU MACEDO considera não ser aceitável que *«num concurso desta dimensão, um concorrente não acautele e preveja modificações de circunstâncias que na sua essência eram todos previsíveis. Mais se torna incompreensível quando alguns dos factores que dificultam o sucesso de uma eventual plataforma de TV paga via TDT foram gerados ou aumentados pela própria acção do concorrente que pede revogação de licença»*.

Quanto aos argumentos apresentados pela requerente, **MIGUEL VITORINO** afirma não perceber o que aconteceu e a que atraso na emissão dos direitos de utilização de frequências associados aos Muxes B a F se refere a PTC, uma vez que a empresa, em 12 de Janeiro de 2009, anunciou o arranque comercial da TDT paga para breve.

Quanto aos “preços competitivos das ofertas de TV paga já no mercado”, o respondente questiona o que mudou no mercado e que não terá sido previsto pela PTC. Em seu entender a mudança resultou do crescimento do MEO, produto PT. O respondente recorda a este propósito não se ter registado a entrada de novos *players* no mercado, nem terem ocorrido alterações nos preços dos pacotes televisivos.

Por sua vez **NELSON TEIXEIRA** considera que todas as justificações que a PTC apresenta para a desistência da exploração comercial dos Muxes B a F devem ser consideradas inválidas porque as condições são as mesmas da altura do concurso, altura em que a PT prometia uma implantação exemplar (comparando com a Europa) da TDT em Portugal. Afirma que o nosso país será o único onde a transição do analógico para o digital se fará sem qualquer benefício para os consumidores.

Entendimento do ICP-ANACOM

Sem prejuízo para o que *supra* se clarificou relativamente ao enquadramento legal subjacente à génese do modelo definido para a introdução da TDT em Portugal e consequente *concurso conjunto*, bem como quanto à competência do ICP-ANACOM para apreciar e decidir no caso vertente, cumpre esclarecer e por essa via rebater, o entendimento expresso pelos respondentes a propósito da análise deste ponto do SPD.

Por motivos que são do conhecimento público e que se prendem com a acção judicial interposta por uma das entidades concorrentes ao concurso para a atribuição de direitos de utilização de frequências a que estão associados os Muxes B a F (a Airplus), a PTC viu-se, de facto, impedida de iniciar a operação de *Pay TV* em simultâneo com a operação de FTA.

Este desfasamento teve como consequência o comprometimento das sinergias perspectivadas com a implementação simultânea das duas operações, em especial as de ordem operacional de instalação das redes, mas também, em parte, as de promoção da TDT em sentido lato (FTA e *Pay TV*), tendo-se perdido a oportunidade de obtenção de uma maior visibilidade das operações com o seu arranque conjunto.

Com efeito, e não se questionando que a instalação dos sistemas radiantes e respectivas infra-estruturas têm um custo associado aos investimentos significativo, não se pode igualmente questionar o facto de que instalar em primeiro lugar uma rede e só em data posterior instalar toda a série de equipamentos (emissores, filtros, combinadores, etc.) relativos a mais cinco redes (em alguns casos apenas duas), tem um custo muito superior do que se instalar de uma só vez as seis redes. É por isso um factor cujo impacto na economia da operação de *Pay TV*, em análise nesta sede, não é negligenciável.

No entanto, o ICP-ANACOM também reconheceu que este argumento não foi, e nunca seria, por si só suficiente para fundamentar a revogação dos referidos direitos de utilização de frequências. Com efeito, esta Autoridade não desconhece que a PTC reforçou a caução ciente deste desfasamento e que o mesmo foi tido em conta no momento da emissão dos títulos habilitantes, tendo, aliás, fundamentado a prorrogação de 6 meses dos prazos fixados para o cumprimento das condições neles previstas.

Vários foram os respondentes que nos respectivos contributos apontam no sentido desta Autoridade ter aceite a argumentação apresentada pela PTC, decidindo com base numa insuficiente e desadequada análise de concorrência ao mercado da televisão por subscrição.

Quanto a este aspecto importa atentar no seguinte:

A análise da concorrência no mercado de televisão por subscrição poderá ser, principal e simplesmente, aferida pelo seguinte dado: desde, pelo menos, 2005 e até ao 1.º trimestre de 2008 a quota de mercado da ZON (na altura TV Cabo) mantinha-se estável (cfr. Gráfico 1 do SPD), sempre acima dos 80% e, desde então, tem vindo a reduzir-se consistente e significativamente, encontrando-se, no 1.º trimestre de 2010, num valor inferior a 63%. Trata-se de uma redução de cerca de 20 pontos percentuais, em cerca de 2 anos. Com base nestes dados facilmente se conclui que o mercado de televisão por subscrição evoluiu significativamente em termos de quotas de mercado.

Também em termos de clientes, nos dois anos compreendidos entre o 1.º trimestre de 2008 e o 1.º trimestre de 2010, o número de adições líquidas ao serviço de televisão por subscrição mais do que duplicou, face ao número de adições líquidas nos três anos que antecederam esse período temporal. Ou seja, mais de 73 mil adições líquidas por trimestre no período compreendido entre o 1.º trimestre de 2008 e o 1.º trimestre de 2010, face a 23 mil adições líquidas por trimestre no período compreendido entre o 1.º trimestre de 2005 e o 1.º trimestre de 2008.

Estes dados, por si só, reforçam a argumentação de que, face à situação no primeiro trimestre de 2008 (aquando da preparação e entrega das candidaturas ao concurso da TDT), a situação actual no mercado de televisão por subscrição é bastante distinta.

Acresce que, conforme referido no SPD, face ao aumento substancial de quota de mercado do Grupo PT no mercado de televisão por subscrição, a plataforma terrestre de *Pay TV* que seria desenvolvida pelo Grupo PT não constitui, como o próprio Grupo PT (o maior interessado na exploração de uma tecnologia que lhe permita concorrer ainda mais no mercado de televisão por subscrição) reconhece, um elemento imprescindível para fomentar a concorrência neste mercado, que conforme explicitado no entendimento do ICP-ANACOM na secção 2.2.1 do presente relatório, era o objectivo principal da introdução desta plataforma na vertente de *Pay TV*.

Resulta das respostas recebidas que muitos dos respondentes assumem uma postura crítica relativamente ao comportamento da PTC, questionando se o mesmo não configurará uma prática de concorrência desleal na medida em que por via da sua actuação conseguiu eliminar potenciais concorrentes, ao apresentar-se a concurso com uma proposta que mereceu vencimento, pretendendo agora desistir da operação por considerações de ordem financeira.

Quanto a este aspecto, importa esclarecer o seguinte:

O ICP-ANACOM afirmou no SPD que para a evolução do mercado de televisão por subscrição contribuiu também a própria PTC.

Com efeito, para crescer no mercado de televisão por subscrição o Grupo PT legitimamente investiu em várias tecnologias:

- xDSL, lançada comercialmente em Junho de 2007;
- DTH, lançada comercialmente em Abril de 2008; e
- FTTH, lançada mais recentemente, em Maio de 2009.

Adicionalmente, o Grupo PT candidatou-se também, em Abril de 2008, ao concurso TDT, nas vertentes de FTA e de *Pay TV*. Como se referiu no SPD, na altura em que apresentou essa candidatura, a mesma, na vertente de *Pay TV*, era uma decisão natural e racional uma vez que beneficiava das sinergias da rede FTA, nomeadamente das torres e demais equipamento partilhável e as restantes tecnologias, existindo ainda, à altura, incerteza quanto à evolução da procura dos serviços suportados principalmente em IPTV e FTTH.

Dado o sucesso da operação comercial baseada no serviço MEO (xDSL, FTTH e DTH), com o impacto acima referido – i.e. detendo já quase um quarto de quota de mercado num curto período de tempo e contribuído para um aumento significativo da dimensão do mercado de televisão por subscrição – é também compreensível e natural questionar agora os benefícios da introdução, por parte dessa mesma empresa, de uma outra tecnologia (a TDT na vertente de *Pay TV*) que não traz grandes benefícios face às tecnologias já introduzidas no mercado pelo Grupo PT (eventualmente, poderia referir-se o caso do VoD, não suportado no DTH).

De facto, na candidatura apresentada, os aspectos diferenciadores identificados pelo Grupo PT da TDT na vertente *Pay TV* face à oferta suportada no satélite (DTH) e xDSL eram o facto de ser auto-instalável (no satélite é necessária a instalação de uma antena parabólica, geralmente por técnicos específicos) e disponibilizar conteúdos em alta definição além de possibilitar as funcionalidades de PVR e de

VoD. Verifica-se que a oferta comercial actual de DTH disponibiliza já conteúdos em alta definição e permite a funcionalidade de PVR.

No entanto, tais desvantagens do DTH não impediram o crescimento do número de subscritores deste serviço, que representa, no 1.º trimestre de 2010, mais de 25% do mercado de televisão por subscrição. E que representa uma percentagem ainda mais elevada considerando apenas os clientes do Grupo PT.

A incerteza patente do Grupo sobre a evolução do mercado é comprovada pela comparação entre as estimativas apresentadas na candidatura e os valores actuais e reais do mercado. Por exemplo, o Grupo PT estimava que o número de subscritores de DTH em Portugal se situasse em ligeiramente acima dos 500 mil em 2012, quando no 1.º trimestre de 2010 esse valor já ultrapassa os 650 mil. Em relação ao número de subscritores na tecnologia IPTV essa discrepância ainda é maior, estimando a PTC um valor inferior a 300 mil em 2012, quando esse valor supera os 400 mil no 1.º trimestre de 2010.

Como resulta do anteriormente exposto, a PTC com toda a legitimidade investiu em várias plataformas presentes no mercado da televisão por subscrição, tendo presente também a vicissitude de ter ficado impedida de, durante um determinado período de tempo, avançar com a implementação da plataforma paga de TDT (em virtude do processo judicial já referido). Nesta perspectiva comportou-se como qualquer agente económico presente no mercado.

Ainda quanto à alegada prática de fechamento do mercado, importa chamar à colação a posição expressa pela Autoridade da Concorrência (AdC).

Com efeito, tendo a SONAECOM apresentado àquela Autoridade uma exposição idêntica à que apresentou ao ICP-ANACOM, a AdC comunicou ao ICP-ANACOM ter concluído que *“a matéria em causa não é susceptível de enquadramento nos termos da Lei nº 18/2003, de 11 de Junho (Lei da Concorrência)”*.

2.2.4. Análise do pedido – Factores indutores da migração voluntária

Neste ponto do SPD o ICP-ANACOM, considerando que a transição voluntária dos utilizadores para a plataforma digital é um elemento chave para o sucesso da introdução da TDT em Portugal, analisou os desenvolvimentos ocorridos nos factores que identifica como indutores de tal migração, a saber: o 5º canal, as emissões em HD e as sinergias FTA/Pay TV.

Comentários recebidos

O **GMC** a propósito das sinergias FTA/Pay TV afirma que o modelo concreto de implementação da TDT em Portugal partiu do pressuposto de que a migração voluntária necessitaria de um incentivo traduzido essencialmente numa maior oferta televisiva, a par de incrementos no plano da qualidade de imagem e som. E neste contexto o ICP-ANACOM reconheceu que a operação de Pay TV teria um efeito de alavancagem junto do grande público do conhecimento da plataforma TDT como um todo.

O **GMC** não compreende assim como é possível que, neste momento, o ICP-ANACOM admita que a transição para a TDT se processe nos mesmos termos caso não venha a existir uma operação de TDT paga, uma vez que não será por virtude do 5º canal generalista de acesso livre ou do serviço de televisão em Alta Definição (HD) em segmentos de emissão partilhados por vários operadores, que se criará o estímulo necessário para a mudança tecnológica que se impõe a muito breve prazo: a oferta de mais serviços a preços reduzidos seria complementar da gratuita.

A **IMPRESA** considerando que com a não implementação da operação de Pay TV um dos principais incentivos para a migração por parte de um significativo número de consumidores de televisão analógica deixa de existir, e que o principal indutor para uma mais rápida transição passará a ser a oferta dos quatro canais FTA em Alta Definição (HDTV), será exigido dos operadores um esforço de investimento

muito superior ao esperado com a plataforma TDT. No caso específico do canal de televisão detido pela IMPRESA – a SIC – o esforço de investimento para a emissão em HDTV ronda os 17 milhões de euros, «*o qual para ser efectuado dentro de um prazo razoável (...) considerava a retribuição económica que derivaria da atribuição de licenças para Pay TV em TDT*». Neste contexto, a **IMPRESA**, conclui que a distribuição do sinal em HDTV será muito mais onerosa para os operadores de FTA do que a distribuição do sinal em SDTV, em claro benefício do operador que gere o Mux A.

No entender da respondente a plataforma de TDT paga permitiria aos fornecedores de conteúdos diversificar as receitas e criar sinergias de custos de produção, «*uma vez que legitimamente se previa uma produção de novos canais específicos para esta plataforma*». A nível da distribuição de conteúdos apresentava-se como uma alternativa às plataformas existentes aumentando a concorrência efectiva entre operadores, com ganhos para os utilizadores. A este propósito a **IMPRESA** conclui no sentido de considerar que caso proceda a intenção da PTC de não implementar a plataforma TDT, o que a respondente não concede, o Estado deve garantir alternativas técnicas e compensações financeiras por forma a promover a concorrência na oferta de redes e serviços e contribuir para o desenvolvimento do mercado interno, em substituição do que se esperava alcançar com a *Pay TV* em TDT.

A **PTC** reiterando a linha de argumentação do seu pedido de revogação, afirma que é incontestável que as duas operações – *Pay TV* e FTA - não puderam ser lançadas em simultâneo, o que levou necessariamente à perda das sinergias que decorreriam do lançamento concomitante das duas operações e que estavam patentes na proposta variante apresentada pela PTC.

A **SONAECOM**, quanto à não previsibilidade do lançamento a breve trecho do 5º canal, questiona se (i) este era um pressuposto do concurso; (ii) é um factor determinante para que não se aposte na TDT por subscrição; e (iii) este factor não

apontará, com força redobrada, para a importância de um novo operador de distribuição televisivo, ou pelo menos para que a questão seja ponderada.

Como já referido no ponto anterior do presente Relatório, a **TELEVÉS** considera que a perda de sinergias alegada pela PTC resultante do tempo de espera pela acção judicial interposta pela Airplus, se por um lado é um factor que deveria ter sido ponderado pela PTC na altura em que concorreu, uma vez que não é caso único um recurso depois de uma tomada de posição sobre um vencedor num concurso, por outro, não pode servir de justificação para a alegada perda de sinergias.

Considera a **TELEVÉS** que o maior custo associado aos investimentos é o relacionamento com a instalação de sistemas radiantes e respectivas infra-estruturas para a cobertura da TDT FTA. Colocar os restantes Muxes só obrigaria à multiplexação destes com o existente Mux A aproveitando os mesmos sistemas radiantes. Se a PTC argumenta que não estaria a pensar utilizar os mesmos sistemas radiantes significa que não estaria a pensar em otimizar sinergias e nesse caso estamos na presença de um contra-senso em que a PTC assume que desde do início teria pensado chegar a esta altura e pedir a revogação da licença.

ALDINO GARRUDO afirma que em Portugal existem quatro canais, o quinto canal é virtual e o canal em HD existe apenas no nome.

Em relação ao atraso no arranque do 5º Canal, **MIGUEL VITORINO** considera tratar-se de um bom argumento mas que afectará sobretudo a adesão à TDT gratuita e que pouco ou nada afectará a captura de clientes para a TDT paga.

Entendimento do ICP-ANACOM

Entendeu esta Autoridade, em sede de SPD, na sequência do enquadramento do pedido apresentado pela PTC e da análise do mesmo na vertente do objectivo de interesse público de promoção da concorrência no mercado da televisão por subscrição, que da estrutura e teor do projecto de decisão a emitir deveria constar um ponto de situação relativamente aos factores que, aquando da definição do modelo de introdução da TDT em Portugal, se assumiram como principais indutores da migração voluntária, que permitisse apurar da necessidade de criação de novos estímulos à migração voluntária.

É neste contexto que surge o ponto 3.2. do SPD.

Naturalmente que, à excepção do terceiro factor à data invocado (as sinergias entre a operação de FTA e a operação de *Pay TV*, cuja relação de resto já se esclareceu no ponto 2.2.3. do presente relatório para onde desde já se remete), cujo teor torna natural a sua invocação em sede do presente procedimento, os demais factores invocados (disponibilidade do 5º canal e emissões em HD), não são determinantes na definição do sentido da presente decisão, uma vez que se reconduzem a obrigações assumidas no contexto do direito de utilização de frequências associado ao Mux A.

Assim se justifica, de resto, que no SPD apenas se reconheça a falência dos mesmos nos termos em que foram perspectivados.

Sem prejuízo, importa sublinhar, a propósito da posição manifestada pela PTC quanto à questão das sinergias e sua relação com a proposta variante apresentada, que o ICP-ANACOM entende que, apesar do pedido de revogação apresentado pela PTC, esta empresa se mantém vinculada aos termos e condições, designadamente quanto ao preço de disponibilização do serviço aos operadores de televisão, do cenário variante da proposta que apresentou ao concurso da operação FTA, uma vez que não se verificou a condição prevista na cláusula 16ª, nº 2 do título

emitido³³. Este entendimento foi confirmado pela PTC que em sede de audiência prévia assumiu que se mantinha vinculada aos níveis de remuneração constantes da sua proposta variante.

É relevante referir que não rejeitando que na perspectiva do ICP-ANACOM as duas plataformas de TDT (paga e gratuita) seriam complementares e nessa medida o *Pay TV* também contribuiria para a migração voluntária, aliás como sempre afirmou, não são de descurar enquanto factores indutores dessa migração o lançamento de um novo canal generalista (o designado 5º canal), bem como a emissão em aberto e gratuita de elementos de programação em alta definição (emissão partilhada em HD).

Importa pois promover ainda estes dois factores, embora, como se sabe, tal impulso esteja fora da alçada do ICP-ANACOM.

Quanto ao 5º canal, o Tribunal Central Administrativo Sul, por acórdão de 29 de Abril de 2010, veio dar razão à ERC, tendo decidido “*conceder provimento ao recurso, revogando a sentença recorrida na parte em que suspendeu a eficácia da deliberação 3/LIC-TV/2009, indeferindo a providência cautelar requerida*”.

Aguardam-se pois novos desenvolvimentos neste processo. Importa ter em conta, a propósito, que o titular do direito de utilização relativo ao Mux A (a PTC) se mantém obrigado a reservar capacidade para o 5º canal a licenciar pela ERC.

Quanto à emissão partilhada em HD, recorde-se que o planeamento para tais emissões devia ser acordado atempadamente entre os operadores de televisão envolvidos, nos termos previstos no art. 20º, nº 3 do Regulamento do Concurso Público do Mux A³⁴. A falta de entendimento, até à data, entre estes operadores levou o ICP-ANACOM a concluir que a concretização destas emissões se afigurava de difícil exequibilidade.

³³ Direito de utilização de frequências ICP-ANACOM n.º 6/2008, emitido por deliberação do ICP-ANACOM de 9.12.2008, disponível em http://www.anacom.pt/streaming/TDT_delib91222008.pdf?contentId=764139&field=ATTACHED_FILE

³⁴ Aprovado pelo Regulamento da ANACOM nº 95-A/2008, de 25 de Fevereiro.

Não obstante, importa ter em conta que o enquadramento regulamentar oferece possibilidades de intervenção neste domínio, podendo a ERC desempenhar um papel fundamental: é que na falta de acordo entre os operadores de televisão, compete àquela Autoridade, ao abrigo do art. 20º, nº 4 do mesmo Regulamento, intervir (por iniciativa própria ou a pedido de qualquer das partes) decidindo de forma vinculativa, após parecer do ICP-ANACOM.

É, por isso, razoável esperar que da parte dos intervenientes directos nesta matéria (ERC e operadores de televisão) haja desenvolvimentos no sentido da concretização do objectivo de interesse público fixado na Resolução do Conselho de Ministros nº 12/2008, o qual permanece actual e em vigor.

Com efeito, é importante não esquecer que nos termos do Regulamento do Concurso do Mux A, emitido pelo ICP-ANACOM, o titular do respectivo direito de utilização (a PTC) está obrigado a reservar capacidade para este efeito (transmissão, em modo não simultâneo até ao fecho da radiodifusão televisiva analógica, em alta definição, de elementos de programação dos operadores de televisão).

Neste contexto, dificilmente se compreenderá que os operadores de televisão se desinteressem, sem explicação pública conhecida até à data, da possibilidade que o referido Regulamento do Concurso lhes concedeu e que permanece em aberto. Na verdade, também neste caso os operadores de televisão têm um direito que podem exercer, não tendo invocado expressamente, tanto quanto é do conhecimento do ICP-ANACOM, nem alterações anormais e imprevisíveis de circunstâncias, nem modificações de outra ordem, que justifiquem a sua desistência desse direito.

Assim, o ICP-ANACOM tem dificuldade em aceitar que tanto a IMPRESA como o GMC apenas tenham manifestado preocupação, no contexto dos incentivos à migração voluntária, com o desaparecimento da plataforma de *Pay TV*, sendo certo que se mantém inalterado o objectivo de interesse público, definido politicamente na

citada Resolução do Conselho de Ministros nº 12/2008, de possibilitar a emissão partilhada em HD.

2.2.5. Análise do pedido – Outros argumentos invocados pela PTC

Em rigor este ponto não tem correspondência directa com a ordem sistemática do SPD. Com efeito, no início do projecto de decisão (Ponto 1.) o ICP-ANACOM apresentou uma síntese meramente descritiva do conjunto de argumentos invocados pela PTC no pedido de revogação que apresentou mas baseia a sua decisão em argumentos de ordem diferente. Verificando-se que alguns respondentes analisaram argumentos apresentados por aquela empresa que o ICP-ANACOM não relevou na sua análise, entende agora esta Autoridade que se justifica promover essa abordagem.

Comentários recebidos

A **SONAECOM** coloca um conjunto de questões. Assim, especificamente e quanto:

- À antecipação do investimento e mobilização de recursos para a operacionalização do MUX A, a **SONECOM** questiona a relevância desta afirmação sobre o procedimento concursal;

- A existirem desenvolvimentos no mercado de televisão por subscrição que tornam a TDT paga desinteressante como sejam:
 - a) O investimento em NGNs (fibra óptica) que torna desnecessária e desviaria recursos para a TDT, a **SONAECOM** questiona: *«Não sabia a PT e propalava, há muito tempo, que essa era a tecnologia do futuro (future proof) e que a sua estratégia de longo prazo passaria necessariamente pelas NGNs e pela oferta de serviços de televisão sobre essa tecnologia? Ignorava-o a PT quando decidiu concorrer aos Multiplexers B-F? Ignorava-o ainda quando decidiu reforçar a caução em Abril de 2009? O mesmo não se aplicará às ofertas de televisão por satélite? Não terá sido essa uma das razões que levou muitos dos potenciais interessados a não concorrerem (os tais que, como todos os operadores do mercado, e ao contrário do que o ICP-ANACOM sustenta, têm um legítimo interesse directo neste procedimento)?»*

- b) Os cinco concursos para construção e exploração de NGNs nas zonas rurais e remotas, a **SONAECOM** pergunta: «*são estes potenciais mercados significativos e desmotivadores, por si, do desenvolvimento projectado para a TDT por subscrição, apesar da sua circunscrição geográfica e exigência de cobertura? Se o são, não o eram já em Abril de 2009, quando a PTC decidiu reforçar a caução?»*
- À crise económica em curso inviabilizar o investimento, a **SONAECOM** questiona, se a PTC não conhecia a severidade da crise nacional e internacional em Abril de 2009, quando decidiu reforçar a caução, aditando ainda se em Abril de 2008, quando a PTC apresentou a sua candidatura, a crise não estava já amplamente anunciada.

A propósito da argumentação da PTC relativa aos desenvolvimentos ocorridos no mercado de televisão por subscrição a **TELEVÉS** afirma que:

- A assinatura do protocolo com o Governo quanto ao compromisso de aposta forte no desenvolvimento da fibra óptica não pode justificar o abandono agora da plataforma TDT. Noutros países da União Europeia e em casos muito concretos como Espanha, França, Reino Unido ou Itália, o desenvolvimento da fibra óptica é compatível com mais de 30 canais TDT no ar em formato *Broadcast* livre bem como com a introdução de canais TDT por subscrição e TDT em alta definição. A **TELEVÉS** questiona ainda se no compromisso assumido com o Governo era feita alguma alusão à possibilidade de abandono por parte da PTC, da plataforma TDT;
- O desenvolvimento e investimento em redes de alta velocidade não pode nem deve estar relacionado comercialmente com a cobertura TDT de um país como Portugal. Os valores envolvidos não se podem comparar. «Se na fibra falamos de milhões de euros, na TDT falamos de milhares de euros. Nunca um investimento na TDT poderá afectar o desenvolvimento das redes de fibra por falta de capacidade económica»;
- Com base na alegação da PTC segundo a qual com os concursos públicos agora lançados, as zonas remotas do país serão previsivelmente servidas, num curto prazo, a **TELEVÉS** considera haver aqui desde logo uma grande

indefinição quanto à sua disponibilidade. Mas mesmo que alguma certeza houvesse quanto à disponibilidade de fibra em zonas remotas a **TELEVÉS** questiona o que a PTC entende por televisão paga de alta qualidade a preços acessíveis.

Relativamente ao forte investimento em redes de nova geração, **MIGUEL VITORINO** considera que tal linha de argumentação também não procede uma vez que partindo do pressuposto de que a PTC dispõe de um plano de investimento multi-anual, e estaria previsto o forte investimento em fibra, então a motivação para concorrer a uma tecnologia rival só poderia ser porque a PTC pretendia impedir a entrada de um concorrente.

Quanto ao argumento da crise económica, **MIGUEL VITORINO** afirma que o mesmo funciona pela inversa, ou seja, considera que é exactamente por causa de crise económica que as famílias poderão abandonar tarifários mais caros com largas dezenas de canais que não usufruem em favor da TDT paga. Entende, pois, que se há altura propícia para o lançamento da TDT paga, é exactamente esta.

Entendimento do ICP-ANACOM

Em traços largos as respostas vindas de coligir criticam, três aspectos da argumentação apresentada pela PTC para fundamentar o seu pedido. São eles: **(i)** a antecipação do investimento na implementação do Mux A; **(ii)** o compromisso assumido junto do Governo para investir em redes de nova geração; e **(iii)** a crise internacional.

A este respeito, o ICP-ANACOM rejeita a afirmação da PTC segundo a qual esta Autoridade “*acolhe, na sua essência, os factos e argumentos apresentados pela PTC*”, uma vez que, conforme resulta da análise precedente e do que a seguir se dirá, existem factores não coincidentes nas respectivas avaliações, o que se afigura

natural tendo em conta as perspectivas de parte interessada (a PTC) e de decisor tendo em vista a prossecução do interesse público (ICP-ANACOM).

Os três aspectos acima referidos, recorde-se, não foram apreciados em sede de SPD, o que em si mesmo constitui um indício da posição que esta Autoridade tem relativamente a esta linha de argumentação.

Com efeito, e ao contrário do que foi interpretado pelos respondentes, neste ponto o ICP-ANACOM revê-se genericamente nos comentários recebidos.

Se é certo que a CRP e a lei asseguram aos agentes económicos liberdade de iniciativa económica, envolvendo a liberdade para definir opções de investimento, esta garantia constitucional, por imperativo legal, deve ser exercida num quadro de responsabilidade económica e social, tanto maior quanto mais relevante for a capacidade de intervenção do agente em causa e das acções que pretende desenvolver na economia nacional.

Neste contexto, e por referência aos argumentos apresentados, o ICP-ANACOM considera que **(i)** as obrigações assumidas pela PTC no âmbito do concurso para a atribuição de um direito de utilização de frequências de âmbito nacional para o serviço de radiodifusão televisiva digital terrestre (Mux A), nomeadamente, quanto ao prazo de início de exploração dos serviços, foram devidamente definidas quando da atribuição do respectivo título, não tendo sido objecto de qualquer alteração posterior. Serve isto para dizer que, se por sua iniciativa a PTC legitimamente decidiu antecipar o cumprimento das obrigações fixadas, tal antecipação não constitui fundamento, no entender desta Autoridade, para o abandono de outras obrigações que, noutras sedes, tenha assumido.

De igual modo, **(ii)** quanto aos compromissos assumidos pela PTC junto do Governo para implementação de redes de fibra óptica, esta empresa no contexto das opções estratégicas que legitimamente pode tomar, terá optado por se manifestar interessada no investimento em várias plataformas. É expectável que uma entidade empresarial analise a sua capacidade de investimento antes de

assumir qualquer compromisso, pelo que a argumentação da PTC neste ponto não foi considerada pelo ICP-ANACOM como fundamento de revogação dos direitos de utilização de frequências.

Uma última referência à **(iii)** terceira linha de argumentação exposta. A PTC invoca que face às dificuldades do acesso ao *funding* na actual conjuntura económica, o desenvolvimento do projecto de TDT por subscrição implicaria uma redução do investimento em fibra óptica e o consequente atraso no *roll out* desta rede. Tal como referido, insiste-se que se trata de compromissos assumidos em sedes distintas e em momentos sucessivos sem que tenha sido estabelecida qualquer relação (de substituição) entre os mesmos, pelo que esta Autoridade não reconhece a legitimidade do argumento apresentado e não o considerou na fundamentação do SPD.

2.2.6. Análise do pedido – A utilização da sub-faixa dos 790-862 MHz

Neste ponto do SPD o ICP-ANACOM, com o pressuposto de avaliar em que medida a devolução das frequências lhe permite repensar a planificação do espectro em apreço na presente decisão, fez uma síntese dos desenvolvimentos ocorridos no que diz respeito à utilização harmonizada da designada sub-faixa dos 800 MHz, bem como das posições já expressas pelo Regulador nesta matéria, que indiciam a intenção de acompanhar o movimento a nível europeu no sentido de disponibilizar essa faixa para serviços de comunicações electrónicas de banda larga, de acordo com os princípios WAPECS.

Comentários recebidos

A **APR** centra as suas preocupações no dividendo digital, e neste contexto, defende que o dividendo digital resultante do *switch off* deve ser na totalidade reservado para serviços de radiodifusão (sonora e televisiva). Especificamente, a **APR** vê na devolução de frequências a possibilidade de se salvaguardarem duas situações, a saber: **(i)** a garantia de espectro suficiente para todos os operadores de radiodifusão sonora numa eventual transição deste serviço para ambiente digital; **(ii)** a garantia de espectro suficiente para a criação de uma ou mais redes de DVB-T de cobertura regional ou local. A APR suporta esta sua pretensão na Lei da TV.

O **GMC** entende que não existe uma obrigatoriedade de utilização harmonizada da sub-faixa dos 790-862MHz por redes e serviços de comunicações electrónicas diferentes dos serviços de radiodifusão, sendo que o que está em causa é uma mera faculdade que assiste aos Estados, consubstanciada numa Recomendação da Comissão. Sustenta a sua posição em vários textos comunitários e recorda que o próprio ICP-ANACOM, aquando da sua resposta à consulta pública da Comissão Europeia sobre o dividendo espectral, se insurgiu contra a rigidez associada à imposição de condições técnicas harmonizadas para a utilização daquela sub-faixa. Afirma também que não pode ser invocada uma *inevitabilidade* de Portugal ter de afectar a referida sub-faixa para serviços de banda larga móvel em virtude de

Espanha ter já decidido nesse sentido, pois existem possibilidades técnicas para mitigar as interferências entre as redes de TDT e aqueles serviços. O GMC refere ainda que não se pode ter por correcta a afirmação constante do SPD segundo a qual *«a maioria dos respondentes à consulta pública sobre o dividendo digital defendeu a atribuição, tão cedo quanto possível, da sub-faixa dos 790-862MHz para aplicações de banda larga»*, referindo cinco respondentes que manifestaram entendimento distinto.

No entender do **GMC** a sub-faixa dos 790-862MHz deve ser prioritariamente reservada para os serviços audiovisuais, em particular os que propiciem melhores condições para a migração voluntária dos serviços analógicos para o digital terrestre. Mais entende ser essencial a disponibilidade de espectro para permitir, pelo menos, a difusão integral e em modo simultâneo, dos actuais serviços de programas de acesso livre presentes no Mux A em HD e que em caso algum deve ser comprometida a possibilidade de os mesmos virem a evoluir para o formato 3D. Neste contexto, o **GMC** considera que o ICP-ANACOM deve estudar as modalidades técnicas que permitem a utilização da sub-faixa 790-862MHz para a TDT, ainda que em Espanha se venha a confirmar a decisão de afectar esta sub-faixa a serviços de banda larga móvel.

A **VODAFONE** considera ser de interesse público a possibilidade do ICP-ANACOM ver devolvidas as frequências associadas aos Muxes B a F uma vez que se enquadra no âmbito das respectivas atribuições de gestão de espectro e de uma utilização efectiva e eficiente de frequências. O projecto de decisão cria, no entender da respondente, uma oportunidade de harmonização com os restantes países europeus, no que respeita à utilização da sub-faixa dos 790-862MHz, sendo que os benefícios daqui resultantes para a oferta de serviços de banda larga móvel são reconhecidos pela Comissão Europeia.

Considera que a libertação do espectro relativo aos direitos de utilização objecto do projecto de decisão ainda que positiva, não é suficiente e refere que o espectro

relativo ao Mux A (canal 67) está localizado na sub-faixa superior do dividendo digital, o que inviabiliza que grande parte do mesmo possa ser utilizada pelos serviços móveis. Mais afirma que a coexistência de espectro adjacente entre serviços de radiodifusão e serviços móveis é dificultada pelo facto de os primeiros se caracterizarem por utilizar potências de emissão elevadas. Por esta razão entende a **VODAFONE** que o ICP-ANACOM deve, enquanto o número de clientes ligados a esta plataforma é reduzido, proceder à realocação do Mux A para outra zona do espectro.

ELISEU MACEDO recorda que quando os grupos DVB e MPEG começaram a desenvolver as respectivas normas e sistemas, o objectivo era melhorar e otimizar a utilização do espectro e que portanto, sob este ponto de vista, a TDT visa otimizar a utilização da extensa faixa VHF / UHF. A TDT permite que se reorganize a Banda VHF-BIII para serviços de T-DAB e/ou DVB-T e que se liberte parte do espectro para outros serviços que não TV/Rádio. «Podemos então concluir que as vantagens da TDT vão muito para além de uma mera melhoria técnica do serviço de radiodifusão terrestre». A grande mais-valia da TDT é o dividendo digital. Neste contexto, **ELISEU MACEDO** recorda a tendência geral na Europa para afectação da faixa 790 a 862 MHz a outros serviços de telecomunicações.

Considerando que o sucesso de uma operação de migração para o digital se mede pela taxa de penetração, **ELISEU MACEDO** afirma ser necessário favorecer a migração voluntária, através da ampliação da oferta de TV livre, de campanhas e de equipamentos de baixo custo. Para suportar a sua afirmação cita os exemplos Espanhol, Francês e do Reino Unido.

Especificamente para o caso português propõe um modelo de reorganização da TDT, em dois momentos: (i) Até 2012: Seriam entregues o mais rapidamente possível os 3 Muxes de cobertura de âmbito nacional (Muxes A a C) aos três operadores de televisão existentes (RTP, SIC TVI), cujos títulos seriam alterados para que procedessem à difusão de novos conteúdos. Cada operador ficaria assim, *grosso modo*, com 20 Mbps para disponibilizar conteúdos quer em SD, quer em HD.

A gestão de cada um dos Muxes atribuídos seria da inteira responsabilidade do respectivo titular, sobre quem recairia a obrigação de cumprir certos requisitos de bit-rate mínimo para serviços TV quer em SD, quer em HD. A oferta de canais temáticos deveria ser equacionada e favorecida; (ii) Após 2012, poderia favorecer-se o lançamento de televisões locais e regionais.

JORGE CUNHA considera que a devolução dos direitos de utilização permite corrigir problemas e decorrentes da TDT paga. Em seu entender o espectro devolvido deveria ser utilizado para: **(i)** a versão em HD dos canais generalistas actuais e do 5º canal; **(ii)** disponibilização de canais temáticos em FTA (RTP Memória; RTP África, RTP N e ainda canais temáticos dos demais operadores de televisão, tais como a Sic Mulher, TVI24, SIC Radical, SIC Notícias, e ainda canais a criar, à semelhança de outros países); **(iii)** disponibilizar canais regionais; **(iv)** reservar espaço para novos canais temáticos.

Entende o respondente que estas soluções constituiriam um incentivo à migração, que neste momento é quase nula e que se não for revertida terá efeitos catastróficos para os cidadãos, indústria televisiva e empresas a ela ligadas.

JORGE CUNHA justifica o modelo que propõe referindo designadamente que:

- O modelo de Televisão Digital Terrestre paga, tem falhado por toda a Europa, não atingindo os objectivos/resultados previstos e desejados;
- O objectivo/pressuposto da TDT paga de diminuir os preços da Televisão por subscrição, não será atingido uma vez que: **(i)** o número de canais é bastante inferior às restantes plataformas, por falta de espaço espectral, sendo que esta diferença será ainda maior caso se trate de canais em HD; **(ii)** não tem margem de manobra para os próximos desafios tecnológicos (inexistência de espaço para a inclusão de canais televisivos em 3D, disponibilização de todos os canais em alta definição, etc.); **(iii)** o preço da TV por subscrição actualmente disponível já é baixo, «em linha com os outros países da União Europeia, consequência do *spin-off* da actual ZON do Grupo PT».

RUI REBELO DE SOUSA, e **ELECTRO.SA** defendem o lançamento de mais canais em FTA.

ENIO GOMES solicita a maior atenção ao desafio colocado pela televisão digital terrestre, «tendo em conta que existem canais que podem ser emitidos sem custo para os portugueses».

RICARDO DUARTE considera importante demonstrar o descontentamento «com o panorama que se vislumbra» e sugere a disponibilização dos canais RTP1, RTP Memória, RTP África e RTP N em TDT.

Entendimento do ICP-ANACOM

Tal como já afirmado na apreciação na generalidade (Ponto 2.1. *supra*), constata-se que as posições expressas relativamente a este ponto são de natureza difusa, sendo na generalidade reconduzíveis às áreas de interesse dos respondentes que as subscrevem.

Embora o projecto de decisão submetido a procedimento geral de consulta não tomasse qualquer opção quanto à futura utilização das frequências que a PTC pretende devolver (associadas aos Muxes B a F), e em particular sobre a utilização da designada sub-faixa dos 800 MHz (790-862MHz), o ICP-ANACOM não deixará de considerar todas as posições manifestadas no presente processo de consulta no momento em que, em processo próprio, decidir sobre essa matéria.

Sem prejuízo, e face aos comentários recebidos, o ICP-ANACOM considera relevante prestar alguns esclarecimentos.

Em primeiro lugar, importa refutar liminarmente a interpretação que o GMC pretende conferir à expressão “irreversível” usada pelo ICP-ANACOM no seu projecto de

Decisão (*vide* pág. 23 do SPD). Com efeito, em momento algum esta Autoridade referiu que a utilização harmonizada da sub-faixa dos 800 MHz constituía uma *obrigação imposta pela União Europeia*, ou que a *Comissão aprovou uma decisão* sobre a matéria, como o GMC quer fazer crer ao descontextualizar em absoluto o uso daquela expressão. Também em momento algum o ICP-ANACOM invocou uma *inevitabilidade* de Portugal ter de afectar a referida sub-faixa para serviços de banda larga móvel em virtude de Espanha ter já decidido nesse sentido.

Como claramente se pode verificar pela leitura do ponto 3.3. do SPD, o ICP-ANACOM limitou-se a descrever factos de modo a concretizar a evolução verificada neste domínio desde a data em que foi tomada a decisão sobre o modelo de introdução da TDT em Portugal (início de 2008) e, mais recentemente, desde a consulta pública promovida por esta Autoridade sobre o Dividendo Digital.

É dessa actualização que decorre a conclusão de que o movimento - entenda-se de utilização harmonizada da sub-faixa do 800 MHz no âmbito da UE - se perspectiva (hoje) irreversível o que não era antecipável no início de 2008.

Note-se a este propósito que desde 2008 até hoje, muitos países tomaram já decisões definitivas de afectar esta sub-faixa a serviços de comunicações electrónicas de banda larga, referindo-se apenas como exemplo, a Finlândia e a França em 2008, a Alemanha, a Dinamarca e a Noruega em 2009 e, mais recentemente, em Abril de 2010, a Espanha.

E neste contexto, é óbvio que o facto de Espanha já ter decidido sobre a utilização da referida sub-faixa de frequências para aplicações de banda larga móvel é relevante na ponderação que vier a ser feita pelo ICP-ANACOM aquando da sua própria decisão, seja qual for o seu sentido, pois necessariamente terá que ser promovida a adequada coordenação de frequências com aquele país.

Adicionalmente, é o próprio ICP-ANACOM que no SPD refere e cita de forma perfeitamente transparente a Recomendação aprovada pela Comissão Europeia

que visa facilitar a libertação do dividendo digital na UE, nunca referindo a existência de qualquer decisão a este nível.

Quanto à resposta do ICP-ANACOM à consulta pública da CE sobre o dividendo espectral, nomeadamente quanto ao ponto 4.7. do documento da consulta que versava sobre os desafios futuros, depreendia-se que a CE admitia uma possível libertação futura, no limite, de todo o espectro do dividendo digital para outras aplicações, que não de televisão, determinando-se a distribuição de televisão apenas por outras plataformas, como de cabo e satélite, e não por via terrestre. Foi nesse contexto (extremo) que o ICP-ANACOM proferiu os comentários transcritos pelo GMC.

Relativamente à consulta pública promovida pelo ICP-ANACOM sobre o dividendo digital, a maioria dos respondentes manifestou-se efectivamente a favor (cfr. Respostas da Aritel, GSMA, Sonaecom, Vodafone, Onitelecom, Nokia, Alcatel-Lucent e Grupo PT) da atribuição da sub-faixa dos 790-862MHz para aplicações de banda larga.

Será de referir, nesta oportunidade, que mesmo o GMC na resposta a essa consulta admitiu que «(...) *caso Espanha disponibilize a sub-faixa para aplicações móveis de banda larga, a posição a adoptar por Portugal não possa funcionar como um entrave à harmonização da sub-faixa a nível europeu, desiderato que é tão caro à Comissão Europeia*».

Clarificados que estão estes aspectos, que se consideram da maior importância, o ICP-ANACOM não *escondeu* que tem manifestado, com a legitimidade que lhe assiste, a intenção de acompanhar este movimento ao nível europeu no sentido de disponibilizar (naturalmente após o adequado processo decisório em respeito pelo enquadramento jurídico vigente) a sub-faixa dos 800 MHz para serviços de comunicações electrónicas de banda larga, de acordo com os princípios WAPECS, em alinhamento com as conclusões assumidas no Relatório da consulta pública sobre o dividendo digital.

Ao ICP-ANACOM compete a gestão do espectro, no âmbito da qual (i) planifica as frequências de acordo com critérios de disponibilidade, de garantia de condições de concorrência efectiva nos mercados relevantes e de utilização efectiva e eficiente das frequências, (ii) procede à atribuição (entendida com a afectação de frequências a um tipo ou tipos de serviço) e à consignação (entendida como a atribuição em concreto a uma entidade) de frequências de acordo com critérios de objectividade, de transparência, de não discriminação e de proporcionalidade, bem como (iii) promover a harmonização do uso de frequências na União Europeia, por forma a garantir a sua utilização efectiva e eficiente no âmbito da Decisão n.º 676/2002/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março, relativa a um quadro regulamentar para a política de espectro de radiofrequências na Comunidade Europeia (Decisão Espectro de Radiofrequências) – cfr. art. 15º da LCE

Nesta oportunidade, e actualizando a informação constante do SPD é de mencionar a recentemente publicada Decisão da Comissão Europeia, de 6 de Maio de 2010, relativa à harmonização das condições técnicas de utilização da faixa de frequências de 790-862MHz por sistemas terrestres capazes de fornecer serviços de comunicações electrónicas na União Europeia, tomada tendo em conta a Decisão Espectro Radiofrequências.

Para que não subsistam dúvidas, releva-se que esta Decisão não impõe uma determinada utilização para esta sub-faixa de frequências, ou seja, os Estados mantêm a liberdade de decidir individualmente se e em que momento designam ou disponibilizam estas frequências para outras redes que não as de radiodifusão de alta potência, mas quando o fizerem devem conformar-se com as condições técnicas nela vertidas.

Paralelamente, e tendo presentes os vários comentários recebidos no sentido de disponibilização de espectro para radiodifusão televisiva digital terrestre (evolução para HD e 3D; possibilidade de difusão de mais serviços de programas; televisões regionais e locais), releva-se também que, não obstante competir ao ICP-ANACOM a planificação das frequências, essa decisão tem naturalmente em conta as

orientações políticas que existam sobre a matéria e, no caso da actividade de televisão, implica audição da ERC.

Será neste quadro de referência que o ICP-ANACOM decidirá.

Quanto aos comentários da VODAFONE sobre a re-localização do Mux A, o ICP-ANACOM reconhece, e já o afirmou, que uma eventual decisão no sentido de disponibilizar a sub-faixa 790-862 MHz para comunicações electrónicas de banda larga, implicará a alteração dos canais radioeléctricos actualmente utilizados pela TDT em Portugal, com eventuais impactos na sua implementação. O ICP-ANACOM tem consciência de que o impacto decorrente da implementação de uma decisão neste sentido será substancialmente menor quanto mais cedo essa decisão for tomada.

No que respeita à co-existência de espectro adjacente entre os serviços de radiodifusão e os serviços móveis ser dificultada pelo facto de os primeiros utilizarem potências de emissão elevadas, refere-se que as condições técnicas harmonizadas pela recente Decisão da Comissão Europeia, no que respeita à utilização da sub-faixa 790-862 MHz por serviços de comunicações electrónicas de banda larga, tiveram já esse facto em devida conta. Releve-se ainda e no que respeita a esta questão que, sendo a rede de TDT, em funcionamento em Portugal, uma rede de frequência única (no território continental e na Região Autónoma da Madeira), as estações que compõem a rede apresentam potências de emissão muito inferiores às normalmente utilizadas pelo serviço de radiodifusão.

2.2.7. Posição assumida pelo ICP-ANACOM relativamente à caução

No projecto de decisão o ICP-ANACOM concluiu que, não subsistindo as obrigações de cobertura relativas aos Muxes B a F, a caução que garantia o respectivo cumprimento fica sem objecto e não é exigível.

Comentários recebidos

No entender da **IMPRESA** a posição da PTC aproxima-se mais de uma antecipação de incumprimento das obrigações que lhe incumbem por via da licença atribuída em resultado das suas próprias opções comerciais, do que uma pretensão alicerçada em fundamentos jurídicos atendíveis.

Resultando a alteração das circunstâncias que a PTC invoca da acção da própria requerente, não pode a mesma servir de fundamento do pedido sem que com isso se violem os princípios da boa-fé.

Neste contexto, a **IMPRESA** considera que *«se a PTC entrar em situação de incumprimento, ou declarar a sua impossibilidade para cumprir as referidas obrigações, (...) a caução deve ser considerada perdida a favor do ICP-ANACOM»*. Mais adita que caso a licença fosse revogada por causa imputável à Requerente da revogação a caução ficaria irremediavelmente perdida a favor do Estado.

A **PTC** concorda com os termos do projecto de decisão. Considera que a caução visava garantir o cumprimento das obrigações de cobertura previstas, pelo que, não subsistindo tais obrigações, devido à revogação prevista no SPD, fica essa caução sem objecto, devendo por isso a mesma ser libertada e devolvida.

A **SONAECOM** considera ser inaceitável, por razões jurídicas, de credibilidade e de consistência, a simples revogação dos títulos, acompanhada da desoneração de

todas as obrigações assumidas com as mesmas e da devolução da caução prestada. Afirmar que se a PTC perdeu interesse no negócio - por razões que desconhece e que no seu entender indiciam, pelo menos, leviandade - e pretende desistir do mesmo, deve assumir as consequências do seu acto: a responsabilização associada aos prejuízos tal como definida pelo Estado e pelos reguladores.

Afirmar ainda que esta conduta da PTC deve ser registada para efeitos de futuros concursos, relativamente aos quais o “*track record*” de cumprimento dos compromissos assumidos não pode deixar de ser considerado.

MIGUEL VITORINO considera que a PTC deve ser alvo de punição severa. No seu entender, desde cedo se adivinhava a desistência da PTC, por não lhe interessar competir com outras plataformas mais competitivas. A devolução da caução é errada, constituindo uma afronta a quem concorreu de boa-fé e à confiança dos Portugueses na PTC e no ICP-ANACOM.

NELSON TEIXEIRA considera que o valor da caução deveria ser aplicado na comparticipação de custos de acesso dos consumidores a plataformas de televisão com canais pagos, como IPTV, Cabo, Fibra ou Satélite.

Entendimento do ICP-ANACOM

Em primeiro lugar, cumpre clarificar o regime jurídico subjacente à presente caução.

Desta feita, foi para garantia do cumprimento das obrigações decorrentes do acto de atribuição dos direitos de utilização de frequências (e não apenas das obrigações de cobertura, como imprecisamente se referiu no SPD), e nos termos do regime previsto no artigo 16º do Regulamento do Concurso, que a requerente prestou caução no valor de €2.500.000.

Prevê o Regulamento do Concurso que a referida caução vigora por um período máximo de 42 meses, sendo libertada na medida em que se verifique o cumprimento do faseamento das obrigações de cobertura resultantes do compromisso neste domínio assumido na proposta vencedora e previstas (sinteticamente) nas cláusulas 9ª dos títulos habilitantes emitidos.

Da análise que precede, em alinhamento de resto com a posição assumida pelo ICP-ANACOM no SPD, decorre que:

- Nas actuais condições de mercado, o interesse público não fica prejudicado se se deferir o pedido da PTC, removendo os direitos e obrigações associados aos Muxes B a F;
- A devolução das frequências permite ao ICP-ANACOM repensar a planificação do espectro em causa, nomeadamente, ponderando sobre a utilização harmonizada da sub-faixa dos 790-862 MHz;
- Não ficou demonstrado que o comportamento da empresa tivesse infringido qualquer norma jurídica.

É esta avaliação que conduz à conclusão de que não é exigível o cumprimento das obrigações decorrentes do acto de atribuição dos direitos de utilização de frequências, e também das constantes dos respectivos títulos, a partir da data a que a revogação reporta os seus efeitos. Assim, se do acto de revogação decorre a eliminação de quaisquer direitos relativos aos Muxes B a F e também a remoção das obrigações associadas - que a imposição da caução visava acautelar - pode a mesma ser libertada. Com efeito, não se mantendo as obrigações relativas aos Muxes B a F, a caução que visava garantir o seu cumprimento perde o objecto e deixa de ser exigível.

Na verdade, entre a data do reforço da caução e a data do SPD (à qual a decisão definitiva reporta os seus efeitos) não houve qualquer incumprimento da PTC que justificasse a aplicação de mecanismos sancionatórios ou de accionamento da garantia prestada.

Assim e quanto ao argumento da **IMPRESA** segundo o qual, tendo a PTC contribuído para a alteração das circunstâncias que agora invoca, não pode utilizar esse fundamento para solicitar a revogação, sob pena de ser violado o princípio da boa-fé, não podendo por isso ser devolvida a caução, importa esclarecer o seguinte:

(i) Conforme ficou dito, os fundamentos da decisão do ICP-ANACOM não são totalmente coincidentes com os fundamentos invocados pela PTC, tendo sido a análise baseada em motivos de ordem diversa;

(ii) O ICP-ANACOM reconhece que para as alterações ocorridas no mercado de televisão por subscrição contribuiu a própria PTC, numa atitude que não se afigura ilegítima;

(iii) O princípio da boa-fé não fica posto em causa uma vez que, na medida em que o ICP-ANACOM reconhece que o interesse público não sai prejudicado com a revogação e aceita a devolução das frequências, eliminando conseqüentemente quaisquer obrigações, não pode, actuando de acordo com o dito princípio da boa-fé, accionar um mecanismo que se destinava exactamente a garantir o cumprimento daquelas obrigações que agora elimina.

Quanto ao argumento da **SONAECOM**, segundo o qual deve haver uma responsabilização da PTC pelos prejuízos, tal seria verdadeiro na hipótese de se reconhecer que existiam prejuízos causados pelo incumprimento das obrigações que a caução visava garantir. Com efeito, a liberdade de permanecer ou não na actividade não significa que não seja assumida responsabilidade por danos causados ao interesse público resultantes de incumprimento de obrigações assumidas. Mas, como resulta da análise do ICP-ANACOM, a desoneração das obrigações da empresa, nos exactos termos constantes dos respectivos títulos, não prejudica, nas actuais condições de mercado, o interesse público. Assim, sendo eliminadas essas obrigações, a caução que visava garantir o seu cumprimento perde o seu objecto e deixa de ser exigível.

Quanto aos respondentes que defendem a execução da caução e a sua afectação à comparticipação de custos de acesso dos consumidores a plataformas de televisão pagas, não pode deixar de se frisar não constituir esse o objectivo da caução fixada.

3. CONCLUSÕES

Face ao exposto, o ICP-ANACOM mantém o sentido da sua decisão, tendo sido introduzidos na deliberação final (i) alguns afinamentos decorrentes da fundamentação ora oferecida no presente Relatório e (ii) algumas actualizações de dados e de factos face ao decurso de tempo entretanto ocorrido desde a adopção do SPD.