

**Relatório da consulta pública e audiência
prévia sobre o projeto de decisão
sobre o**

**MERCADO GROSSISTA DE TELEDIFUSÃO PARA A
ENTREGA DE CONTEÚDOS A UTILIZADORES
FINAIS**

**Definição dos mercados do produto e mercados geográficos, avaliações de PMS e
imposição, manutenção, alteração ou supressão de obrigações regulamentares**

Índice

1. ENQUADRAMENTO.....	3
2. APRECIÇÃO NA GENERALIDADE	5
2.1. <i>Timing</i> e oportunidade do SPD sobre a análise do mercado da TDT	9
2.2. Alteração dos pressupostos do concurso público relativo ao MUX A (Regulamento do Concurso relativo ao MUX A)	9
2.3. A intervenção da ANACOM e os princípios de direito adjudicatório subjacente ao concurso público relativo ao MUX A	12
2.4. Consequências da posição assumida pela ANACOM	14
2.5. Incompatibilização do SPD sobre a análise do mercado da TDT com o regime regulatório aplicável	15
2.6. Ausência de efeito útil do SPD sobre a análise do mercado da TDT	18
3. APRECIÇÃO NA ESPECIALIDADE.....	39
3.1. O mercado retalhista de televisão gratuita e o respetivo mercado grossista conexo	39
3.1.1. Teste dos três critérios	43
3.2. Avaliação de PMS no mercado grossista de televisão digital terrestre gratuita para os utilizadores finais	49
3.3. Imposição de obrigações no mercado grossista de teledifusão digital terrestre gratuito para os utilizadores finais	52
3.3.1. Acesso e utilização de recursos de rede específicos	53
3.3.2. Não discriminação	58
3.3.3. Transparência	59
3.3.4. Controlo de preços e contabilização de custos	61
3.3.5. Separação de contas e reporte financeiro	63
4. Conclusão.....	64

1. ENQUADRAMENTO

Por decisão de 22 de julho de 2015, a ANACOM aprovou o sentido provável de decisão relativo ao mercado grossista de teledifusão para a entrega de conteúdos a utilizadores finais no que respeita à definição dos mercados do produto e mercados geográficos, à avaliação de poder de mercado significativo (PMS) e imposição, manutenção, alteração ou supressão de obrigações regulamentares (doravante SPD sobre a análise do mercado da TDT)¹.

Foi decidido submeter este SPD a audiência prévia das entidades interessadas, nos termos do disposto nos artigos 100.º e seguintes do anterior Código do Procedimento Administrativo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de novembro (aplicável por via do artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro, que aprova o novo Código do Procedimento Administrativo), bem como ao procedimento geral de consulta, previsto no artigo 8.º da Lei das Comunicações Eletrónicas – LCE², fixando-se, em ambos os casos, o prazo de 30 dias úteis para os interessados se pronunciarem.

Este SPD foi igualmente remetido à Autoridade da Concorrência (AdC), para obtenção de parecer nos termos legalmente previstos, tendo esta entidade remetido o seu parecer em 21 de setembro de 2015³.

Por despacho da Presidente do Conselho de Administração da ANACOM, de 31 de agosto de 2015, foi deferido um pedido da MEO, de prorrogação, por 10 dias úteis, do prazo de resposta à audiência prévia e ao procedimento geral de consulta relativo ao SPD sobre a análise do mercado da TDT⁴.

Em resposta ao procedimento geral de consulta e audiência prévia foram recebidos, dentro do prazo previsto, os comentários da MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia, S.A. (MEO)⁵, da Rádio e Televisão de Portugal, S.A. (RTP)⁶, da

¹ Disponível em <http://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=1362125#.VgAbHemFMcM>.

² Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro, na redação que lhe foi dada pela Lei n.º 51/2011, de 13 de setembro, pela Lei n.º 10/2013, de 28 de janeiro e pela Lei n.º 42/2013, de 3 de julho, pelo Decreto-Lei n.º 35/2014, de 7 de março e pela Lei n.º 82-B/2014, de 31 de dezembro.

³ Ofício da AdC, recebido em 21 de setembro de 2015.

⁴ Esta decisão foi sujeita a ratificação do Conselho de Administração em reunião de 4 de setembro.

⁵ Mensagem de correio eletrónico da MEO, de 21 de setembro de 2015.

⁶ Mensagem de correio eletrónico da RTP, de 21 de setembro de 2015.

Sociedade Independente de Comunicação, S.A. (SIC)⁷ e da TVI – Televisão Independente, S.A. (TVI)⁸.

Assinala-se que a MEO apresentou uma pronúncia única às audiências prévias e aos procedimentos gerais de consulta sobre:

- (a) as conclusões da investigação aprofundada aos custos e proveitos do serviço de televisão digital terrestre (TDT) prestado pela MEO (doravante SPD sobre custos da TDT);
- (b) o mercado grossista de teledifusão para a entrega de conteúdos a utilizadores finais,

em que efetuou considerações genéricas aplicáveis a ambos os procedimentos e comentários específicos a cada um deles, uma vez que, segundo a MEO “estes dois SPD estão jurídica e logicamente relacionados”.

A ANACOM optou por manter as duas deliberações suprarreferidas e respetivos relatórios de audiência prévia e da consulta pública autonomizados, pelo que no presente relatório são apenas sintetizados os argumentos da MEO com relevância para a decisão associada e inseridos os respetivos entendimentos da ANACOM.

Nos termos da alínea d) do n.º 3 dos “Procedimentos de Consulta do ICP-ANACOM”, aprovados por deliberação de 12 de fevereiro de 2004⁹, a ANACOM disponibiliza no seu sítio na Internet as respostas recebidas, salvaguardando qualquer informação de natureza confidencial.

Ainda de acordo com a alínea d) do n.º 3 dos referidos procedimentos de consulta, o presente documento contém referência a todas as respostas recebidas e uma apreciação global que reflete o entendimento desta Autoridade sobre as mesmas e constitui parte integrante da decisão a que respeita.

Atendendo ao carácter sintético deste relatório, a sua análise não dispensa a consulta das respostas recebidas.

⁷ Mensagem de correio eletrónico da Impresa, de 21 de setembro de 2015.

⁸ Mensagem de correio eletrónico da Media Capital, de 18 de setembro de 2015.

⁹ Vide <http://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=406715#.VjS3v26i9v0>.

2. APRECIÇÃO NA GENERALIDADE

A **AdC** considera a metodologia adotada pela ANACOM adequada e genericamente coerente com a aplicação da metodologia do Direito da Concorrência, pelo que não se opõe à definição dos mercados do produto e geográfico relevantes, nem à avaliação de PMS, no mercado grossista da TDT. Considera igualmente adequadas as obrigações impostas pela ANACOM à empresa com PMS no mercado grossista identificado, sem prejuízo para ter sugerido dois aspectos a serem ponderados pela ANACOM, como se detalhará no capítulo relativo à apreciação na especialidade, entendendo que ficou demonstrada a sua necessidade e proporcionalidade.

A **RTP** concorda genericamente com o SPD sobre a análise do mercado da TDT, que considera ser um passo muito relevante na regulação deste mercado grossista. A RTP salienta que já havia informado a ANACOM¹⁰ da situação não concorrencial e da necessidade de aplicação de medidas regulatórias adequadas, pelo que considera que o presente SPD vem confirmar a justeza da sua posição, atestando que a mesma assenta em bases sólidas e indiscutíveis, bastando, a seu ver, atentar na linearidade da fundamentação aduzida por esta Autoridade para concluir pela evidência da identificação da MEO como operador com PMS neste mercado e da necessidade de imposição de medidas regulatórias adequadas.

A **SIC** congratula-se com o SPD sobre a análise do mercado grossista da TDT e com o reconhecimento de que este mercado deve estar sujeito a regulação *ex-ante* e considera que o PMS da MEO e a persistência de reclamações por parte dos operadores de televisão quanto aos preços praticados na TDT justificam essa regulação.

A **TVI**, na qualidade de operador televisivo e cliente do serviço de TDT prestado pela MEO, reconhece a relevância do SPD em causa relembrando que atempadamente manifestou à ANACOM¹¹ a necessidade de se iniciar o processo que permitisse impor à MEO o princípio da orientação dos preços do serviço de TDT para os respetivos custos. A TVI reconhece que, embora tardio¹², o SPD sobre a análise do mercado da

¹⁰ E a AdC.

¹¹ Em carta de 22.11.2013.

¹² A TVI refere que a Comissão Europeia, na Decisão relativa ao processo PT/2012/1294, reconheceu que apesar do "(...) surgimento de plataformas de difusão alternativas, a ANACOM ainda não efetuou uma nova análise do mercado, embora tenha assinalado que tenciona fazê-lo após o switch-over definitivo da televisão analógica para a televisão digital terrestre, que está prevista para o final de Abril de 2012", tendo na mesma missiva instado a

TDT comporta vantagens como a imposição à MEO de obrigações de não discriminação, transparência, separação de contas, controlo de preços e contabilização de custos e de reporte financeiro. A TVI destaca ainda a complexidade e morosidade associada ao processo de análise de mercados face ao previsto na LCE¹³, que agravado pela subordinação da decisão final à Comissão Europeia, poderá atrasar e pôr em causa os seus efeitos (objetivos regulatórios), pelo que solicita brevidade na sua conclusão.

A **MEO** discorda do objetivo subjacente ao SPD sobre a análise do mercado da TDT e opõe-se ao sentido e consequência do mesmo, uma vez que, no seu entender, a ANACOM propõe uma mudança das regras “*a meio do jogo*”, correspondendo a uma alteração grave e inesperada das condições de prestação do serviço de TDT inscritas no concurso público relativo ao MUX A¹⁴ e que persuadiram a MEO a concorrer ao mesmo.

Segundo a MEO, o presente SPD esquece que o serviço de TDT foi sujeito a um procedimento concorrencial aberto a qualquer interessado, ignora a equação económico-financeira subjacente à proposta da MEO que foi chancelada pela ANACOM para um horizonte de 15 anos, fere a legítima confiança depositada nos instrumentos do concurso público relativo ao MUX A e nos esclarecimentos que foram prestados, foge ao tema do não surgimento do 5.º canal e privação de receita que causam prejuízos para a MEO e não aponta uma solução para a sustentabilidade da TDT, que está em risco.

Após a descrição do que, no seu entender, constitui o *enquadramento do serviço TDT e as suas especiais condições de prestação* (pontos 36 a 77 da sua pronúncia, cujo teor se dá por reproduzido, sob pena de se perder o foco desta síntese), a MEO, sem prejuízo de admitir tratar-se de matéria legal e juridicamente complexa, contesta a posição assumida pela ANACOM e entende que a mesma:

- (a) desconsidera, sem qualquer justificação atendível, as especiais condições de prestação do serviço de TDT;

ANACOM a “efetuar uma nova análise do mercado o mais rapidamente possível e a notificar os resultados à Comissão, em conformidade com o disposto no artigo 7.º da Diretiva-Quadro”.

¹³ Nomeadamente no artigo 43.º, n.º 3 que, segundo a TVI, permite à ANACOM determinar uma remuneração adequada como contrapartida das obrigações de transporte impostas.

¹⁴ Concurso público para a atribuição de um direito de utilização de frequências de âmbito nacional para o serviço de radiodifusão televisiva digital terrestre (MUX A), aberto pelo Regulamento n.º 95-A/2008, de 25 de fevereiro.

- (b) ignora por completo os pressupostos do concurso público relativo ao MUX A e que estiveram na base da proposta apresentada pela MEO;
- (c) promove um quadro de incerteza regulatória ao quebrar significativamente as legítimas expectativas e a confiança da MEO, que ao concorrer ao concurso público relativo ao MUX A não podia de forma alguma antecipar que a ANACOM viria a “dar o dito por não dito”, ignorando o disposto no artigo 19.º, n.º 4, do Regulamento n.º 95-A/2008, de 25 de fevereiro (adiante designado por “Regulamento do Concurso relativo ao MUX A”), e as garantias então dadas pelo Regulador de que apenas interviria num quadro de ausência de acordo comercial e a lógica inerente ao referido concurso e ao funcionamento deste mercado específico (que aquela norma se limita a espelhar);
- (d) contende com a lógica de submissão de um bem escasso – neste caso o DUF ICP-ANACOM n.º 6/2008 – a um concurso, onde, em contrapartida da assunção do risco da atividade, qualquer concorrente pode legitimamente esperar apropriar-se de toda a rentabilidade positiva que o projeto gerar e, no mínimo, ser ressarcido dos custos de investimento, com uma taxa razoável de rentabilidade sobre o capital investido ao longo de todo o período de exploração do DUF ICP-ANACOM n.º 6/2008;
- (e) desrespeita vários princípios de direito adjudicatório, em especial o da estabilidade das peças do procedimento e desrespeita igualmente os direitos emergentes para o adjudicatário do que ficou expressamente disposto no DUF ICP-ANACOM n.º 6/2008 em matéria de preços;
- (f) desvirtua os pressupostos de definição de mercados relevantes, sobretudo porque a estrutura e as dinâmicas de funcionamento do mercado, em termos de oferta e procura, ficaram fixadas à partida pela ANACOM/Governo e a MEO tem uma margem de liberdade de atuação extremamente reduzida (para não dizer nula) na exploração das frequências que lhe estão atribuídas, nomeadamente ao nível do estímulo da procura ou do aumento da oferta;
- (g) não tem qualquer efeito útil, atendendo às regras e condições constantes do Regulamento do Concurso relativo ao MUX A e do DUF ICP-ANACOM n.º 6/2008, e não visa endereçar qualquer problema específico de concorrência, uma vez que não se verifica, como a ANACOM concluiu (e bem), qualquer prática de preços acima de custos, muito pelo contrário;

- (h) ao prever a intervenção da ANACOM se e quando estiverem reunidos pressupostos futuros¹⁵, preconiza uma “*regulação sob condição*” ou de “*remédio sob condição*” que constituirá uma prática inusitada e até hoje inédita e é ilegítima, por violar o princípio da proporcionalidade, da adequação e da previsibilidade regulatória;
- (i) corporiza uma transferência, ilegal, de receitas de uma entidade privada (a MEO), para os operadores de televisão, sem que tal tenha qualquer repercussão económica nos consumidores tratando-se de uma instrumentalização da regulação com o objetivo de efetuar uma “*redistribuição de riqueza*” ilegítima entre operadores, sem que existam motivos ponderosos de interesse público que a motivem e sem que os operadores de televisão sejam merecedores de uma tutela jurídica acrescida face à MEO.

Nesta linha de raciocínio, a MEO adverte que a concretização da posição manifestada nas consultas relativas à TDT¹⁶ resultará:

- (a) na violação (dupla) da regra do artigo 19.º, n.º 4, do Regulamento do Concurso relativo ao MUX A e do artigo 16.º do DUF ICP-ANACOM n.º 6/2008, que é um ato constitutivo de direitos, pelo que a proposta de atuação da ANACOM corresponde, de forma inquestionável, a uma alteração substancial dos pressupostos que lhe estão subjacentes, a qual é ilegal e ilegítima porque defrauda (sem motivo) a posição jurídica da MEO e subverte o equilíbrio alcançado com o concurso público relativo ao MUX A .
- (b) no mínimo, numa pretensão de indemnização ou de reequilíbrio financeiro, dado que não é legítimo obrigar a MEO a desenvolver a TDT sem estabilidade das condições remuneratórias e sem estabilidade das peças do procedimento;
- (c) no pugnar da MEO, por todos os meios ao seu alcance, pelo respeito do quadro de legalidade no âmbito de um serviço que é de manifesto interesse

¹⁵ Que, segundo a MEO, hoje não se configuram sequer como prováveis (como a existência de um 6.º canal).

¹⁶ Isto é, as consultas sobre:

- (a) as conclusões da investigação aprofundada aos custos e proveitos do serviço de televisão digital terrestre (TDT) prestado pela MEO;
- (b) o mercado grossista de teledifusão para a entrega de conteúdos a utilizadores finais.

público e cujas condições de sustentabilidade e de rentabilidade não podem ser colocadas em causa.

Os comentários genéricos da MEO são detalhados em secções autónomas neste capítulo, sendo analisados pela ANACOM em conjunto, uma vez que se encontram relacionados.

2.1. *Timing* e oportunidade do SPD sobre a análise do mercado da TDT

A MEO considera que, ainda que pudesse ser definido um mercado relevante da TDT (que no seu entender não pode), a decisão sobre os custos da TDT teria sempre de preceder o SPD sobre a análise do mercado da TDT, na medida em que apenas uma conclusão sobre a existência de preços excessivos (que não existem) na prestação do serviço de TDT motivaria um SPD para endereçar esse (eventual) problema. Assim, a MEO considera que o SPD é inusitado e inesperado¹⁷, uma vez que a ANACOM parece concluir pela inexistência de preços excessivos, mas colocou já em consulta pública o SPD sobre a análise do mercado da TDT, desrespeitando a ordem lógica assumida.

A MEO considera que caso a ANACOM tivesse aguardado pelas conclusões da decisão final relativa aos custos da TDT, a decisão sobre a abertura do procedimento de definição e de análise de mercado teria sido outra.

2.2. Alteração dos pressupostos do concurso público relativo ao MUX A (Regulamento do Concurso relativo ao MUX A)

A MEO considera que importaria questionar os pressupostos do SPD sobre a análise do mercado da TDT, a sua compatibilidade com os instrumentos do concurso público relativo ao MUX A e com o DUF ICP-ANACOM n.º 6/2008 a que deu azo e com a globalidade do quadro jurídico aplicável, entendendo que a ANACOM assumiu uma abordagem inovadora, que não resulta nem dos elementos do concurso, nem do que sempre afirmou.

Segundo a MEO, até ao pedido de intervenção da RTP, a ANACOM sempre adotou, e bem, a posição de que apenas teria capacidade de intervir e, como tal, apenas

¹⁷ Segundo a MEO, mesmo que o mercado em causa fosse suscetível de regulação, a ANACOM sempre referiu que só após a conclusão da investigação aprofundada aos custos da TDT decidiria sobre a abertura de um procedimento de definição e de análise de mercado, sendo que, segundo a MEO, as conclusões apresentadas no SPD sobre custos da TDT, não apontam no sentido de ser oportuno ou necessário desencadear o mesmo.

interviria ao nível dos preços do serviço TDT, na ausência de acordo entre a MEO e os operadores de televisão, tendo, inesperadamente, alterado essa posição e que se traduz em:

- (a) Considerar, no entender da MEO de forma absolutamente inesperada e juridicamente insustentável, que a existência de acordo entre a MEO e os operadores de televisão não afasta a hipótese de, em circunstâncias excepcionais, por motivos de ponderoso interesse público e à luz de um juízo de proporcionalidade, a ANACOM poder atuar ao abrigo do artigo 43.º, n.º 3, da LCE, impondo uma remuneração adequada;
- (b) Entender, de forma inusitada, que resulta do concurso público relativo ao MUX A e do DUF ICP-ANACOM n.º 6/2008 a possibilidade de a ANACOM atuar ao abrigo das regras de definição e de análise de mercados, podendo vir a impor uma obrigação de controlo de preços.

Por um lado, em relação à alínea a), a MEO refere que foi a ANACOM que considerou que não se verificam quaisquer situações excepcionais que pudessem motivar uma atuação ao abrigo do artigo 43.º, n.º 3, da LCE¹⁸, mesmo num quadro de existência e validade de acordos entre as entidades envolvidas, o que, foi reforçado com a conclusão de que o preço praticado pela MEO seria compatível com o princípio da orientação dos preços para os custos.

Por outro lado, a MEO refere que a questão fundamental em relação à alínea b) é saber se a ANACOM pode ou não intervir nos preços da TDT ao abrigo do procedimento de definição e de análise de mercados, num contexto em que os preços foram formados num ambiente de contratação pública. A este respeito, a MEO considera que uma intervenção da ANACOM nos preços da TDT tem de ser balizada pelos termos e condições previstas no concurso público relativo ao MUX A, sob pena de violar o DUF ICP-ANACOM n.º 6/2008 atribuído e defraudar os direitos públicos adquiridos pela MEO, em especial na matéria dos preços. Segundo a MEO, a ANACOM referiu¹⁹, que privilegiaria a negociação entre o titular das frequências da

¹⁸ Com efeito, na página 32 da decisão sobre o preço praticado pela PT Comunicações, S.A. correspondente à codificação, multiplexagem, transporte e difusão por rede de televisão digital terrestre (TDT) de canais televisivos de acesso não condicionado livre (MUX A), a ANACOM concluiu, que "(...) não foram apresentados nem conhece o ICP-ANACOM dados que permitam identificar, no presente momento, uma situação de manifesto risco para o cumprimento dos interesses públicos subjacentes à regulação do MUX A, em termos que justifiquem suficientemente uma intervenção restritiva dos interesses privados em presença".

¹⁹ Tendo sido questionada sobre o entendimento a dar ao artigo 19.º, n.º 4, do projeto de Regulamento do concurso relativo ao MUX A, referiu, no subsequente relatório da consulta pública.

TDT e os operadores de televisão, intervindo apenas quando não existisse um acordo.

Assim, defende a MEO que devem ser privilegiadas soluções de autorregulação que, no seu entender, são plenamente válidas e legítimas enquanto mecanismo de regulação e para a ANACOM poder intervir nos preços do serviço de TDT seria necessário que o titular do direito de utilização e qualquer um dos operadores de televisão não chegassem a acordo quanto à remuneração devida como contrapartida das obrigações de transporte, pelo que a ausência de acordo seria o requisito essencial, que a cumprir-se permitiria à ANACOM fixar uma remuneração adequada, cabendo-lhe ainda, nos termos do artigo 43.º, n.º 3, da LCE, garantir que essa remuneração fosse aplicada de forma proporcionada e transparente, cumprindo o princípio da não discriminação no tratamento das empresas que oferecem redes de comunicações eletrónicas.

Segundo a MEO, a ANACOM nunca deu a entender que interviria nos preços da TDT através de regulação *ex-ante*, tendo afirmado sempre que tal a ocorrer seria excecional e apenas nos termos do artigo 19.º, n.º 4, do Regulamento do Concurso relativo ao MUX A (ou seja, na ausência de acordo), tendo, não obstante, adotado no SPD sobre a análise do mercado da TDT uma perspetiva inovadora invocando motivos não aceitáveis para a MEO, porque:

- (a) no Regulamento do Concurso relativo ao MUX A não foi referido de forma expressa que o titular do DUF a ser atribuído ficaria sujeito aos procedimentos de definição e de análise de mercados previstos no artigo 28.º da LCE. Segundo a MEO, a ANACOM apenas veio dar relevo a uma regra absolutamente genérica e inócua (prevista no artigo 2.º, n.º 2 do Regulamento do Concurso relativo ao MUX A, segundo a qual o DUF se deveria reger pela LCE) em detrimento da regra específica prevista no artigo 19.º, n.º 4 daquele Regulamento;
- (b) na parte final do n.º 3 do artigo 19.º do Regulamento do Concurso relativo ao MUX A está disposto que as obrigações de transporte impostas ao titular do DUF não prejudicam “*outras obrigações de acesso decorrentes da aplicação do regime da Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro*”, pelo que a ANACOM quis reservar alguma margem de intervenção em termos de imposição de obrigações de acesso (que são diferentes de obrigações de controlo de preços), mas tal não sucedeu ao abrigo do n.º 4 do artigo 19.º, no qual não

foi colocada qualquer ressalva específica, concluindo-se que a intenção da ANACOM, seria de restringir a sua atuação, em termos de preços do serviço de TDT, aos casos de falta de acordo;

- (c) a leitura proposta no SPD em apreço²⁰ retira, segundo a MEO, toda e qualquer projeção ao artigo 19.º, n.º 4, do Regulamento do Concurso relativo ao MUX A, constituindo apenas uma remissão para um regime (o do artigo 43.º da LCE), que seria sempre aplicável, estivesse ou não referido no referido Regulamento, sendo que as boas regras da hermenéutica jurídica mandam, porém, que se retire uma projeção e um sentido útil da norma²¹ constante do artigo 19.º, n.º 4, sendo esse sentido, segundo a MEO, o de que a ANACOM se auto vinculou a não intervir sobre o regime de preços da TDT fora dos casos ali previstos;
- (d) é incoerente que a ANACOM considere, por um lado, que não existem motivos ou razões ponderosas para intervir, excepcionalmente, ao abrigo do artigo 43.º, n.º 3, da LCE, e admita, logo de seguida, um cenário de intervenção que é ainda mais restritivo do que aquele, a saber, a imposição de uma obrigação de controlo de preços, na forma da orientação do preço para os custos.

2.3. A intervenção da ANACOM e os princípios de direito adjudicatório subjacente ao concurso público relativo ao MUX A

A MEO considera que mesmo que o artigo 19.º, n.º 4, do Regulamento do Concurso relativo ao MUX A e o artigo 16.º, n.º 4²², do DUF ICP-ANACOM n.º 6/2008 não existissem ou não tivessem relevância (o que a MEO não concede), haveria sempre que confrontar o SPD sobre a análise do mercado da TDT com os princípios de direito relativos ao concurso e às condições de prestação do serviço de TDT, porque em vez de ser o mercado a assegurar a concorrência, através da livre escolha dos

²⁰ E no parecer dos juristas Prof. Doutores Paz Ferreira e Miguel Ferro, com o título “Parecer Relativo a Solicitação de Intervenção do ICP-ANACOM na Fixação dos Preços dos Serviços da Portugal Telecom no Âmbito da Televisão Digital Terrestre”, de 24.02.2014, o qual foi preparado no âmbito do procedimento relativo ao pedido da RTP – doravante “Parecer relativo à TDT”).

²¹ A MEO invocou também o Código Civil de cujo artigo 9.º, n.º 3 resultaria que na fixação do sentido e alcance do Regulamento do MUX A, se deve presumir que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados.

²² No ponto 152 da pronúncia da MEO julga-se que a empresa pretendia também referir o n.º 1 mas, por lapso, tal ficou omissa.

agentes económicos e do equilíbrio de forças decorrente da lei da oferta e da procura, no caso da TDT tal não sucedeu porque a ANACOM limitou o número de DUF e o acesso ao mercado, encerrando o mesmo, sendo a garantia de concorrência ao nível do preço assegurada através do concurso e a limitação no acesso ao mercado motivada pelo interesse público. Assim, segundo a MEO, não se pode definir um novo mercado relevante suscetível de regulação, com o intuito de intervir no preço dos serviços de TDT.

Segundo a MEO, tendo existido um concurso aberto e transparente, o DUF dele emergente deve beneficiar de estabilidade e não ser alterado, o que decorre da intangibilidade das propostas e da estabilidade das peças do concurso público relativo ao MUX A, caso contrário, quebra-se a autonomia do vencedor, ou a auto vinculação da entidade adjudicante, devendo a regulação ser feita através do concurso, onde se definem as condições para a prestação do serviço, pelo que não compreende o SPD sobre a análise do mercado da TDT (e o Parecer dos Professores Eduardo Paz Ferreira e Miguel Ferro, emitido em 24.02.2014) que desconsidera os princípios do direito adjudicatório, pelas seguintes razões:

- (a) A ANACOM definiu o concurso público relativo ao MUX A de modo que o vencedor ficava vinculado a desenvolver a TDT com um monopólio e com o direito de cobrar aos operadores de televisão o valor previsto no plano económico-financeiro, ou os valores que viesse a acordar com aqueles operadores, como, segundo a MEO, sucedeu. Assim, caso a ANACOM tivesse definido os termos do referido concurso de forma que não houvesse estabilidade para os potenciais participantes cobrarem o preço apresentado (ou negociado), assegurando uma determinada rentabilidade financeira, segundo a MEO, nenhuma entidade se candidataria (a MEO não o teria feito).

Ou seja, segundo a MEO, a ANACOM em nenhum momento, aludiu à possibilidade de vir a definir preços, mas sim à necessidade de os termos da proposta ou da negociação serem respeitados, o que demonstra que a ANACOM teria a noção de que, por força do princípio da estabilidade, as propostas económico-financeiras apresentadas em procedimentos sujeitos à concorrência devem ser respeitadas;

- (b) Segundo a MEO, o serviço de TDT afasta-se do serviço de teledifusão analógica, na medida em que o cumprimento dos princípios da

transparência, não discriminação e orientação dos preços para os custos, ao abrigo do Decreto-Lei n.º 31/2003, de 17 de fevereiro, (cf. artigo 16.º, n.º 3) admitia a compensação das margens de exploração negativas que se viessem a determinar (cf. artigo 21.º, n.º 1), pelo que a margem para intervenção nos preços daquele serviço era superior à da intervenção nos preços da TDT, em que não existe qualquer mecanismo de salvaguarda do prestador e, como tal, a sustentabilidade do projeto e a amortização do investimento dependem, em exclusivo, dos preços cobrados aos operadores de televisão;

- (c) A equação financeira apresentada a concurso, que implicava a existência de um único prestador de serviço e de um número limitado de potenciais clientes, implicou que a margem para a MEO estimular a procura ou para aumentar a oferta de TDT é mínima (para não dizer inexistente).

2.4. Consequências da posição assumida pela ANACOM

A MEO, considerando que o SPD sobre a análise do mercado da TDT:

- (a) Viola duplamente a regra do artigo 19.º, n.º 4, do Regulamento do Concurso relativo ao MUX A, porque, por um lado, não se verifica a ausência de acordo entre a MEO e os operadores de televisão, tendo os operadores de televisão celebrado contratos relativos à TDT com a MEO e beneficiando de uma dupla redução de preços²³ e, por outro lado, porque a regulação que a ANACOM pretende introduzir ao nível dos preços (princípio da orientação dos preços para os custos) é mais intrusiva do que admite o próprio artigo 19.º, n.º 4;
- (b) Viola (substancialmente) o DUF ICP-ANACOM n.º 6/2008, na medida em que retira qualquer projeção ao disposto nos artigos 16.º, n.º 1 e n.º 4, eliminando qualquer autonomia da vontade e liberdade negocial da MEO junto dos operadores de televisão que expressamente lhe foi concedida, constituindo tal uma alteração dos pressupostos económico-financeiros da proposta da MEO e que foram vertidos no referido DUF, pelo que à partida se aplicariam as regras e o regime da revogação constante dos artigos 173.º e seguintes do CPA, contudo, não se verificando qualquer das condições

²³ Resultante da aplicação dos preços da proposta variante e não da proposta base e pela não utilização do canal HD partilhado.

que legitimam a revogação dos atos constitutivos de direitos, um ato definitivo que procedesse a tal alteração seria inválido;

- (c) Viola os preceitos constitucionais e legais que estabelecem os princípios da transparência, da boa-fé e da proteção da legítima confiança, que impõem a não alteração dos pressupostos que estiveram na base do procedimento concorrencial e no âmbito do qual foi feita a escolha da proposta da MEO como vencedora;
- (d) Contende com o princípio da estabilidade da regulação, na medida em que modifica os pressupostos assumidos e viola o princípio da previsibilidade da regulação que resulta do artigo 5.º, n.º 5, al. a), da LCE,

entende que o mesmo não tem qualquer suporte legal, nem apoio em qualquer princípio juridicamente aplicável, exorbitando do risco normal e previsível do DUF ICP-ANACOM n.º 6/2008 em prejuízo da confiança depositada pela MEO na estabilidade da regulação, e consubstanciando, por isso, uma alteração das circunstâncias, com todas as legais consequências.

Tais consequências significam, segundo a MEO, que qualquer alteração substancial dos termos do DUF ICP-ANACOM n.º 6/2008 por parte da ANACOM, quando imponha um sacrifício inesperado à MEO, faz surgir na esfera jurídica da MEO uma pretensão de indemnização ou de reequilíbrio financeiro, que não sendo atendida, constitui-se então na esfera jurídica da MEO o direito de devolver o DUF ICP-ANACOM n.º 6/2008, acrescido de reembolso das despesas ainda por compensar.

2.5. Incompatibilização do SPD sobre a análise do mercado da TDT com o regime regulatório aplicável

A MEO considera que as regras da contratação pública são absolutamente incompatíveis com a consideração do mercado grossista da TDT como suscetível de regulação e, por essa via, interferir nos preços da TDT que foram formados em regime de concorrência suscitada pela existência de um concurso público, regras essas que constituíram pressupostos da decisão da MEO em submeter-se a concurso e da equação económico-financeira em que assentou o seu plano de investimento. A lógica que presidiu ao concurso, com a atribuição de um único DUF para o MUX A foi, no entender da MEO, a de criar um monopólio, sendo chocante

para a MEO que a ANACOM considere que a existência desse monopólio que criou é fonte de preocupação concorrencial.

Assim, para a MEO, a definição de um mercado relevante da TDT suscita as maiores reservas jurídicas, tanto do ponto de vista conceptual, como também numa perspetiva metodológica, discordando que se possa definir o mercado grossista da TDT como um mercado suscetível de regulação *ex-ante*. Segundo a MEO, a definição de mercados relevantes no contexto de atividades sujeitas a concursos públicos suscita sempre preocupações, na definição de uma equivalência entre o objeto de um concurso e as fronteiras do mercado relevante que é definido, sendo que a consideração do mercado grossista da TDT como suscetível de regulação *ex-ante* é ilegal porque a definição e análise daquele mercado e a imposição de obrigações duplica ilegitimamente a regulação existente, alterando regras a meio do jogo e criando incerteza regulatória, uma vez que as condições de prestação do serviço de TDT foram definidas no concurso público relativo ao MUX A que definiu a estrutura de mercado, em termos de oferta e de procura, sem dar margem a quaisquer dinâmicas competitivas.

Acresce que, segundo a MEO, neste mercado, a oferta e a procura estão impossibilitadas de se equilibrar, uma vez que, do lado da oferta, foi definida a estrutura de mercado com um vendedor único e foi dimensionada a capacidade produtiva enquanto, do lado da procura, o DUF definiu as entidades que podiam beneficiar da capacidade de transmissão e impôs uma reserva da capacidade para a satisfação da procura prevista, contudo, dado que a procura não se concretizou na totalidade, sendo a MEO totalmente alheia a tal, a manutenção da reserva de capacidade impede a utilização da capacidade livre e o ajustamento entre a oferta e a procura, pelo que o processo de definição e de análise de mercado quanto à situação concorrencial surge viciado e traduz-se num exercício totalmente artificial.

Assim, segundo a MEO, a definição de um novo mercado relevante suscetível de regulação, teria de ser feita em moldes diferentes dos tradicionais, desvalorizando o funcionamento do mercado (cuja rigidez foi imposta à cabeça, por via administrativa) e valorizando os termos e condições do concurso, no qual se balizaram os termos concretos da atividade, caso contrário, a MEO:

- (a) pode vir a ser onerada com uma regulação adicional que desrespeita os pressupostos do concurso e prejudica uma empresa que pouco ou nada

pode fazer para influenciar as dinâmicas competitivas de um mercado cuja estrutura e funcionamento ficaram paralisados por decisão administrativa;

- (b) apesar de estar a arcar com todos os riscos do projeto e de ter efetuado todo o investimento a que se propôs, vê-se na iminência de ser privada de todo o *upside* do projeto, assumindo todo o *downside*, passando a ser um projeto em que cabe à MEO absorver toda a álea negativa, não podendo porém beneficiar de qualquer álea positiva, ou seja um projeto em que a MEO só pode perder dinheiro, não pode ganhar;

Assim, segundo a MEO, a intenção da ANACOM traduz-se num “*abuso regulatório*”, o qual ocorre quando se adotam medidas que ignoram os equilíbrios internos de determinado sistema regulatório, porque:

- (a) é possível regular os preços do serviço de TDT sem ser necessário definir um mercado relevante, nomeadamente através dos instrumentos definidos no Regulamento do Concurso relativo ao MUX A, embora com uma latitude de intervenção menor (uma vez que pressupõe uma determinada rentabilidade, não necessariamente compatível com o princípio da orientação dos preços para os custos);
- (b) a criação de um ambiente concorrencial tem como objetivo permitir que os consumidores disponham de um serviço de maior qualidade e a preços mais baixos, sendo que o serviço retalhista de TDT é gratuito, pelo que a regulação do mercado grossista não tem qualquer impacto económico positivo para o consumidor. Aliás, o impacto poderá ser negativo, na medida em que a infraestrutura da MEO e o seu funcionamento são essenciais para o funcionamento da TDT, pelo que qualquer medida que coloque em causa a sustentabilidade da plataforma é avessa aos interesses dos consumidores.

Para a MEO, o SPD sobre a análise do mercado da TDT foi feito ao arrepio e fora do espírito da Recomendação da Comissão Europeia procurando alargar as fronteiras da regulação *ex-ante* para mercados que há muito saíram das preocupações da Comissão Europeia, recordando a MEO que os mercados de radiodifusão foram eliminados da Recomendação há 8 anos (i.e. antes do concurso público relativo ao MUX A), com base na evolução tecnológica na área da radiodifusão digital terrestre e de distribuição através de redes DSL, tendo a Comissão Europeia considerado que se tratava de um mercado em transformação e que eventuais problemas de poder de mercado poderiam ser abordados pela legislação de concorrência, sem

necessidade de regulação *ex-ante*. Neste contexto, é incompreensível para a MEO que a ANACOM venha regular o mercado da TDT, de forma contrária à que tem vindo a ser defendida na ótica da regulação *ex-ante* dos mercados.

2.6. Ausência de efeito útil do SPD sobre a análise do mercado da TDT

A MEO considera que ainda que estivessem reunidos os pressupostos para intervir nos preços do serviço grossista de TDT e definir o serviço de TDT como um mercado relevante suscetível de regulação *ex-ante*, importaria sempre questionar qual o efeito útil e a compatibilidade da regulação proposta com os princípios regulamentares aplicáveis.

Embora no SPD sobre custos da TDT a ANACOM reconheça que os preços da TDT não são excessivos, sendo compatíveis com o princípio da orientação dos preços para os custos, e que os custos apresentados no SCA não suscitam reservas, admite que seja necessário regular os preços num cenário futuro em que a capacidade livre no MUX A venha a ser utilizada ou os custos se reduzam, a MEO não consegue compatibilizar tal conclusão com a necessidade de vir a regular os preços do serviço, verificando-se no seu entender, uma subversão da relação causa-efeito, até porque foi a ANACOM que fez depender²⁴ uma intervenção nos preços da TDT da existência de preços excessivos que reconhece inexistirem. Assim, segundo a MEO, daqui decorre que a ANACOM considerou que a definição e análise do mercado relevante estaria dependente da existência de preços excessivos ou de preços superiores aos custos, pelo que, não se verificando qualquer das situações, conclui que o SPD sobre a análise do mercado da TDT é desprovido de objetivo útil.

Por outro lado, segundo a MEO, os poderes e mecanismos legais foram atribuídos à ANACOM²⁵ para endereçar problemas reais ou com probabilidade de ocorrência elevada e não problemas hipotéticos ou eventuais que se desconhecem como e

²⁴ Com efeito, no Relatório Decisão RTP (cf. pág. 28), a ANACOM referiu que como “ainda não se concluiu que o preço da TDT atualmente praticado pela PTC é excessivo, de nada serve existir a possibilidade de aplicação de uma obrigação que preveja a orientação dos preços para os custos” (sem destaque no original), acrescentando ainda na pág. 30 que “o facto de se estar a efetuar esta investigação aos custos da TDT tornará mais célere e, eventualmente, evidente a necessidade (ou não) de uma análise de mercado, já que se assim não fosse poderia não ser claro sobre a necessidade de impor uma obrigação de orientação dos preços para os custos ou, caso se concluísse sobre a proporcionalidade da imposição dessa obrigação, seria necessário posteriormente identificar os custos e definir os preços, o que não seria imediato” (sem destaque no original).

²⁵ Em conformidade com o artigo 55.º, n.º 3, al. a) e d) da LCE, que determina que as obrigações a impor têm de ser adequadas ao problema identificado e transparentes em relação aos fins a que se destinam.

quando se irão concretizar, pelo que, não tendo qualquer problema sido identificado, ficou suprimida qualquer transparência face aos fins a que a regulação se destina.

Segundo a MEO, mesmo que pudesse intervir nos preços do serviço de TDT mediante um mercado relevante suscetível de regulação, a ANACOM não identificou qualquer problema em relação aos preços deste serviço que careça de intervenção regulatória, pelo que, em linha com o previsto no artigo 55.º da LCE, deveria ter concluído:

- (a) não ser necessária uma intervenção neste mercado, ou
- (b) não ser necessária a imposição de uma obrigação de controlo de preços, ou
- (c) que mesmo que tal intervenção fosse necessária, sempre estaria balizada pelo que decorre das regras do concurso relativo ao MUX A e do conteúdo do DUF.

Contudo, refere a MEO que a ANACOM não só intervem fora das condições definidas no Regulamento do Concurso relativo ao MUX A, como o faz sem que exista qualquer problema que pudesse justificar tal abordagem, sendo por conseguinte uma atuação incompreensível, injustificável e ilegal.

A MEO refere ainda que a abordagem da ANACOM preconiza uma “*regulação sob condição*” (ou um “*remédio sob condição*”), que não é legítima porque viola o princípio da adequação, uma vez que não visa resolver um problema real, não podendo ser aceite porque coloca um constrangimento sobre a MEO em relação ao preenchimento de condições que estão fora do seu controlo (e.g. inclusão de dois canais adicionais no MUX A), colocando em causa o princípio da previsibilidade regulatória²⁶, pelo que ao definir como critério de regulação, condições futuras e incertas fora do controlo da MEO, a ANACOM está a criar um modelo de regulação imprevisível, instável e contrário ao disposto no artigo 5.º da LCE. De facto, segundo a MEO, o cenário em causa requereria uma intervenção do Governo, no sentido de fazer “renascer” o procedimento de atribuição do 5.º canal e de abrir um procedimento para o licenciamento de outro canal, o que está completamente fora do controlo da MEO, não existindo qualquer indicador que possa tornar este cenário mais plausível.

²⁶ Consagrado no artigo 5.º, n.º 1, al. a), da LCE.

A MEO conclui que, para além de padecer de diversos vícios assinalados, o SPD sobre a análise do mercado da TDT é desprovido de efeito útil para as finalidades próprias do processo de análise de mercado e não visa tratar nenhum problema concreto no mercado, havendo assim uma clara instrumentalização do processo de definição e de análise de mercado, e uma subversão das regras do concurso público relativo ao MUX A, que não pode ser aceite.

Entendimento da ANACOM

A ANACOM regista o parecer da AdC que reconhece a adequação e a coerência da abordagem adotada neste SPD sobre a análise do mercado onde se insere a TDT. Todos os operadores de televisão reconheceram também, na generalidade, como relevante e positiva a abordagem da ANACOM.

Apenas a MEO não reconheceu qualquer utilidade no SPD em apreço, o que se entende, já que é o destinatário das obrigações previstas no mesmo.

É contudo evidente que o presente SPD, bem como o SPD sobre custos da TDT, envolvem matérias complexas, que têm de ser devidamente ponderadas, tais como as suscitadas pela MEO, não consubstanciando um procedimento automático ou imediato, como parece decorrer dos comentários dos operadores de televisão.

A ANACOM não concorda com os argumentos suscitados pela MEO de que o SPD sobre a análise do mercado da TDT representa uma alteração inesperada das condições de prestação do serviço de TDT inscritas no concurso público relativo ao MUX A, sendo que no seu processo decisório, e ao contrário do que a MEO invoca, foram sempre considerados o enquadramento legal e regulamentar da TDT, incluindo as condições e termos do respetivo concurso TDT, como aliás não poderia deixar de ser.

Em parte, a resposta a vários dos argumentos suscitados pela MEO foi já efetuada na *“Decisão sobre o preço praticado pela PT Comunicações, S.A. correspondente à codificação, multiplexagem, transporte e difusão por rede de televisão digital terrestre (TDT) de canais televisivos de acesso não condicionado livre (MUX A)”*, no SPD em apreço e no SPD sobre custos da TDT, bem como nos pareceres emitidos pelos Professores Eduardo Paz Ferreira e Miguel Ferro que constam do respetivo processo administrativo.

Como **ponto prévio**, importa referir que sob a designação “*Enquadramento do serviço de TDT e as suas especiais condições de prestação*” (ponto II) a MEO apresenta um périplo pela sua versão do contexto da introdução da TDT em Portugal.

Sucedo que pese embora o recorte do modelo de introdução da TDT constitua assunto extensa e exaustivamente explicado pela ANACOM em diversas sedes – *vide*, a título exemplificativo, o relatório relativo ao procedimento geral de consulta e à audiência dos interessados do projeto de decisão relativo à revogação dos direitos de utilização de frequências associados aos Muxes B a F²⁷, para o qual ser remete - ainda assim alguns aspetos do relato ora apresentado pela MEO merecem observações por parte da ANACOM.

Neste contexto, sem repisar entendimentos passados cujo teor se dá por integralmente reproduzido, nem alongar o presente ponto prévio, justifica-se, ainda assim, repor o contexto de algumas das afirmações da MEO, de modo a restituir a coerência ao que ora é decidido.

Desta feita, no **ponto 46** da sua pronúncia a MEO salienta que «... a decisão de atribuir a uma única entidade o direito de utilização associado ao MUX A – necessário para assegurar a transição da rede de televisão analógica para a rede de televisão digital – **decorre única e exclusivamente, de uma escolha da ANACOM** (validada pelo Governo)...» (ora enfatizado).

No entendimento expresso a MEO omite a existência de constrangimentos espectrais que condicionaram substancialmente a decisão da ANACOM relativamente ao recorte da TDT.

Com efeito, não só o espectro reservado no Quadro Nacional de Atribuição de Frequências para o serviço de radiodifusão televisiva digital terrestre possibilitava apenas três coberturas de âmbito nacional e três de âmbito parcial do território nacional, como a ANACOM sabia que a fixação definitiva de um calendário para o *switch off* 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

²⁷ Acessível em:

http://www.anacom.pt/streaming/relatorio12jul2010MuxBF.pdf?contentId=1035563&field=ATTACHED_FILE.

para continuar a dispor de acesso aos mesmos, nomeadamente em 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.

Assim, no *desenho* do modelo de introdução da TDT, desde cedo a ANACOM perspetivou que o objetivo primordial a prosseguir era o de garantir a transição analógico-digital dos serviços de programas televisivos de acesso não condicionado livre, e consequentemente assegurar o cumprimento das orientações comunitárias quanto ao *switch off*, com a subsequente libertação das faixas de frequências a este associadas até 2012, com o menor impacto económico-social possível – o que devia ser assegurado num modelo de negócio *Free-to-Air* – e, por outro lado, que o modelo adotado devia possibilitar a separação de operações (FTA vs. *Pay TV*), propiciando uma desativação 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). Como se sabe, a operação de *Pay TV* veio a ser abandonada pela MEO, tendo a empresa pedido a revogação dos respetivos DUF, pelo que o modelo desenhado permitiu efetivamente que tal vicissitude não compromettesse o *switch off* das emissões analógicas e a libertação da designada faixa dos 800 MHz.

No **ponto 50** da sua pronúncia a MEO afirma que tendo sido publicados os regulamentos associados aos concursos públicos «...nomeadamente o Regulamento n.º 95-A/2008 relativo ao Mux A (...) este ato obrigava (artigo 19.º) o futuro titular do direito de utilização a reservar capacidade para a transmissão dos serviços de programas televisivos difundidos na altura por modo analógico, ou seja, a RTP1, a RTP2, a SIC e a TVI, bem como a RTP Açores e a RTP Madeira nas respetivas Regiões Autónomas.»

Omite a MEO que a Lei da Televisão determina (e já determinava aquando da realização do concurso) que «... na atribuição de direitos de utilização de frequências para o serviço de radiodifusão televisiva digital terrestre de cobertura nacional de acesso não condicionado livre é reservada capacidade de transmissão para os serviços de programas televisivos difundidos em modo analógico por via hertziana terrestre detidos pelos operadores licenciados ou concessionados à data da entrada em vigor da [referida] lei».

Neste contexto, não podia, neste ponto, o modelo de introdução da TDT definido pela ANACOM - a que o artigo 19.º do Regulamento deu forma -, dispor de modo que não fosse compatível com o enquadramento legal aplicável.

Nos **pontos 53 a 59** a MEO procura defender que a ANACOM, designadamente através do artigo 19.º, n.º 4 do Regulamento, limitou a sua capacidade de intervenção ao nível dos preços do serviço TDT a situações de ausência de acordo entre o vencedor do concurso e os operadores de televisão, privilegiando uma solução de autorregulação, por via do acordo entre as partes.

Reconhecendo-se que se privilegiou, de facto, uma solução de acordo entre as partes, cumpre, no entanto repudiar que em algum momento a ANACOM se tenha autolimitado ou tenha restringido a sua capacidade de intervenção futura. Este ponto será aprofundado subseqüentemente no presente relatório.

No **ponto 71 (i)** da sua pronúncia, a MEO elenca «...*uma série de circunstâncias inesperadas, circunstâncias essas que, sendo alheias à MEO, frustraram os pressupostos da proposta apresentada e da equação tanto económico-financeira como operacional que lhe está subjacente (...)*». Identifica a este propósito «*a perda de sinergias entre o MUX A e os MUX B a F, na sequência da revogação, por deliberação da ANACOM de 12.07.2010, a pedido da MEO **mas fundamentada em motivos de interesse público**, dos atos de atribuição à MEO dos DUF associados aos referidos MUX B a F*» (ora enfatizado).

Ora, como facilmente se comprova pela leitura do relatório relativo ao procedimento geral de consulta e à audiência dos interessados do projeto de decisão relativo à revogação dos direitos de utilização de frequências associados aos *Multiplexers B a F*, para o qual se remete, a revogação dos DUF identificados não se fundamentou de *per si* em motivos de interesse público, tendo sim a ANACOM reconhecido existir enquadramento para, mediante uma leitura atualizada do interesse público, avaliar o pedido de revogação dos direitos de utilização de frequências apresentado pela então PTC.

Tendo procedido à referida análise a ANACOM concluiu que a «...*revogação do ato de atribuição dos direitos de utilização de frequências a que estão associados os*

Muxes B a F, a pedido da PTC, não prejudica[va], nas atuais condições de mercado, o objetivo de interesse público que esteve na sua génese».²⁸

Do mesmo modo cabe corrigir o entendimento expresso pela MEO [no 2.º parágrafo do ponto 71, (i)] segundo a qual «*embora as circunstâncias que fundamentaram este pedido [a revogação dos DUFs associados aos MUX B a F] - nomeadamente a perda de sinergias motivada pelos atrasos na instalação da rede TDT e a evolução do mercado – não tenham sido imputáveis à MEO, **esta empresa assumiu a obrigação de praticar os preços previstos no cenário variante da sua proposta**, o que se traduziu num benefício claro para os operadores de televisão que, de outra forma, teriam de se submeter aos preços da proposta base (mais altos) e não os da proposta variante.» (ora enfatizado).*

Ora, cumpre recordar que a revogação dos DUF associados aos MUX B a F requerida pela MEO não afetava os termos e condições constantes do direito de utilização de frequências a que está associado o MUX A, de onde resulta a vinculação da MEO ao cenário variante. Daí que o preço de disponibilização do serviço aos operadores de televisão se tenha mantido.

Ainda neste ponto **[(71 (iv))]**, a MEO refere a realização de investimentos com os quais não contava, identificando a este propósito a alteração dos canais radioelétricos da TDT, por substituição do canal 67 pelo 56.

No entanto, opta por omitir que no Relatório da audiência prévia e do procedimento geral de consulta sobre a alteração de alguns canais de funcionamento do MUX A da TDT, a ANACOM afirmou que: «*resulta claro, do Decreto-Lei n.º 151-A/2000, de 20 de Julho, que a PTC terá direito a ressarcimento dos custos que vier comprovadamente a suportar com a alteração ora preconizada».*

Mais afirmando esta Autoridade que «*...a definição das condições e critérios para a atribuição da compensação à PTC só poderá ter lugar após a aprovação da decisão final relativa ao procedimento em curso e que lhe competirá, no âmbito da assessoria que presta ao Governo, propor as referidas condições e critérios de acordo com o regime de compensação fixado no Decreto-Lei n.º 151-A/2000, de 20 de Julho».*

²⁸ Cfr. alínea e) do ponto C (deliberação) da decisão da ANACOM relativa à revogação dos direitos de utilização de frequências associados aos *Multiplexers* B a F. Acessível em:

http://www.anacom.pt/streaming/delib12Jul2010muxBF.pdf?contentId=1035562&field=ATTACHED_FILE

Ou seja, contrariamente ao que resulta da leitura do pronúncia da MEO, o custo da alteração do canal 67 pelo 56 não será suportado pela respondente, não podendo por conseguinte ser elencado como um dos elementos que contribuiu para o desequilíbrio da equação económico-financeira do serviço de TDT. Conforme recentemente referido no relatório de audiência prévia e de consulta sobre o projeto de decisão relativo à definições das obrigações de cobertura a incluir no DUF TDT (MUX A), aprovado em 25.06.2015²⁹, a ANACOM no âmbito das suas atribuições tomou a iniciativa de remeter ao Gabinete do, então, Secretário de Estado das Obras Públicas, Transportes e Comunicações, uma proposta de portaria na qual se definem as condições e critérios gerais de atribuição da referida compensação à MEO, nos termos do regime previsto no artigo 4.º do citado Decreto-Lei n.º 151-A/2000.

Concluídas estas observações prévias, importa reafirmar as competências da ANACOM para, ao abrigo e em cumprimento do enquadramento legal e regulamentar da TDT, proceder à presente análise do mercado grossista de TDT, não resultando dos termos do concurso e do seu enquadramento regulamentar qualquer limitação «...da esfera de atuação [desta Autoridade], ao nível dos preços do serviço de TDT aos casos previstos no artigo 19.º, n.º 4 do Regulamento MUX A...»³⁰. Importa também demonstrar que a possibilidade desta intervenção sempre esteve presente e em aberto, face à legislação setorial aplicável, cujo afastamento, de resto, nunca poderia ocorrer por via regulamentar. Neste sentido, não se aceita o entendimento expresso pela MEO ao considerar inesperada a possibilidade de uma análise do mercado grossista de teledifusão, como se a mesma não resultasse da Lei.

Em todo o caso, para que dúvidas não subsistam, clarifica-se o entendimento desta Autoridade quanto à legitimidade da presente intervenção.

Dando por adquirida - até porque não é contestada pela MEO - a competência (geral e abstrata) da ANACOM, nos termos da LCE, para definir e analisar os mercados relevantes, declarar as empresas com PMS e determinar as medidas regulamentares adequadas, de entre as quais a obrigação de controlo dos preços (nomeadamente a determinação da sua orientação para os custos), evidencia-se que o Regulamento do Concurso torna clara a aplicabilidade do regime da LCE. Aponta nesse sentido o n.º 1 do artigo 2.º relativamente ao concurso e o n.º 2 do mesmo artigo em relação

²⁹ Acessível em: <http://www.anacom.pt/render.jsp?categoryId=382587>.

³⁰ Cfr. ponto 117 da pronúncia da MEO.

ao direito de utilização de frequências que, na sequência daquele, viesse a ser emitido.

Não colhe a este propósito a argumentação da MEO segundo a qual não se pode aceitar que «...a remissão genérica para o regime da LCE, constante do artigo 2.º, n.º2, abrange a parte de definição e análise de mercado, [uma vez que] sempre teria que se concluir que existe uma regra específica e particular a propósito dos preços do serviço [refere-se a MEO ao n.º 4 do artigo 19.º] que derogaria a aplicação da regra geral».

Ora, sucede que, não só a norma do n.º 4 do artigo 19.º do Regulamento do Concurso não garante uma ausência de intervenção da ANACOM noutras circunstâncias além da especificamente identificada no artigo em referência, que seria de resto ilegítima - «a letra da norma refere um cenário em que é possível a intervenção nos preços mas não exclui outros»³¹, designadamente uma intervenção no âmbito de uma análise de mercado -, como o entendimento expresso pela MEO, ao aludir à relação norma geral/norma especial apenas seria aceitável, em tese, caso, as disposições a articular estivessem, na hierarquia das normas, no mesmo plano. Não é manifestamente o caso uma vez que não pode uma disposição regulamentar afastar o regime previsto na lei, sob pena de ser ilegal.

No caso não pode entender-se que se defenda que o n.º 4 do artigo 19.º do Regulamento do Concurso ao prever uma forma de intervenção da ANACOM (a do artigo 43.º, n.º 3 da LCE), exclua a aplicação de outras disposições da mesma lei e por conseguinte, outras possibilidades de intervenção desta Autoridade, quando expressamente o direito de utilização de frequências atribuído se rege pelas disposições constantes da LCE, sendo esta uma regra do Regulamento do Concurso que agora a MEO pretende liminarmente desconsiderar, qualificando-a como *inócua*. A tal obriga de resto o n.º 1 do artigo 9.º do Código Civil ao determinar que «a interpretação [da lei, no caso da norma regulamentar] não deve cingir-se à letra (...), mas reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo, tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei [no caso a norma regulamentar] foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada».

³¹ Partilha-se o entendimento expresso pelos Professores Paz Ferreira e Miguel Ferro no Parecer relativo à solicitação de intervenção do ICP-ANACOM na fixação dos preços da Portugal Telecom no âmbito da televisão digital terrestre (pág. 32).

No mesmo sentido, não se pode retirar da remissão do artigo 19.º, n.º 4 do Regulamento do Concurso para o artigo 43.º, n.º 3 da LCE que «a ANACOM se vinculou a (apenas) intervir nos preços do serviço TDT ao abrigo de um especial mecanismo de intervenção, com pressupostos e lógicas distintas dos inerentes à regulação dos mercados»³². Não só tal entendimento seria contrário ao (mesmo) Regulamento, na parte em que indica expressamente que o direito de utilização de frequências em causa se rege pelas disposições da LCE, como uma tal leitura reduziria o alcance, necessariamente geral e abstrato, «em termos que comprometeriam outras situações em que a obrigação de fixação de remuneração se revelasse necessária para salvaguarda do interesse público ou para a razoabilidade das obrigações em causa».³³

Em suma, resulta do enquadramento legal e regulamentar subjacente à TDT um poder-dever de intervenção da ANACOM mais vasto do que o defendido pela MEO. Pelos motivos vindos de expor nunca poderia o Regulamento do Concurso afastar nem limitar a capacidade de intervenção da ANACOM ao abrigo da LCE. Estando em causa a articulação entre uma lei e um regulamento (que de resto retira a sua legitimidade daquela lei) não se compreende que a MEO pretenda ver excluída a aplicação do regime fixado na lei, por força do regulamento.

Do exposto decorre que a ANACOM não concorda com a afirmação da MEO segundo a qual o presente SPD promove um quadro de incerteza regulatória ao quebrar significativamente as legítimas expectativas e a confiança da MEO, que ao concorrer ao concurso público relativo ao MUX A não podia de forma alguma antecipar que a ANACOM viria a ignorar o disposto no artigo 19.º, n.º 4, do Regulamento do Concurso relativo ao MUX A e as garantias de que apenas interviria num quadro de ausência de acordo comercial

Pelo contrário, tal como referido pela ANACOM na decisão de 02.05.2014, a MEO “ao participar no concurso público, tinha conhecimento que numa futura exploração do DUF em causa, poderia estar sujeita a intervenções da ANACOM ao nível dos preços dos serviços de TDT, quer por força e ao abrigo do artigo 43.º, n.º 3 da LCE, quer ao abrigo do processo de definição de mercados relevantes, identificação de

³² Cfr. 140 da pronúncia da MEO.

³³ Cfr. Parecer dos Professores Paz Ferreira e Miguel Ferro de 24.02.2014, nota de pé de página 62.

poder de mercado significativo e consequente imposição de obrigações” (sublinhado nosso).

Dado que os instrumentos do concurso não afastaram, nem podiam afastar, o enquadramento legal aplicável sempre caberia à ANACOM aferir, dentro da sua margem de discricionariedade, a adequação e oportunidade de dar início ao procedimento de análise de mercados no momento e contexto mais adequados. É neste contexto que foram aprovados o SPD relativo às conclusões da investigação aprofundada aos custos e proveitos do serviço TDT prestado pela MEO, bem como o SPD que origina o presente relatório.

Do exposto decorre também não poder a ANACOM concordar com o entendimento da MEO de que, até ao pedido de intervenção da RTP, a ANACOM sempre adotou a posição de que apenas teria capacidade de intervir e, como tal, apenas interviria ao nível dos preços do serviço TDT, na ausência de acordo entre a MEO e os operadores de televisão, tendo, inesperadamente, alterado essa posição.

O “*Relatório da audiência prévia e do procedimento geral de consulta relativo ao sentido provável de decisão sobre o preço praticado pela PT Comunicações, S.A. correspondente à codificação, multiplexagem, transporte e difusão por rede de televisão digital terrestre (TDT) de canais televisivos de acesso não condicionado livre (MUX A)*”, cujas partes relevantes se transcrevem de seguida, é claro quanto ao entendimento da ANACOM de que poderia intervir mesmo nas situações de acordo:

*“Conforme clara e extensivamente se descreve no SPD, o artigo 43.º, n.º 3, da LCE que confere ao ICP-ANACOM um poder de intervenção (e para o qual o artigo 19.º, n.º 4 do Regulamento do Concurso remete), **não condiciona essa competência às situações de ausência de acordo.** Conforme enfatizado no SPD, **uma leitura contrária reduziria o alcance geral e abstrato desta norma em termos que comprometeriam outras situações em que a obrigação de fixação de remuneração se revelasse necessária para a salvaguarda do interesse público ou para a razoabilidade das obrigações em causa.***

Neste contexto, estranho seria que o artigo 19.º, n.º 4 do Regulamento do Concurso condicionasse de tal forma a capacidade de intervenção do ICP ANACOM que fosse suscetível de colocar em risco os objetivos e finalidade do artigo 43.º da LCE.

*Pelo contrário, em consonância com o enquadramento legal em que se insere, o Regulamento do Concurso cuida expressamente de clarificar que **o DUF (à data a***

atribuir) se rege pelas disposições da LCE, no âmbito das quais se inclui, no que ora importa, o artigo 43.º, n.º 3.

Assim, o ICP-ANACOM reitera que nos termos do enquadramento legal e regulamentar definido, a existência de acordos entre as partes não afasta (nem poderia afastar) a aplicação daquele regime e, por conseguinte, não garante em absoluto a ausência de intervenção desta Autoridade na determinação do preço, sendo que a decisão do ICP-ANACOM de atuar nos termos previstos no artigo 43.º, n.º 3 da LCE sempre terá subjacente o respeito pelo princípio da boa-fé e pelos princípios da proporcionalidade, da transparência e da não discriminação” (destaque nosso)”.

Por conseguinte, não é correto o argumento da MEO de que a ANACOM nunca deu a entender que interviria nos preços da TDT através de regulação *ex-ante*.

Também quanto a esta matéria - especificamente sobre o poder da ANACOM proceder a uma análise do mercado em causa durante o período de validade do DUF n.º 6/2008 e vir, conseqüentemente, a impor à MEO obrigações adicionais face às que decorrem daquele título e do respetivo concurso público – o Parecer dos Professores Eduardo Paz Ferreira e Miguel Ferro, emitido em 24.02.2014 após consulta da ANACOM, é claro ao referir que “No caso dos serviços de TDT prestados pela PTC, não se afiguram significativas as dúvidas relativamente à sua posição de empresa com poder de mercado significativo inserida num mercado que não é efetivamente concorrencial³⁴, pelo que **o procedimento de análise de mercado constitui, a priori, uma via possível para a imposição de obrigações relativas aos preços dos serviços de TDT, nos termos do artigo 74.º da LCE³⁵, bem como de outras normas desta lei.**”

Acrescenta o parecer que “são extensíveis a esta questão as considerações e conclusões de base a que chegámos quando identificamos (...) um poder-dever de intervenção do ICP-ANACOM nos preços dos serviços de TDT. Recorde-se que concluímos, nomeadamente, que o artigo 19.º, n.º 4, do Regulamento do Concurso

³⁴ Note-se que já anteriormente havia sido identificado como relevante, pelo ICP-ANACOM, para efeitos de regulação *ex-ante*, em conformidade com a Recomendação da Comissão Europeia anteriormente vigente, o mercado do fornecimento grossista de serviços de difusão televisiva através de redes analógicas terrestres, que abrange todo o território nacional.

³⁵ Que transpõe o artigo 13.º da Diretiva Acesso.

não excluiu a possibilidade de regulamentação do mercado na sequência da sua definição e identificação de poder de mercado significativo”.

E, ainda, que “*como decorre da letra da própria lei³⁶, o procedimento de análise de mercado e de imposição de obrigações previsto no Título IV da LCE não vê o seu âmbito ou a sua aplicabilidade restringida pelo facto de o direito de utilização de frequências a condicionar ter sido atribuído na sequência de um concurso público, ou de as obrigações a aplicar não constarem do título original de atribuição do respetivo direito. Aliás, tal regra seria desprovida de sentido, na medida em que significaria que nunca se poderia utilizar este procedimento para impor obrigações em mercados onde os destinatários dessas obrigações exercem as suas atividades ao abrigo de títulos legais habilitantes com determinadas condições estabelecidas ab initio. Ora, difícil seria identificar um mercado onde tal se pudesse verificar.”*

Sobre este aspeto salienta-se que, por exemplo, os mercados de acesso e originação de chamadas nas redes telefónicas móveis públicas e de terminação de chamadas vocais em redes móveis individuais estiveram incluídos na Recomendação da Comissão Europeia de 2003 sobre mercados relevantes de redes e serviços de comunicações eletrónicas suscetíveis de regulação *ex-ante*, isto apesar de no ano 2000 vários países europeus terem procedido à atribuição, quer por concurso, quer por leilão, de licenças para a terceira geração de serviços móveis (UMTS). Assim, levado ao extremo, o argumento da MEO significaria que, no caso de os direitos de utilização de frequências serem atribuídos por concurso público, a ANACOM deveria abster-se de definir mercados relevantes e de impor obrigações adicionais face às que foram impostas nos programas do concurso.

Neste contexto, a ANACOM entende que o procedimento de análise de mercado que inclui a definição do mercado relevante, a avaliação de PMS e a imposição de obrigações, não vê o seu âmbito ou aplicabilidade restringida pelo facto do DUF ter sido atribuído à MEO na sequência de concurso público relativo ao MUX A, o qual prevê expressamente a aplicabilidade das disposições da LCE.

Dito isto, a ANACOM não rejeita que privilegiou soluções que resultassem de acordos comerciais livremente negociados entre as partes. O que não se concede é que tal abordagem redunde numa interpretação no sentido de que a ANACOM apenas teria poderes de intervenção nos preços na ausência de acordo entre as

³⁶ Cf., e.g., os artigos 18.º e 55.º, n.º 1, da LCE.

partes, em limitação dos seus poderes de regulação ao abrigo do quadro legal que regeu o concurso e que rege o direito de utilização de frequências.

Neste sentido, justifica-se de resto recordar a preocupação manifestada pela então PTC, quando, no âmbito da consulta sobre o projeto de regulamento do concurso TDT, afirmou *«existir uma total incerteza sobre o nível das receitas que a exploração da rede permitirá, pela dificuldade de ter uma estimativa fiável exata dos preços da utilização de capacidade de rede que não podem ser conhecidos com segurança no momento da preparação da proposta»*, tendo considerado *«essencial (...) que o ICP-ANACOM fixe, de forma objetiva ex ante, as regras aplicáveis à formação dos preços»*.

Na altura a PTC, estava particularmente preocupada com a possibilidade desta Autoridade vir a intervir, a pedido dos operadores de televisão, para reduzir os preços, o que significa que estava consciente de que não tinha qualquer direito à prática do preço que viesse a indicar no concurso. Estava, por conseguinte, ciente do risco que em que incorria.

Em resposta às preocupações da PTC, o então ICP-ANACOM esclareceu, confirmando a presença de risco que teria de ser gerido pela PTC e o poder de intervenção *a posteriori* sobre os preços, que assiste a esta Autoridade, ao afirmar:

«Antes de mais é relevante referir que “qualquer plano de negócios” envolve sempre incerteza, nomeadamente do lado da procura de serviços e das receitas que são possíveis obter, não constituindo exceção as candidaturas no âmbito do concurso objeto deste relatório». *«Não obstante, e conforme é referido no artigo 19.º, n.º 3 do Projeto de Regulamento referente ao Multiplexer A, o poder de intervenção do ICP-ANACOM está previsto no artigo 43.º, n.º 3 da LCE (...)»*. Mais aditou esta Autoridade que poderia vir a determinar, de forma proporcional e transparente *«o que entende por remuneração adequada pelo acesso, caso as partes não tenham chegado a acordo»*. De realçar que a limitação das observações da ANACOM, nesta sede, a uma eventual falta de acordo tem de ser interpretada à luz do já afirmado poder-dever de intervenção que lhe assiste, bem como do facto de a ANACOM se referir ao pedido de determinação *a priori* dos preços, o que levou a que centrasse a sua preocupação apenas em justificar o motivo pelo qual não procederia, naquele momento, à determinação do preço ou da metodologia a utilizar para a sua determinação.

De resto, ciente de que o elemento literal do artigo 43.º, n.º 3 da LCE, considerado isoladamente, podia deixar em aberto a possibilidade desta Autoridade fixar *ab initio*, no momento da atribuição do direito de utilização de frequências ou até antes, o preço dos serviços, entendeu esta Autoridade – bem – que uma tal imposição seria desproporcional, uma vez que poderia não ser necessária para garantir a proteção dos interesses gerais que lhe cabe salvaguardar³⁷. Neste contexto, privilegiou o livre funcionamento das forças do mercado e o exercício da liberdade contratual ao afirmar que *«atendendo ao requisito de proporcionalidade nas obrigações impostas, pode-se dizer que faz todo o sentido que esta Autoridade apenas intervenha, e defina inequivocamente os preços, quando verificar que as partes não alcançam um entendimento através da negociação comercial. Caso assim não fosse, e esta Autoridade definisse desde já um preço ou as regras específicas para a sua imposição, estar-se-ia a limitar o direito que assiste aos agentes de mercado para negociar livremente o preço do acesso»*³⁸.

Perante tudo o vindo de expor, não se reconhece sustentação para o entendimento segundo o qual a ANACOM teria afastado a possibilidade de qualquer outro tipo de intervenção, para além do fixado no artigo 19.º, n.º 4 do Regulamento.

Não colhe por conseguinte o entendimento expresso pela MEO ao referir que até à adoção do SPD de 14.03.2014 sobre o preço da TDT praticado pela PTC *«... em matéria de preços, em momento algum, nas diversas vezes que teve oportunidade de se pronunciar sobre o assunto, a ANACOM deu qualquer indicação de que teria alterado o seu entendimento sobre este assunto vital e menos ainda fez a mínima (...) alusão ao facto de poder vir a intervir nos preços da TDT por via regulatória, mediante a consideração de um novo mercado relevante suscetível de regulação»*³⁹, suportando também este entendimento no relatório de audiência prévia sobre a decisão de regulação do preço da teledifusão analógica, de 09.03.2012, na parte em que no mesmo *“(...) por forma a minimizar qualquer incerteza que possa existir nos*

³⁷A decisão da ANACOM de utilizar a faculdade prevista no artigo 43.º, n.º 3 da LCE deve ser efetuada ponderado nomeadamente a opção que melhor proteja os interesses dos utilizadores e cidadãos (proporcionando-lhes acesso a maior escolha e maior qualidade de serviços, cfr. nomeadamente artigos 5.º, n.º 1, al. c) e n.º 2, 15.º n.º 2, d) e 31.º, n.º 2, todos da LCE), que promova a oferta de serviços de programas televisivos e evite restrições da concorrência (cfr. nomeadamente os artigos 5.º, n.º 1, al. a), n.º 2, b), n.º 5, c) e d), e n.º 9, artigo 15.º, n.º 2, Al b) e 31.º, n.º 2 da LCE), e que incentive uma utilização efetiva e eficiente das frequências (cfr. artigo 5.º, n.º 2, d) e 15.º n.ºs 1 e 2, c) da LCE), tendo simultaneamente em conta o princípio da boa fé e o respeito da previsibilidade da regulação (Cfr nomeadamente os artigos 5.º, n.º 5, al. a) e 32.º, n.º 1, al. g), todos da LCE).

³⁸ Cfr. Relatório da Consulta Pública sobre o projeto de regulamento, págs. 11-12.

³⁹ Cfr. ponto 59 da pronúncia da MEO.

agentes de mercado, esta Autoridade esclarece que se devem aplicar, de acordo com a informação disponível: (a) para o serviço de teledifusão digital terrestre, os preços que se encontram previstos no direito de utilização de frequências n.º 6/2008 por remissão para a proposta apresentada pela PTC (...) sendo que na falta de acordo entre as partes (PTC e operadores de televisão) o ICP-ANACOM tem capacidade de intervenção ao abrigo do regime do artigo 43.º, n.º 3 da LCE, podendo determinar uma remuneração adequada que deve ser aplicada de modo proporcionado e transparente».

Com base nesta afirmação, a MEO sustenta que o entendimento da ANACOM «...sempre foi o de que (i) esta Autoridade apenas teria capacidade de intervenção ao abrigo do artigo 43.º da LCE (...) e que (ii) mesmo ao abrigo desta disposição, o Regulador só interviria nos preços se “verificar que as partes não alcançam um entendimento comercial”».

Ora, cabe contextualizar o esclarecimento invocado. Com efeito, quando, no relatório identificado⁴⁰, a ANACOM se pronunciou nos termos vindos de replicar, de acordo com a informação então disponível, os operadores de televisão estavam a pôr em causa os Memorandos de Entendimento que haviam celebrado com a então PTC e encontravam-se a negociar os contratos do serviço de TDT, daí o foco do esclarecimento prestado quanto aos poderes de intervenção da ANACOM.

Em todo o caso, adite-se que já nessa altura esta Autoridade afirmava os seus poderes de regulação dos preços da TDT por via da análise de mercados. Com efeito, na resposta do então ICP-ANACOM ao pedido de informações da Comissão Europeia no âmbito do caso PT/2012/1294 [*“Amendment of remedies in market 18 – price of the (terrestrial) television signal broadcasting and distribution service (analogue)”*], pode ler-se: «sem prejuízo das competências de regulação supra referidas, relativamente a alterações futuras ao preço de distribuição difusão do sinal digital de televisão, o ICP-ANACOM poderá também intervir na sequência e em resultado de uma análise de mercado. De facto, quer o direito de utilização de frequências n.º 6/2008 atribuído à PTC, quer o Regulamento do concurso, regem-se pelas disposições constantes da LCE, aplicando-se, naturalmente, as obrigações que vierem a ser definidas no âmbito das análises dos mercados relevantes. Deste

⁴⁰ Isto é, no “Relatório da audiência prévia e da consulta pública sobre o sentido provável de deliberação relativo ao preço do serviço de distribuição e difusão (analógica) do sinal de televisão (terrestre) praticado pela PT Comunicações, S.A.”, acessível em <http://www.anacom.pt/render.jsp?categoryId=344829>.

modo, caso se venha a concluir (i) que o mercado de distribuição e difusão do sinal de televisão digital é relevante para efeitos de regulação ex ante, (ii) que a PTC tem PMS neste mercado e (iii) que é justificável impor obrigações adicionais às que já resultam dos diplomas e títulos aplicáveis, e cumprindo todos os procedimentos, incluindo de consulta, aplicáveis no âmbito das análises de mercado, então não haverá qualquer impedimento em o ICP-ANACOM impor regulação de preços, no âmbito dessa análise de mercados, neste serviço»⁴¹.

Em suma e perante tudo o vindo de expor não se aceita que a MEO afirme que está aqui em causa «...uma violação dos preceitos constitucionais e legais que estabelecem os princípios da transparência, da boa fé e da proteção da legítima confiança ...». Conforme vastamente explicitado o presente procedimento de análise de mercado não é incompatível com os entendimentos anteriormente expressos pela ANACOM, nas mais diversas sedes, sobre este mesmo assunto.

Por fim, não procede a argumentação da MEO – patente no ponto 3.2 da pronúncia – de posicionar o direito de utilização de frequências atribuído, no âmbito do regime fixado no Código dos Contratos Públicos (de ora em diante “CPP”). O DUF ICP-ANACOM n.º 6/2008 não constitui um contrato público, não lhe sendo por conseguinte aplicável a parte III (regime substantivo dos contratos administrativos) do Código identificado.

Justifica-se a este propósito citar o parecer dos Professores Paz Ferreira e Miguel Ferro, de 24.02.2014, quando expressam o seguinte entendimento: «... importa constatar, refletindo por analogia, que está inteiramente ausente, no presente caso, a preocupação com o facto de a modificação poder constituir uma forma de impedir, restringir ou falsear a concorrência relativamente à atribuição do DUF, já que apenas a PTC se apresentou ao concurso público, o qual não incluía à partida qualquer nível de preços, e a redução do nível de preços indicado pela PTC na sua proposta não teria sido suscetível de influir na decisão doutras empresas se apresentarem ao concurso»⁴².

Especificamente em relação à reposição do equilíbrio financeiro do contrato (prevista no artigo 282.º do CCP), que a MEO reivindica com base no impacto da presente

⁴¹ Informação que faz parte do processo administrativo referente ao procedimento relativo à alteração do preço do serviço de teledifusão analógica terrestre, anexa à PDCA D000015//2012, relativa ao projeto de decisão a notificar à Comissão Europeia, ao ORECE e às Autoridades reguladoras Nacionais dos outros Estados-membros.

⁴² Pág. 48 do Parecer identificado.

decisão sobre o equilíbrio financeiro da proposta a que se vinculou, não é sequer possível recorrer à sua aplicação por analogia uma vez que no âmbito do DUF não foi fixado qualquer preço absolutamente vinculativo, «...*pele que não há bases suficientes para se identificarem legítimas expetativas ou para se ponderar a reposição do equilíbrio financeiro, neste sentido*»⁴³.

Com efeito, retomando o que foi referido no SPD, conforme consta da cláusula 2.^a do DUF ICP-ANACOM n.º 6/2008, este rege-se pelas disposições constantes da LCE e do Regulamento do Concurso relativo ao MUX A, dispondo o artigo 19.º, n.º 3 do referido Regulamento que a obrigação de transmissão dos serviços de programas televisivos beneficiários de *must carry*, imposta ao titular do DUF, não prejudica outras obrigações de acesso decorrentes da aplicação do regime da LCE.

A ANACOM tem o poder e o dever de intervir em mercados não concorrenciais, não deixando contudo de atender às circunstâncias e pressupostos que estiveram na base do concurso público relativo ao MUX A. Refira-se que essas circunstâncias e pressupostos têm vindo a alterar-se – como por exemplo o não surgimento do designado 5.º canal ou o facto de (parte d)a capacidade reservada para o canal HD partilhado não estar a ser utilizada – não podendo ficar a ANACOM indiferente às mesmas.

Sendo certo que o preço anual referente à TDT negociado com os três operadores de televisão, e que tem sido aplicado desde 01.01.2012, é inferior ao preço anual por canal previsto na proposta variante, tal preço aplica-se, no entanto, para emissões exclusivamente em definição *standard*⁴⁴, não considerando qualquer partilha da capacidade anteriormente reservada para o canal em alta definição⁴⁵.

Esta alteração que resulta no facto de existir capacidade não utilizada no MUX A (e de se colocar a questão sobre quem deve incorrer nos custos dessa capacidade), e o facto de também existir um único prestador deste serviço, justificam a necessidade de a ANACOM estar habilitada a intervir, impondo obrigações previstas na LCE no contexto da análise de mercados, como a orientação dos preços para os custos. Tal não significa, contudo, que a imposição das obrigações previstas no SPD resulte em

⁴³ Cfr entendimento expresso na página e Parecer identificados na nota anterior.

⁴⁴ *Standard-Definition* (SD).

⁴⁵ *High-Definition* (HD).

prejuízo para a MEO, sendo que a ANACOM apenas intervirá nos preços se e quando tal se justificar, num quadro de proporcionalidade.

Acresce que os vários operadores de televisão, em diversos momentos, já puseram em causa os MoU e os contratos celebrados e têm solicitado à ANACOM uma intervenção ao nível do preço atualmente praticado, o que põe em causa a existência de um poder negocial minimamente significativo por parte dos compradores (os operadores de televisão).

Este entendimento está também relacionado com o argumento referido pela própria MEO de que em contrapartida da assunção do risco da atividade esperaria legitimamente apropriar-se de toda a rentabilidade positiva que o projeto possa gerar.

Sendo certo que não se verifica atualmente qualquer prática de preços superiores aos custos, também é verdade que com a evolução dos custos e da ocupação da capacidade do MUX A se poderá observar uma inversão dessa conclusão.

Assim, a possível intervenção da ANACOM num contexto de orientação dos preços para os custos, incluindo a remuneração do capital investido, é necessária, adequada e proporcional, estando em linha com os deveres desta Autoridade e com o quadro regulamentar em vigor, não se tratando de uma transferência, ilegal, de receitas de uma entidade privada (a MEO), para os operadores de televisão, sem que tal tenha qualquer repercussão económica nos consumidores. A este respeito, e apesar de não existir um preço no retalho para o serviço de TDT, caso os operadores de televisão incorram em preços excessivos, a(s) sua(s) oferta(s) televisiva(s) poderá(ão) ser afetada(s), o que, embora não tendo repercussão económica nos consumidores, os afeta diretamente na qualidade do serviço que recebem.

Em síntese, e conforme exposto no SPD, cabendo à ANACOM aferir, dentro da sua margem de discricionariedade, a adequação e oportunidade de dar início ao procedimento de análise de mercados no momento e contexto mais adequados, para esta apreciação concorreram diversos desenvolvimentos específicos ocorridos no âmbito da TDT, a saber:

- (a) os pedidos de intervenção apresentadas pelos operadores de televisão⁴⁶ junto da ANACOM, quanto ao preço praticado pela MEO no serviço de TDT;
- (b) o SPD e a decisão da ANACOM de 14.03.2014 e 02.05.2014⁴⁷, respetivamente, sobre o preço da TDT, no seguimento do pedido de intervenção efetuado pela RTP, em particular a decisão de reavaliar a matéria no quadro de uma investigação aprofundada aos custos dos serviços de TDT prestados pela MEO, que poderá servir de *input* para a análise de mercado onde se insere o serviço de TDT;
- (c) as conclusões preliminares da referida investigação aprofundada aos custos do serviço de TDT prestado pela MEO, em particular a conclusão de que MEO não está a praticar preços excessivos, mas que se a capacidade disponível for ocupada por outros operadores/canais de televisão o preço atualmente pago pelos atuais operadores de televisão poderá a prazo não cumprir com o princípio da orientação dos preços para os custos;
- (d) a consulta pública sobre a evolução da TDT, que em particular revelou:
- o interesse, por parte dos cidadãos, no surgimento de novos canais,
 - o interesse na introdução de mais canais no MUX A, nomeadamente em HD, tendo a ERC expressado que os atuais operadores de televisão (RTP, SIC e TVI), dispõem de títulos suficientes para proceder à emissão dos respetivos canais em HD, e que no caso da RTP os contratos de concessão do serviço público constituem título bastante para o transporte e difusão dos diversos serviços de programas em regime de acesso não condicionado livre (*free-to-air*), quer em definição *standard* quer em alta definição, e
 - o interesse na possibilidade de, no futuro, vir a ser licenciado um novo MUX.
- (e) os comentários da Comissão Europeia no âmbito do caso PT/2012/1294 [*“Amendment of remedies in market 18 – price of the (terrestrial) television signal broadcasting and distribution service (analogue)”*], sobre a necessidade

⁴⁶ Cartas da RTP de 10.07.2013, de 15.04.2014, cartas da SIC de 22.11.2013, de 16.12.2013 e de 21.04.2014 e cartas da TVI de 22.11.2013 e de 14.04.2014.

⁴⁷ Acessível em <http://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=1213374#.VaY9JrVv87x>.

de rever o mercado de teledifusão⁴⁸, o que só poderá ser efetuado englobando todos os serviços associados a este mercado, incluindo naturalmente a TDT.

Em todo o caso, a ANACOM afirmou que iria ter em conta os resultados da investigação aprofundada na definição e análise do mercado grossista da TDT, mas nunca se comprometeu em não efetuar essa análise (e definição de mercado) ainda que (eventualmente) se concluísse com base nos dados que sustentam aquela investigação pela inexistência de preços excessivos.

Ou seja, mesmo no âmbito do artigo 43.º, n.º 3 da LCE, era claro que a intervenção da ANACOM não estaria restringida às situações de ausência de acordo.

Por isso se justificou que a ANACOM, mesmo na presença de acordos celebrados entre a MEO e os operadores de televisão, tivesse iniciado a análise dos custos do serviço de TDT prestado pela MEO, com o intuito de avaliar sobre o carácter excessivo, ou não, dos mesmos, face aos preços, cujas conclusões se apresentam no SPD sobre os custos da TDT e constam da respetiva decisão final.

Importa ainda salientar que a ANACOM não pretende, obviamente, pôr em causa a rentabilidade financeira do projeto TDT, mas também considera não ser legítimo que os operadores de televisão venham a suportar, na totalidade, custos relativos a capacidade que não utilizam ou preços excessivos num futuro mais ou menos próximo.

O facto de a margem, para a MEO estimular a procura ou aumentar a oferta de TDT, ser mínima foi tido em devida conta pela ANACOM no SPD sobre custos da TDT.

Reitera-se ainda que a conclusão a que a ANACOM chegou no SPD sobre custos da TDT e na respetiva decisão final foi de que o *“preço atualmente cobrado pela MEO aos operadores de televisão é compatível com o princípio da orientação dos preços para os custos, tendo em conta a estimativa de custos para 2013 e a alocação dos custos da capacidade livre no MUX A à MEO e aos operadores/canais de televisão na proporção de 2/3 à oferta e 1/3 à procura”*.

⁴⁸ Mais precisamente “Não obstante o surgimento de plataformas de difusão alternativas, a ANACOM ainda não efetuou uma nova análise do mercado, embora tenha assinalado que tenciona fazê-lo após o switch-over definitivo da televisão analógica para a televisão digital terrestre, que está previsto para o final de Abril de 2012. A Comissão insta a ANACOM a efetuar uma nova análise do mercado o mais rapidamente possível e a notificar os resultados à Comissão, em conformidade com o disposto no artigo 7.º da Diretiva-Quadro”.

Vide:

http://www.anacom.pt/streaming/ComentariosCE_consulta_sinalTVanalog.pdf?contentId=1120493&field=ATTACHED_FILE.

Caso o risco associado aos custos da capacidade não utilizada fosse imputado na sua totalidade à MEO, e tendo apenas em conta os custos de 2013 (i.e., sem considerar eventuais margens negativas passadas a ser recuperadas ou margens positivas futuras), a conclusão já não seria a mesma. Deste modo a ANACOM não concorda com o entendimento da MEO de que:

- (a) não seria necessária uma intervenção neste mercado, ou
- (b) não seria necessária a imposição de uma obrigação de controlo de preços, ou
- (c) mesmo que tal intervenção fosse necessária, sempre estaria balizada pelo que decorre das regras do concurso relativo ao MUX A e do conteúdo do DUF.

O que a MEO incorretamente e injustificadamente designa de “*regulação sob condição*” ou de “*remédio sob condição*”, garante, ao contrário do que a MEO afirma, uma maior previsibilidade da regulação para todos os agentes de mercado.

Finalmente releva-se a posição da AdC concordando com a identificação do mercado relevante em causa e com a avaliação de PMS no seio do mesmo.

3. APRECIÇÃO NA ESPECIALIDADE

3.1. O mercado retalhista de televisão gratuita e o respetivo mercado grossista conexo

A **AdC** considera que a metodologia adotada pela ANACOM, no que diz respeito à definição do mercado grossista de TDT gratuito para os utilizadores finais, quer do ponto de vista do produto, quer do ponto de vista geográfico, é adequada e genericamente coerente com a aplicação da metodologia do Direito da Concorrência.

A AdC concorda com a conclusão de que não existe substituibilidade entre o serviço retalhista de televisão gratuita e o serviço retalhista de televisão por subscrição e que, por conseguinte, estes serviços integram mercados relevantes distintos e considera⁴⁹ que uma oferta de TDT mais completa que se aproxime das ofertas de televisão por subscrição, em termos do número de canais e funcionalidades, é desejável na perspetiva dos utilizadores finais e poderá contribuir para um aumento da pressão concorrencial no mercado de televisão por subscrição e para uma atenuação das fragilidades concorrenciais identificadas nesse mercado. A AdC

⁴⁹ Conforme concluído no estudo da AdC sobre a TDT em Portugal.

considera também que o *switch-off* da TAT⁵⁰ tornou a substituíbilidade deste serviço pela TDT, unidirecional, total e obrigatória.

A **RTP** considera útil assinalar que a mudança tecnológica através da transição da rede analógica para a rede digital não implicou qualquer modificação à estrutura não concorrencial do mercado grossista de teledifusão para entrega de conteúdos a utilizadores finais. Com efeito, tal como na rede analógica, refere a RTP que a MEO é o único operador com uma rede com cobertura nacional, atuando em regime de verdadeiro monopólio.

A **SIC** congratula-se com o reconhecimento da necessidade de identificar o mercado grossista de TDT como mercado sujeito a regulação *ex-ante* e que a persistência de reclamações por parte dos operadores de televisão quanto aos níveis de preços praticados pela MEO no serviço de TDT justificam ampla e suficientemente a regulação grossista deste mercado.

A **TVI** reconhece a competência da ANACOM⁵¹ na definição e análise do mercado grossista de teledifusão para entrega de conteúdos a utilizadores finais, bem como na imposição de obrigações adicionais face às que decorrem do DUF ICP-ANACOM n.º 6/2008 e do concurso público relativo ao MUX A, e considera que a ANACOM reconhece a situação de ineficiência na prestação do serviço de TDT pela MEO, agravada pela situação de monopólio legal do prestador do serviço de teledifusão, tendo os operadores televisivos - enquanto clientes do serviço de TDT - um contrapoder negocial reduzido, tal como é reconhecido no SPD em causa.

A **MEO** concorda que o mercado de televisão por subscrição mostra uma dinâmica concorrencial significativa, contudo questiona a preocupação com o crescimento da sua quota de mercado uma vez que é *challenger* nesse mercado, sendo a NOS o operador com maior quota de mercado. Acresce a MEO que, sendo um mercado concorrencial, é natural e esperada uma variação de quotas de mercado, sem que daí se possa extrapolar qualquer conclusão em termos de PMS.

Quanto à definição do mercado grossista do produto, a MEO considera surpreendente a abordagem sobre a substituíbilidade entre a TAT e a TDT⁵², o que

⁵⁰ Teledifusão Analógica Terrestre.

⁵¹ A TVI toma boa nota de que “a imposição de obrigações *ex-ante* será a forma mais eficiente e adequada para resolver as ineficiências persistentes que resultam do facto de a MEO ser o único prestador deste serviço e de a intervenção da ANACOM, nomeadamente a nível dos preços”.

⁵² Ou seja sobre uma substituíbilidade no tempo em que um serviço sucede ao outro.

não faria sentido, já que a questão central seria saber se existem entidades capazes de fornecer o serviço sem custos adicionais significativos e num curto período de tempo, face a um SSNIP⁵³, não tendo a ANACOM identificado fornecedores alternativos para prestar o serviço de transporte dos canais FTA⁵⁴, o que invalidaria a definição do mercado.

Entendimento da ANACOM

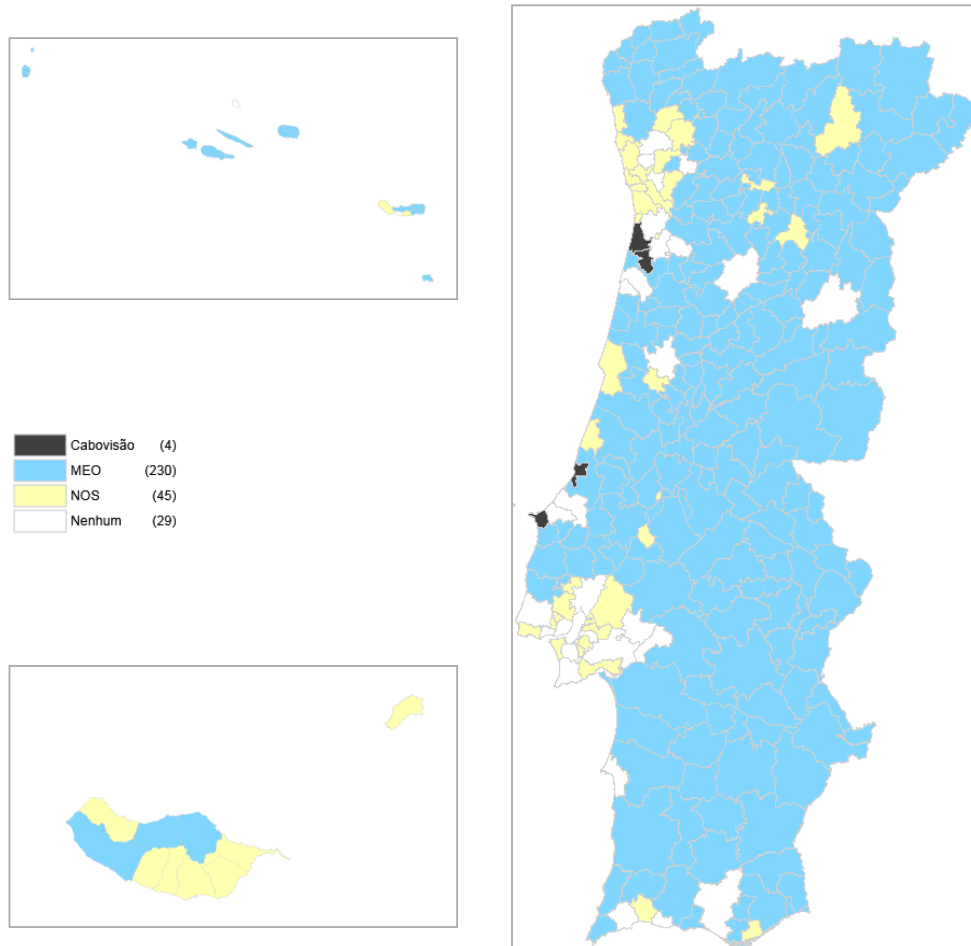
Ao contrário do referido pela MEO, não existe uma preocupação especial com a sua quota no mercado de televisão por subscrição, tendo inclusive no SPD sido referido que na última análise ao anterior mercado 18 se concluiu que, apesar de a quota da MEO ser de 80% no mercado de televisão por subscrição, ainda assim não se justificava a imposição de obrigações *ex-ante* nesse mercado.

Não é por conseguinte a quota da MEO no mercado da televisão por subscrição que suscita de momento preocupações de maior. Sem prejuízo, verifica-se que numa extensão apreciável do território nacional, e ainda que exista o serviço DTH fornecido por outro operador, a quota de mercado da MEO é superior a 50% - conforme apresentado na Figura 2 do SPD e aqui reproduzido na figura seguinte.

⁵³ Small but significant non-transitory increase in price.

⁵⁴ *Free-to-air*.

Figura 1. Representação gráfica dos concelhos onde há operadores com quotas de mercado (no mercado retalhista de televisão por subscrição) superiores a 50 por cento, 2014



Fonte: ANACOM.

A MEO não tem razão ao referir que a ANACOM se debruçou apenas sobre a questão da análise de substituíbilidade entre a TAT e a TDT, até porque a própria ANACOM reconheceu no SPD sobre a análise do mercado da TDT que uma análise de substituíbilidade entre a TAT e a TDT, nomeadamente do lado da oferta, seria sempre artificial.

Na secção do SPD relativa aos “Mercados suscetíveis de regulação ex ante”⁵⁵ refere-se que “os elevados custos afundados associados ao investimento na capacidade de prestar o serviço grossista de teledifusão digital terrestre e, sobretudo, a escassez de espectro para mais MUXES no curto/médio prazos, da qual resulta que

⁵⁵ Mais precisamente nos parágrafos 3.16 a 3.19 do SPD.

previsivelmente apenas um número limitado de empresas poderá ter acesso ao espectro disponível para a teledifusão digital terrestre, fazem com que o mercado em questão seja caracterizado pela existência de fortes obstáculos à entrada de carácter persistente e inultrapassável, pelo menos no curto e médio prazo.

Ainda que se tenha auscultado o interesse do mercado⁵⁶ sobre a possibilidade de instalação de uma nova rede de TDT, na sequência de manifestações de interesse recebidas pela ANACOM, não é evidente que os operadores de televisão, num cenário, ainda incerto, em que possa ser instalada uma nova rede de TDT, possam passar de um operador/rede para outro(a).”

Ou seja, concluiu-se que “é previsível que não ocorra a entrada de qualquer concorrente neste mercado, pelo menos no curto e médio prazo”, pelo que, atualmente e face a um SSNIP, não existem entidades capazes de fornecer o serviço sem custos adicionais significativos e num curto período de tempo.

Sem prejuízo, para efeitos da definição de mercado de produto, o facto é que, quer a nível retalhista quer a nível grossista não existem atualmente produtos substitutos, nem a própria MEO identificou eventuais produtos substitutos, do serviço de TDT relevante.

3.1.1. Teste dos três critérios

Apesar de reconhecer que as ARN podem definir mercados distintos dos previstos na Recomendação da Comissão Europeia sobre mercados relevantes⁵⁷, a MEO considera que a ANACOM não fundamentou⁵⁸ o tema com profundidade⁵⁹ e defende que não se justifica o preenchimento dos três critérios, não podendo o mercado grossista de TDT ser suscetível de regulação. A MEO acrescenta que:

- (a) Relativamente ao **primeiro critério** (obstáculos fortes e não transitórios à entrada), a MEO considera⁶⁰ que, embora o espectro disponível seja limitado,

⁵⁶ No contexto da consulta pública sobre o futuro da TDT, lançada a 24 de abril de 2014.

⁵⁷ A MEO relevou que, tendo a Comissão Europeia direito de veto nas decisões que visem definir mercados relevantes diferentes dos publicados na recomendação, a ANACOM não fundamentou devidamente a “criação” do novo mercado relevante grossista, o que é evidenciado pela forma pouco fundamentada como foi abordada a verificação dos três critérios.

⁵⁸ Bastando, segundo a MEO, ler as páginas 30 a 32 do SPD sobre a análise do mercado da TDT para perceber tal.

⁵⁹ Analisando o conteúdo dos (apenas) oito parágrafos do SPD sobre a matéria.

⁶⁰ Sobre a alegada escassez do espectro disponível referida pela ANACOM.

não é correto afirmar-se que no curto/médio prazo ele é escasso, uma vez que na faixa UHF (bandas IV e V) o número de canais radioelétricos reservados para a TDT permite a instalação de, pelo menos, mais uma rede de radiodifusão televisiva a que estaria associado um MUX B⁶¹. Defende a MEO que o espectro só poderá ser um obstáculo à entrada no mercado se a procura não puder ser satisfeita, o que não está demonstrado, havendo espectro disponível não utilizado. Segundo a MEO, a existência de espectro disponível para a instalação de pelo menos mais um MUX vai manter-se para além de 2020, em que se prevê que a faixa dos 700 MHz (694-790 MHz) seja consignada à banda larga móvel, pelo que não há uma escassez não transitória. Acrescenta a MEO que as barreiras não são inultrapassáveis, uma vez que a ANACOM, na consulta sobre o futuro da TDT, equacionou o lançamento de um concurso para um novo MUX (MUX B), pelo que tais obstáculos não serão persistentes no curto e médio prazo. Aliás, segundo a MEO, consistindo o processo de definição de mercados numa análise prospetiva, a ANACOM⁶² deveria ter refletido no SPD sobre a análise do mercado da TDT os resultados apresentados na consulta sobre o futuro TDT.

A MEO considera ainda que as barreiras em matéria de acesso ao espectro são de natureza legal, criadas pela ANACOM (e validadas pelo Governo) através de um regime monopolístico de DUF, cabendo-lhe ter ponderado a compatibilidade desse regime com o desenvolvimento da concorrência no mercado num futuro próximo e que a existência de custos afundados é transversal a quase todos os mercados de comunicações eletrónicas, alguns já libertos de regulação, o que não justifica a imposição de regulação, não tendo ficado demonstrado no SPD que Portugal apresenta especificidades no tocante a este serviço, que em vários países europeus, é assegurado por vários operadores.

- (b) Relativamente ao **segundo dos três critérios** (mercado cuja estrutura não tenda para uma concorrência efetiva no horizonte temporal pertinente), a MEO considera que a ANACOM evitou abordá-lo, repetindo afirmações redundantes e sem substância analítica, e que importaria analisar os constrangimentos de empresas não concorrentes no mercado em causa,

⁶¹ Conforme referido pela ANACOM na consulta de 2014 sobre o futuro da TDT.

⁶² Segundo a MEO, a ANACOM assumiu que o faria na decisão de 02.05.2014 sobre o pedido da RTP.

assumindo relevo a presença de plataformas alternativas capazes de oferecer serviços substitutos ao nível retalhista, tendo relevado que a Comissão Europeia, para fundamentar a não satisfação do segundo critério invocou⁶³ o aumento da concorrência entre plataformas concorrentes (e.g. terrestre, satélite e cabo), que já se verificava em muitos países, baseando-se no dinamismo das mesmas para concorrerem entre si e atraírem utilizadores.

Segundo a MEO, também a AdC, na consulta sobre o futuro da TDT referiu⁶⁴ que sendo os canais televisivos transmitidos na TDT também difundidos através de plataformas alternativas e o número de clientes de televisão por subscrição em Portugal muito significativo⁶⁵, não se poderia ignorar a pressão concorrencial⁶⁶ exercida por aquelas. Segundo a MEO, a AdC referiu também a necessidade de a difusão dos programas televisivos de acesso não condicionado livre ser assegurada nas várias redes e plataformas com as mesmas características, de forma gratuita para o utilizador e garantindo-se a universalidade do serviço, pelo que a MEO não entende como pode a ANACOM concluir pela verificação do segundo critério à margem desta análise, que a realizar-se, não chegaria à mesma conclusão.

- (c) No que respeita ao **terceiro critério** (impossibilidade de aplicação do direito da concorrência colmatar, por si só, as deficiências detetadas no mercado) a MEO considera que a ANACOM não apresentou qualquer justificação específica, dada a importância/suficiência do direito da concorrência num mercado cujas condições de concorrência foram definidas *ab initio* e onde a estrutura de mercado ficou fixada de forma administrativa, limitando assim potenciais dinâmicas competitivas.

⁶³ Na nota explicativa que acompanhou a recomendação de 2007 da Comissão Europeia sobre mercados relevantes (nessa lista de mercados relevantes deixou de constar o anterior mercado 18).

⁶⁴ Mais concretamente “*entende-se, à partida, que também outras plataformas podem ter condições para se substituir à plataforma TDT na transmissão dos conteúdos aí disponibilizados*”.

⁶⁵ Com uma penetração de 84,4% nas famílias clássicas, face a uma penetração da TDT de 23,4%, em 2013, cf. informação constante no SPD sobre o mercado da TDT.

⁶⁶ A MEO acrescentou que, segundo a Comissão Europeia, há outras formas de salvaguardar potenciais problemas de poder de mercado. Para além da lei da concorrência, a possibilidade de imposição de obrigações de *must carry* sobre as plataformas alternativas (de TV paga) quando uma rede constitui o meio principal de receção de programas de TV e rádio, por imperativos de interesse público, endereça problemas de acesso às plataformas de transmissão, reforçando o constrangimento sobre a plataforma TDT.

Assim, a MEO, considerando que o primeiro e o segundo critérios não são preenchidos⁶⁷, conclui que o mercado não pode ser suscetível de regulação *ex-ante*.

Entendimento da ANACOM

Relativamente aos comentários da MEO quanto ao preenchimento cumulativo dos três critérios previstos na Recomendação da Comissão Europeia sobre mercados relevantes, para que o mercado grossista de TDT seja considerado relevante e suscetível de regulação *ex-ante*, clarifica-se o seguinte:

- (a) Em primeiro lugar, os elevados custos afundados associados ao investimento numa segunda rede de TDT, e por outro lado, a não evidência de que os operadores de televisão, num cenário incerto e pouco plausível, em que possa ser instalada uma nova rede de TDT, migrem de uma rede para outra, resulta em que se perspetive a manutenção da atual situação no período relevante para a presente análise.

Refira-se ainda que um eventual novo entrante terá expectavelmente custos mais elevados que os da MEO, não se perspetivando que possa ter uma experiência similar ou elementos de rede relevantes por comparação com a MEO, pelo que não seria expectável que, a existir, apresentasse preços mais reduzidos que os apresentados pela MEO.

Ainda no contexto das barreiras à entrada refira-se que no concurso realizado em 2008, apenas houve um concorrente no tocante ao MUX A, o que é demonstrativo das barreiras à entrada que poderão existir neste mercado, associadas à necessidade de cobrir a totalidade do território nacional o que implica quer a instalação e/ou acesso a torres quer o investimento na instalação ou acesso a rede que leve o sinal até às antenas instaladas nas referidas torres.

Com efeito, a MEO dispõe já de um conjunto de torres e de uma rede alargada, que beneficia das economias de escala e de âmbito – ou seja, a rede não foi construída de raiz com o propósito único de disponibilizar acesso a uma rede de difusão –, em que uma parte relevante da rede é utilizada conjuntamente por diversos serviços.

Adicionalmente, parte dos investimentos, principalmente aqueles incorridos na instalação das torres e outros equipamentos (e.g. *shelters*), foram utilizados na

⁶⁷ Para além do facto de que, ainda que o fossem, não poderiam relevar num mercado com as características da TDT.

rede analógica e estão amortizados, pelo que um eventual novo entrante, caso não tenha acesso a determinadas torres (e.g., por razões de falta de capacidade na própria torre), iria confrontar-se com fortes barreiras à entrada decorrentes desses avultados investimentos.

Acresce que a instalação de novas torres nem sempre é possível, podendo determinadas torres não ser facilmente duplicáveis. Caso o fossem, poderia resultar na necessidade dos utilizadores finais terem, uma vez mais, de reorientar as antenas, o que poderia resultar em custos adicionais e, uma vez mais, em barreiras acrescidas à entrada neste mercado.

Por fim, caso os pressupostos atrás referido se confirmem e dependendo do número de operadores interessados e licenciados para a difusão *free to air* (atualmente limitado) e do modelo que viesse a ser definido, um eventual novo entrante para operar um MUX adicional poderia ter uma utilização ineficiente da capacidade disponível, o que resultaria em custos unitários (por canal ou por Mbps) elevados e poderia resultar num interesse reduzido por parte dos operadores de televisão.

- (b) A dinâmica que se prevê no mercado grossista da TDT é praticamente inexistente (e este aspecto está naturalmente relacionado com o anterior) indiciando que o mesmo não irá evoluir para uma situação de concorrência efetiva num horizonte temporal pertinente, designadamente o das análises de mercado.

Apesar de alguns utilizadores da TDT poderem migrar desta plataforma para plataformas pagas não é suficiente para considerar que existem fortes estrangimentos de empresas não concorrentes no mercado em causa. Como se viu, não existe substituíbilidade entre o serviço retalhista de televisão gratuita (TDT) e o serviço retalhista de televisão por subscrição e que, por conseguinte, estes serviços integram mercados relevantes distintos. Essa conclusão não foi contrariada pela MEO. Assim, o argumento da MEO de que, a Comissão Europeia, para fundamentar a não satisfação do segundo critério, invocou o aumento da concorrência entre plataformas concorrentes que já se verificava em muitos países, podendo ser válido no contexto de um eventual serviço de TDT paga, não o é no contexto da TDT gratuita para os utilizadores finais.

Aliás, como defendido pela AdC, uma oferta de TDT mais completa que se aproxime das ofertas de televisão por subscrição, em termos do número de

canais e funcionalidades – o que não acontece –, é que poderia contribuir para um aumento da pressão concorrencial no mercado de televisão por subscrição e para uma atenuação das fragilidades concorrenciais identificadas nesse mercado, mas uma decisão nesse sentido depende de múltiplos fatores que extravasam mesmo o setor das comunicações eletrónicas⁶⁸.

Ou seja, a difusão de programas televisivos de acesso não condicionado livre, excetuando a rede de TDT, não é assegurada nas várias outras redes e plataformas, de forma gratuita para o utilizador, não sendo nesse aspeto garantida a universalidade do serviço.

- (c) Não foram apresentados argumentos que levem a uma reavaliação pela ANACOM das conclusões relativamente à insuficiência do direito da concorrência para ultrapassar as limitações concorrenciais existentes no fornecimento de serviços grossistas de TDT, atendendo aos obstáculos à entrada e à expectável ausência de desenvolvimento da concorrência no mercado.

A própria AdC considera adequada a necessidade de regulação ex-ante e, como e detalhado na secção relativamente à imposição de obrigações, propõe que se equacione a aplicação de obrigações adicionais.

Em todo o caso, relativamente à escassez de espectro (indicada no SPD sobre o mercado da TDT como um dos obstáculos à entrada), é necessário clarificar, em concordância com a MEO, que⁶⁹ “*em virtude do switch-off há disponibilidade de espectro para o alargamento da oferta televisiva suportada noutros multiplexers, assim existam interessados*” e que⁷⁰ “*a libertação do espectro associado ao switch-off da televisão analógica, (...) possibilitou (...), a utilização das redes planeadas para Portugal (...), pelo que se encontram disponíveis para utilização várias redes deste tipo (MFN)*”. No entanto, ao contrário da disponibilização de espectro no curto/médio prazo, é previsível que no longo prazo, o espectro atribuído à radiodifusão venha a ser cada vez menor, face à pressão que o serviço móvel tem vindo a efetuar sobre a faixa de UHF atribuída à radiodifusão.

⁶⁸ Vide resultados da consulta sobre o futuro da TDT disponível em: <http://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=1207212#.VkMo3uknwcM>.

⁶⁹ Tal como referido pela ANACOM na consulta pública sobre o futuro da TDT efetuada em conjunto com a ERC, em abril de 2014.

⁷⁰ Tal como referido na decisão da ANACOM de 16.05.2013 sobre a evolução da rede TDT.

Tal aspecto será clarificado na decisão final bem como o reforço da argumentação sobre o teste dos três critérios, em linha com o atrás referido.

3.2. Avaliação de PMS no mercado grossista de televisão digital terrestre gratuita para os utilizadores finais

A **AdC** concorda⁷¹ com a conclusão da ANACOM de que a MEO detém uma posição dominante no mercado grossista de TDT gratuito para os utilizadores finais, traduzida na existência de PMS naquele mercado.

A **RTP** considera que, tal como acontecia na TAT, na TDT a MEO é o único operador com uma rede com cobertura nacional, atuando em regime de monopólio, pelo que o PMS da MEO não cessou, persistindo após o *switch-off* da rede analógica e condicionando as relações entre a MEO e os operadores de televisão, pelo que a decisão final deveria referir a persistência de PMS, refletindo a ausência de concorrência no mercado desde a introdução da TDT. Ainda segundo a RTP, os efeitos negativos da ausência de concorrência no mercado não são apenas potenciais, uma vez que a MEO pratica atualmente preços superiores aos que se obrigou no concurso público relativo ao MUX A, fazendo recair sobre os operadores de televisão encargos decorrentes da não exploração dos MUX (B a F) e da não ocupação total do MUX A.

A **SIC** e a **TVI** também concordam com a conclusão sobre a existência de PMS no mercado grossista da TDT por parte da MEO.

A avaliação de PMS desconsiderou, segundo a **MEO**, a realidade do serviço de TDT ao não atender à criação de um monopólio por decisão administrativa e motivos de interesse público, e é desadequada porque a quota de mercado da MEO seria sempre “*elevada*”, ao resultar de um concurso que admitia um único vencedor. Acresce que o mercado grossista de TDT nem sequer foi identificado pela Comissão Europeia⁷² como suscetível de regulação *ex-ante*, a qual defende uma redução

⁷¹ A AdC invocou as seguintes razões para concordar com a ANACOM: (i) a MEO detém uma quota de 100% no mercado grossista de TDT gratuito para os utilizadores finais; (ii) é previsível que, no curto e médio prazo, a MEO continue a ser o único fornecedor do serviço grossista em consideração; (iii) os operadores de televisão detêm um contrapoder negocial significativamente reduzido; e (iv) a MEO detém uma posição significativa no mercado de televisão por subscrição, o que é passível de redundar em potenciais incentivos a adoção de práticas abusivas de desvio de clientes para o mercado da televisão por subscrição.

⁷² Na Recomendação sobre os mercados relevantes suscetíveis de regulação *ex-ante*.

progressiva da regulação *ex-ante* à medida que se desenvolve a concorrência nos mercados e, que passem a ser regidos apenas pelo direito da concorrência.

Segundo a MEO, e tal como a Comissão Europeia sugere, as ARN devem efetuar uma análise exaustiva e global das características económicas do mercado antes de chegarem a uma conclusão quanto à existência de PMS⁷³, sendo o objetivo determinar se uma empresa se comporta com independência face aos seus parceiros comerciais, estando a independência relacionada com a pressão competitiva a que a empresa está sujeita, pressupondo a posição dominante que aquela pressão não seja eficaz e que a empresa goze de um poder de mercado considerável e duradouro, sendo as suas decisões insensíveis às ações e reações dos concorrentes, dos clientes e mesmo dos consumidores. Neste contexto, a MEO considera que não age de forma independente, porque o preço praticado resultou de um concurso público que limitou a sua definição fora das condições inicialmente definidas (e que possibilitou a qualquer outro interessado oferecer preços “mais competitivos” do que os da MEO).

Assim, a MEO questiona como é que pode ser detentora de PMS quando:

- (a) o seu comportamento está limitado pelos termos e condições do concurso público relativo ao MUX A, não podendo ir além do que ficou definido na sua proposta apresentada a concurso;
- (b) o contrapoder negocial dos operadores de televisão existiu⁷⁴ na celebração dos Memorandos de Entendimento e na negociação dos contratos finais, tendo o preço final dos contratos diminuído em função da não utilização da capacidade HD;
- (c) os operadores de televisão estão presentes no mercado de canais para distribuição televisiva paga, na qualidade de fornecedores, tendo a faculdade de exercer contrapoder, o que não é conciliável com a conclusão de que a MEO dispõe de PMS e, como tal, que se comporta de forma independente dos parceiros, aumentando o preço.

⁷³ Tal como destacado pela Comissão, este “(...) não é um processo mecânico nem abstrato, exigindo uma análise de todos os dados disponíveis”.

⁷⁴ Segundo a MEO, seria incoerente dizer que não há contrapoder negocial quando a MEO está obrigada a reservar capacidade para os canais dos operadores de televisão que têm o direito de ser transportados na plataforma, arcando a MEO com todos os custos de não utilização da capacidade disponível no MUX A, sem os repassar para os operadores de televisão.

Assim, segundo a MEO, todos os aspetos suprarreferidos foram desconsiderados pela ANACOM, que apenas destacou a quota de mercado da MEO, num raciocínio viciado à partida, porque o cenário do concurso público relativo ao MUX A foi o de criação de um monopólio, pelo que o SPD sobre a análise do mercado da TDT desconsidera a realidade e a posição da MEO à luz do referido concurso, não detendo qualquer PMS e tendo a sua liberdade limitada ao nível dos preços, pelos termos do concurso, pelos termos do DUF ICP-ANACOM n.º 6/2008 e pelo contrapoder negocial dos operadores de televisão.

Entendimento da ANACOM

Regista-se que todos os operadores de televisão concordam com o previsto no SPD sobre o mercado da TDT segundo o qual a MEO é detentora de PMS no mercado grossista da TDT e que essa situação se manterá a curto e médio prazo.

A MEO apesar de reconhecer que detém um monopólio no mercado grossista da TDT (ao referir que o mesmo foi criado na sequência do concurso público relativo ao MUX A), defende que não tem PMS, essencialmente por os operadores de televisão terem, no seu entender, contrapoder negocial, por considerar que não age de forma independente dos clientes e por entender que o seu comportamento está limitado pelos termos e condições do concurso público relativo ao MUX A.

Apesar de, tal como referido pela MEO, a Comissão Europeia prever que a existência de PMS não pode ser determinada apenas através da existência de elevadas quotas de mercado, devendo ser usados outros critérios adicionais, a ANACOM, além de se ter pronunciado sobre esses critérios adicionais, nomeadamente sobre barreiras à entrada e à expansão (incluindo controlo da infraestrutura difícil de duplicar, economias de escala e de gama e integração vertical), concorrência potencial e contrapoder negocial, entende que no caso presente da TDT a situação de monopólio da MEO no fornecimento de serviços de difusão através daquela rede é absolutamente clara, não sendo suficientes os termos e condições do concurso público relativo ao MUX A (tal como atestam os reiterados pedidos de intervenção apresentados pelos operadores de televisão relativas ao preço da TDT).

Em todo o caso, compreendendo-se os efeitos negativos, aludidos pela RTP, da ausência de concorrência no mercado da TDT, relativamente à matéria específica dos preços, remete-se para o relatório de audiência prévia sobre as conclusões da

investigação aprofundada aos custos e proveitos do serviço de TDT prestado pela MEO.

Também se remete para o referido relatório o entendimento sobre a afirmação da MEO de que o preço final dos contratos diminuiu em função da não utilização da capacidade que se encontrava reservada para o Canal HD partilhado.

3.3. Imposição de obrigações no mercado grossista de teledifusão digital terrestre gratuito para os utilizadores finais

A **AdC** entende que a necessidade, adequação e proporcionalidade das obrigações impostas a MEO no âmbito da presente análise de mercado foi demonstrada pela ANACOM. Sem prejuízo, a AdC considera que se deverá ponderar, sempre que possível, por via da imposição de obrigações grossistas e dentro das possibilidades de intervenção da ANACOM, o objetivo de introduzir melhorias no serviço retalhista de televisão gratuita suportado na TDT, que garanta um verdadeiro sucesso dessa plataforma.

A **SIC** concorda genericamente com o teor das obrigações que a ANACOM propõe impor⁷⁵, e não tem dúvidas quanto à necessidade e adequação da sua imposição ao prestador do serviço de TDT, sendo, a seu ver, a obrigação de controlo de preços, indispensável e inadiável no tempo⁷⁶.

A **TVI** concorda que *“as obrigações atualmente aplicáveis à MEO, nomeadamente aquelas decorrentes do concurso relativo ao MUX A, não garantem um grau de proteção da concorrência no serviço de teledifusão tão elevado quanto aquele que pode existir através das obrigações regulamentares ex ante que podem ser impostas na presente análise de mercados”*⁷⁷ e que *“é objetivamente justificável impor uma obrigação de não discriminação no mercado em análise [mercado grossista de teledifusão para entrega de conteúdos a utilizadores finais], de forma a impedir que*

⁷⁵ Sintetizadas no quadro 2 (página 53) do SPD sobre a análise do mercado da TDT.

⁷⁶ No entanto, a SIC considera que a apreciação da ANACOM neste aspeto é influenciada pelas conclusões a que chegou no âmbito da investigação aprofundada, pelo que reitera as objeções a esse exercício explanadas na outra pronúncia da SIC e repete a necessidade de o SPD correspondente ser devidamente complementado e retificado.

⁷⁷ Parágrafo 5.19 do SPD.

a MEO possa, em circunstâncias equivalentes, discriminar entre operadores de televisão⁷⁸.

Segundo a MEO a imposição de obrigações é desprovida de sentido num mercado artificial e considera que, para além de não terem efeito útil⁷⁹ e não visarem endereçar um problema específico, as obrigações em causa não preenchem os critérios exigentes do artigo 55.º da LCE.

Entendimento da ANACOM

Ao contrário do referido pela MEO, a imposição pela ANACOM de obrigações no âmbito do mercado grossista da TDT, em especial a obrigação de controlo de preços consubstanciada na orientação dos preços para os custos, poderá ter um efeito útil já que permitirá uma atuação mais expedita por parte da ANACOM caso tal se justifique, e num contexto em que as questões relacionadas com o preço da TDT têm vindo a assumir uma importância acrescida.

A ANACOM entende que, tal como referido e fundamentado no SPD sobre a análise do mercado de TDT, todas as obrigações a impor à MEO no âmbito deste mercado são adequadas, proporcionais e justificadas à luz dos objetivos de regulação previstos no artigo 5.º da LCE⁸⁰, e são objetivamente justificáveis, não originando uma discriminação indevida relativamente a qualquer entidade (até porque a MEO é o único prestador de serviços de TDT) e totalmente transparentes em relação aos fins a que cada uma (obrigação) se destina.

3.3.1. Acesso e utilização de recursos de rede específicos

A AdC apresenta reservas em relação à não imposição de obrigações de acesso e utilização de recursos de rede específicos, nomeadamente a não imposição:

- (a) da obrigação de negociar o acesso a postes, outras instalações e locais para instalação e manutenção de sistemas, equipamentos e demais recursos, e

⁷⁸ Parágrafo 5.26 do SPD

⁷⁹ A MEO considera que o único efeito útil (potencial) do SPD seria a imposição da obrigação de controlo de preços, na medida em que a ANACOM reconhece que não está (havendo, segundo a MEO, muitas razões para tal) prevista uma obrigação de orientação dos preços para os custos nos instrumentos do concurso público relativo ao MUX A ou no DUF ICP-ANACOM n.º 6/2008.

⁸⁰ Promover a concorrência na oferta de redes e serviços de comunicações eletrónicas, de recursos e serviços conexos, contribuir para o desenvolvimento do mercado interno da União Europeia e defender os interesses dos cidadãos, nos termos da LCE.

- (b) da obrigação de dar acesso ao serviço grossista de TDT aos canais televisivos que venham a preencher todas as condições para serem difundidos nessa plataforma.

Segundo a AdC, a obrigação de acesso e utilização de recursos de rede específicos foi imposta⁸¹ com vista a promover a concorrência, a médio prazo, na prestação de serviços de difusão terrestre em geral e não apenas na prestação de serviços grossistas de TAT. Nesse sentido, tendo a consulta pública sobre o futuro da TDT identificado a possibilidade de vir a ser licenciado um novo MUX no âmbito da TDT, a AdC questiona a referência à caducidade das obrigações de negociar o acesso a postes, outras instalações e locais para instalação e manutenção de sistemas, equipamentos e demais recursos, considerando que a imposição de uma obrigação de negociação de acesso similar no âmbito do mercado grossista em análise poderá ser adequada, devendo tal possibilidade e necessidade ser ponderada pela ANACOM no âmbito da análise de mercado em consideração.

A AdC considera ainda⁸² que o atual detentor das frequências do MUX A poderá encontrar-se numa situação mais favorável do que outros potenciais concorrentes à implementação de um novo MUX, pelo que deverão ponderar-se opções regulatórias ou legislativas que possam minimizar as barreiras à entrada de operadores alternativos na prestação de serviços de TDT, podendo ser necessário assegurar o acesso adequado às redes e infraestruturas de TDT, possibilitando aos operadores interessados em participar num eventual procedimento concorrencial associado à implementação de um novo MUX, um conhecimento prévio e suficiente das condições em que podem vir a aceder a essas infraestruturas.

Neste contexto, a AdC considera também que seria de ponderar a imposição à MEO de uma obrigação de dar acesso aos operadores que preencham condições para serem difundidos na TDT (e não apenas aos canais televisivos definidos no DUF ICP-ANACOM n.º 6/2008 atribuído à MEO), sendo que apesar de a MEO poder ter incentivos em permitir o acesso de operadores de televisão ao MUX A, a detenção por parte da MEO de uma "*posição muito significativa no mercado da televisão por subscrição*" pode dar azo a práticas abusivas de deterioração da oferta de TDT, desviando clientes para a televisão por subscrição, ao dificultar ou bloquear o acesso

⁸¹ No âmbito da análise de mercado realizada em 2007 ao mercado do fornecimento grossista de serviços de difusão televisiva através de redes analógicas terrestres.

⁸² Conforme mencionado pela AdC no âmbito da consulta pública sobre o futuro da TDT.

de novos programas televisivos à TDT, por forma a não aumentar a potencial pressão concorrencial exercida pela TDT sobre as ofertas de televisão por subscrição.

Segundo a **RTP**, a ANACOM considera no SPD sobre a análise do mercado da TDT que as obrigações de acesso constantes do DUF ICP-ANACOM n.º 6/2008 são suficientes para assegurar o acesso por parte dos operadores televisivos interessados ao serviço de difusão na rede de TDT; contudo, também reconhece que “*não decorre do concurso de atribuição das frequências para utilização no âmbito da teledifusão digital terrestre que a MEO tenha que dar acesso ao serviço de teledifusão grossista a outros operadores televisivos que possam eventualmente vir a surgir no mercado*”. A RTP entende que a MEO tem interesses comerciais no desenvolvimento da distribuição através das redes de fibra e de DTH⁸³, em detrimento da TDT, podendo desinteressar-se e até desvalorizar intencionalmente a oferta do serviço de televisão gratuita, por forma a propiciar o crescimento do serviço de televisão por subscrição, sendo uma das formas de desvalorização do serviço de TDT o de manter a oferta de serviços de programas no nível mais reduzido possível, não dando seguimento manifestações de interesse por parte de operadores de televisão.

Neste contexto, a RTP considera que seria de ponderar a imposição de uma obrigação adicional de a MEO dar seguimento a quaisquer propostas que lhe sejam dirigidas por entidades devidamente habilitadas a distribuir serviços de programas na rede TDT (desde que dentro do limite de capacidade ainda disponível), sendo que a imposição de tal obrigação viabilizaria o enriquecimento da oferta TDT, impedindo que a MEO pudesse obstaculizar qualquer iniciativa dos operadores habilitados para o efeito.

A **MEO** assinalou uma leitura incorreta da ANACOM relativamente à obrigação de acesso e utilização de recursos de rede específicos, prevista no artigo 72.º da LCE, uma vez que, quando essa disposição refere, entre os critérios de avaliação da proporcionalidade da imposição daquela obrigação, “*a viabilidade técnica e económica da utilização ou instalação de recursos concorrentes*”, menciona a MEO que não se trata da viabilidade do recurso candidato a regulação, como a ANACOM indica, mas antes da viabilidade de eventuais recursos alternativos.

⁸³ *Direct To Home.*

Entendimento da ANACOM

Em relação à obrigação de dar acesso aos operadores que preencham condições para serem difundidos na TDT (e não apenas aos canais televisivos definidos no DUF ICP-ANACOM n.º 6/2008 atribuído à MEO), sugerida pela AdC e pela RTP, a ANACOM entende que esta não é a sede adequada para a sua imposição, cabendo no entanto distinguir dois tipos de situações:

- (a) Potencial interesse dos atuais operadores de televisão licenciados e concessionados em transmitirem outros canais, quer em HD, quer em SD, na plataforma FTA (remete-se para o entendimento constante da consulta sobre o futuro da TDT em que, em síntese, a ERC referiu *“a necessidade de alargamento da oferta da televisão gratuita no Mux A bem como a concessão de outros Mux’s que o espectro disponível comporte, como elemento fundamental do desenvolvimento e competitividade da TDT”* e a ANACOM referiu que *“inexistindo no momento atual capacidade no Mux A para transmitir os 3 serviços de programas em HD, importaria equacionar, sem prejuízo de uma reflexão de âmbito geral relativa à utilização de espectro para o serviço de radiodifusão televisiva digital terrestre, a adoção de uma decisão quanto ao espectro a reservar e disponibilizar para um novo Multiplexer de TDT”*);
- (b) Outros potenciais interessados no exercício da atividade de televisão que consista na emissão de serviços de programas FTA: trata-se de matéria que extrapola as competências da ANACOM, como a AdC saberá, já que de acordo com a Lei da Televisão a entrada de novos operadores (ou melhor dizendo, o licenciamento de serviços de programas de acesso não condicionado livre) estaria sujeita a concurso público aberto pelo membro do Governo responsável pela área da comunicação social.

Neste contexto, eventuais decisões sobre a possibilidade ou a obrigatoriedade de extensão do acesso a outros operadores de televisão, nomeadamente no quadro de regras de transporte obrigatório (*must-carry*), ou outras, extravasam o âmbito da presente análise do mercado de TDT. Dada a importância da TDT julga-se que o acesso à capacidade não ocupada poderá ser também visto numa ótica de pluralidade.

Assim, a existir futuramente esse(s) (novo) operador(es) televisivo(s) e canais, a sua inclusão (acesso) no MUX A não dependeria de decisão da ANACOM, podendo estar

dependente de uma análise mais abrangente, envolvendo, por exemplo, a ERC e o Governo.

O argumento (para imposição da obrigação *supra*) invocado pela AdC e pela RTP, da eventual deterioração da TDT pela MEO visando a migração dos utilizadores finais para a televisão por subscrição da MEO também não parece curial até porque, nesse mercado, existem outros operadores concorrentes da MEO (e.g. NOS, Vodafone, Cabovisão) que poderiam beneficiar dessa mudança.

Quanto à obrigação de a MEO conceder o acesso às suas infraestruturas aptas ao alojamento de redes de comunicações eletrónicas, esclarece-se que a mesma está prevista ao abrigo do Decreto-Lei n.º 123/2009, de 21 de maio (o qual não existia aquando do concurso público relativo ao MUX A), não se justificando a imposição específica daquela obrigação neste âmbito⁸⁴.

Sobre o comentário da MEO assinala-se que, entre os critérios de avaliação da proporcionalidade da imposição da obrigação de acesso e utilização de recursos de rede específicos, prevista no artigo 72.º da LCE, encontram-se a:

- (a) Viabilidade técnica e económica da utilização ou instalação de recursos concorrentes;
- (b) Viabilidade de oferta do acesso proposto face à capacidade disponível.

No parágrafo 5.22 do SPD⁸⁵ pretendia-se referir à viabilidade referida na alínea b) *supra*, **o que será clarificado na decisão final** (substituindo-se o texto “a viabilidade técnica e económica da imposição desta obrigação encontra-se demonstrada” pelo seguinte “a viabilidade de oferta do acesso proposto face à capacidade disponível encontra-se demonstrada”). A viabilidade técnica e económica da utilização ou instalação de recursos concorrentes foi analisada nos parágrafos 3.16 a 3.19 do SPD.

⁸⁴ Sem prejuízo releva-se que no âmbito do SIC as torres foram consideradas pela ANACOM como um objeto cadastral opcional, portanto de levantamento não obrigatório (neste caso pela MEO).

⁸⁵ “A este respeito, considerando que o acesso ao serviço de teledifusão digital terrestre já existe e se manterá por via do disposto no DUF ICP-ANACOM n.º 6/2008, a viabilidade técnica e económica da imposição desta obrigação encontra-se demonstrada. A própria génese do mercado é a evidência da viabilidade da existência de acesso ao serviço: o modelo de negócios e o próprio planeamento e definição do investimento e estrutura do mercado foi já pensado desde o início com o acesso ao serviço de teledifusão como um elemento constituinte do mercado”.

3.3.2. Não discriminação

A TVI manifesta a sua estranheza com a exclusão do Canal Parlamento da obrigação de não discriminação, considerando que aquele canal, financiado exclusivamente por dinheiros públicos, não pode beneficiar de um tratamento discriminatório relativamente à TVI no que concerne ao preço do serviço de TDT prestado pela MEO.

Segundo a MEO, a obrigação de não discriminação prevista no SPD sobre a análise do mercado da TDT determina-lhe a obrigação de não discriminar indevidamente os operadores de televisão na oferta do serviço grossista de TDT, pelo que considera que tal obrigação já seria aplicável de acordo com o regime jurídico da concorrência, sendo que a “nova” obrigação supostamente introduzida pelo referido SPD nada acrescenta.

Entendimento da ANACOM

A posição da ANACOM em relação ao Canal Parlamento já foi transmitida⁸⁶ – vide, designadamente, a decisão relativa ao “Preço praticado pela PT Comunicações (PTC) para codificação, multiplexagem, transporte e difusão por rede de televisão digital terrestre (TDT) de canais televisivos de acesso não condicionado livre (MUX A)”, aprovada, por deliberação de 2 de maio de 2014, incluindo o disposto no respetivo relatório de consulta pública e audiência prévia.

Sem prejuízo para o que já foi dito acresce que o custo da capacidade associada à transmissão do Canal Parlamento deve ser, nos termos do SPD sobre os custos da TDT, suportado pela MEO (e sendo remunerada pelo “Canal Parlamento” por essa utilização, podendo ou não a MEO incorrer em prejuízo decorrente desta utilização mas não sendo esse prejuízo imputado aos operadores de televisão, como resulta do SPD sobre custos da TDT), pelo que a TVI e os restantes operadores de televisão

⁸⁶ Ou seja, “O entendimento dos operadores de televisão de que o preço anual a pagar pela distribuição do Canal Parlamento (ou a pagar pelos vários canais de televisão ou pelos vários clientes do MUX A) terá de ser igual ao preço anual que é pago pelos atuais operadores de televisão pressupõe a assunção, por parte desses operadores, da existência de uma obrigação de não discriminação no que respeita ao preço a praticar pela transmissão digital terrestre.

Ora, como já referido, o Canal Parlamento não beneficia de uma obrigação de transporte no MUX A, pelo que à regulação deste preço não é aplicável o regime do artigo 43.º da LCE (específico para o must carry).

Por outro lado, face ao exposto e na ausência de elementos adicionais, à partida, julga-se que, na concretização de uma eventual obrigação de não discriminação contratual teria de ser ponderado se a especificidade do Canal Parlamento permitiria (ou não) um tratamento diferenciado em relação aos operadores de televisão.

Acresce ainda que a transmissão do Canal Parlamento difere da transmissão dos restantes canais no MUX A, quer em termos de capacidade utilizada, quer em termos de duração de emissão diária”.

não são, em nada, prejudicados pelo preço praticado comercialmente pela MEO em relação ao Canal Parlamento.

Discorda-se da posição da MEO quando refere que a imposição de uma obrigação de não discriminação “*nada acrescenta*” às obrigações genéricas a que já se encontra sujeita, assinalando-se a diferença temporal entre o cumprimento de uma obrigação *ex-ante* (imposta à partida decorrente de uma análise de mercado e identificação de existência de PMS nesse mercado) e o cumprimento de uma obrigação *ex-post* (imposta ao abrigo do direito da concorrência) e na sequência de processos morosos e complexos. Aliás, a própria AdC reconheceu a não suficiência da aplicação do direito da concorrência e sugeriu a imposição de obrigações adicionais, conforme já detalhado.

3.3.3. Transparência

Segundo a **MEO**, a obrigação de transparência prevista no SPD sobre a análise do mercado da TDT concretiza-se na necessidade de a MEO informar a ANACOM de todo e qualquer acordo, com influência no âmbito do mercado em análise, que estabelecer com os operadores de televisão, no prazo de 10 dias úteis após a sua celebração.

A MEO considera que embora a obrigação de transparência não decorra do concurso público relativo ao MUX A, a sua imposição não justifica, a criação de um novo mercado suscetível de regulação, fora dos previstos na Recomendação da Comissão Europeia sobre mercado relevantes, tratando-se de uma obrigação instrumental, uma vez que o DUF ICP-ANACOM n.º 6/2008 relativo ao MUX A já contém as especificações necessárias para assegurar a transparência relativamente às condições de prestação do serviço⁸⁷. Aliás, acrescenta a MEO, o artigo 16.º, n.º 4, do DUF ICP-ANACOM n.º 6/2008, já prevê que os preços renegociados com os operadores de televisão tenham de ser comunicados à ANACOM.

Acresce que, segundo a MEO, a ANACOM poderia sempre atingir o mesmo objetivo através da LCE, ao abrigo do artigo 108.º, respeitando assim o princípio da proporcionalidade previsto no artigo 55.º, ao invés de o violar.

⁸⁷ Conforme página 48 do SPD sobre a análise do mercado da TDT.

Entendimento da ANACOM

Não é a imposição de obrigações que motiva a realização de uma análise de mercado, mas pelo contrário, é da identificação e definição de um mercado relevante e da avaliação da existência de PMS nesse mercado, bem como da identificação de problemas concorrenciais (falhas de mercado), que resulta a imposição de obrigações à entidade detentora de PMS, que neste caso específico é a MEO.

Por outro lado, precisamente por se entender que o DUF ICP-ANACOM n.º 6/2008 atribuído à MEO já contém as especificações necessárias para assegurar a transparência adequada relativamente às condições básicas de prestação do serviço de TDT (*vide* parágrafo 5.37 do SPD sobre a análise do mercado da TDT), a ANACOM entendeu não haver a necessidade de obrigar a MEO a publicar uma oferta de referência relativa aos serviços grossistas de TDT.

Não obstante, submeter a MEO à obrigação prevista no artigo 108.º da LCE (tal como defendido por aquele operador), não consubstancia em si mesma uma obrigação de transparência⁸⁸ nem seria suficiente porque a operacionalização dessa obrigação seria sempre efetuada a pedido pela ANACOM à entidade em causa, ao passo que a obrigação de transparência que é operacionalizável através do artigo 68.º é de efeitos mais imediatos (i.e sem ser a pedido da ANACOM). Acresce que, caso a iniciativa do pedido esteja na ANACOM, não se vê como é que se poderá solicitar que a MEO informe a ANACOM de todo e qualquer acordo, com influência no âmbito do mercado em análise, que estabelecer com os operadores de televisão, no prazo de 10 dias úteis após a sua celebração.

A ANACOM não está a violar o artigo 55.º da LCE porque na fundamentação da aplicação da obrigação específica (que é a obrigação de transparência), no SPD sobre a análise do mercado da TDT foi demonstrado que a mesma:

- (a) É adequada ao problema identificado, proporcional e justificada à luz dos objectivos básicos consagrados no artigo 5.º do presente diploma, uma vez que visa garantir o cumprimento pela MEO da obrigação de não discriminação:

⁸⁸ O que o artigo 108.º da LCE legitima é que a ANACOM formule pedidos fundamentados e proporcionais de informação às entidades sujeitas às obrigações da LCE, ao mesmo tempo que impõe às visadas a obrigação de prestar tais informações. O recorte da obrigação de informação que se pretende impor, não é assim integrável (nem substituído) nos pedidos de informação previstos no artigo 108.º, disposição nos termos da qual a iniciativa para o pedido de informação cabe à ANACOM.

- (b) É objectivamente justificável em relação às redes, serviços ou infraestruturas a que se refere, neste caso em relação à rede de TDT;
- (c) Não origina uma discriminação indevida relativamente a qualquer entidade, uma vez que não existe qualquer outra entidade que preste o serviço de TDT em concorrência com a MEO e não discrimina entre os operadores de televisão;
- (d) É transparente em relação aos fins a que se destina, uma vez que o SPD sobre a análise do mercado da TDT é claro ao referir que consiste em informar a ANACOM de todo e qualquer acordo com influência no âmbito do mercado em análise que estabelecer com os operadores televisivos, no prazo de 10 dias úteis após a sua celebração.

Além disso, não impõe um ónus excessivo à MEO.

3.3.4. Controlo de preços e contabilização de custos

A **AdC** concorda que a imposição do cumprimento do princípio da orientação dos preços para os custos é adequada, atendendo às características do mercado em causa e que⁸⁹, na ausência dessa obrigação, a MEO poderia vir a ter incentivos e condições para praticar preços excessivos.

Segundo a **RTP**, a MEO deveria praticar um preço não superior a 885,1 mil euros por Mbps, tal como se obrigou na proposta apresentada a concurso e ficou a constar como condição no título (DUF ICP-ANACOM n.º 6/2008) que lhe foi atribuído, sendo que aquele valor foi já largamente ultrapassado (cifrando-se em 1.282 mil euros por Mbps) sem que exista qualquer circunstância justificativa. Assim, para a RTP, a MEO pretende atrofiar o desenvolvimento da TDT para favorecer a comercialização dos serviços por subscrição e que sejam terceiros a suportar os encargos que resultam de tal opção comercial, o que é inaceitável.

A **TVI** considera que se justifica a imposição à MEO de uma obrigação de orientação dos preços para os custos⁹⁰ e concorda, tal como referido no SPD sobre a análise do mercado da TDT, com a necessidade de se avaliar anualmente o preço praticado pela MEO, uma vez que os custos do serviço de TDT variam de ano para ano, em resultado de alterações no imobilizado e na amortização de investimentos.

⁸⁹ Tal como consta do SPD sobre custos da TDT.

⁹⁰ Invocando os parágrafos 5.49 e 5.52 do SPD sobre a análise do mercado da TDT.

A **MEO** considera que a obrigação de controlo de preços não pode ser imposta, atendendo ao disposto no artigo 19.º, n.º 4, do Regulamento do Concurso relativo ao MUX A e no DUF ICP-ANACOM n.º 6/2008. Adicionalmente, segundo a MEO, a regulação dos preços terá como beneficiários os operadores de televisão, mas os mecanismos de regulação não existem para tutelar direitos dos agentes económicos, em especial quando não se verificam problemas que reclamem uma atuação a este nível. Ainda segundo a MEO, a ANACOM considera sem razão que, se forem transportados mais dois canais no MUX A, poderá haver espaço para uma redução dos preços atualmente praticados. No entanto, segundo a MEO, para além desse cenário ser inverosímil, o custo por canal seria nesse caso ligeiramente inferior ao preço atualmente praticado, o que não constitui fundamento para a imposição da obrigação de orientação dos preços para os custos, atentos os princípios regulatórios da adequação e proporcionalidade.

Entendimento da ANACOM

Sobre o comentário da RTP de que a MEO deveria praticar um preço não superior a 885,1 mil euros por Mbps, tal como se obrigou na proposta apresentada a concurso e ficou a constar como condição no título (DUF ICP-ANACOM n.º 6/2008) que lhe foi atribuído, refira-se que, conforme Parecer dos Professores Doutores Paz Ferreira e Miguel Ferro, emitido a 10 de março de 2015 após consulta da ANACOM, “*Ao intervir nos preços dos serviços de TDT ao abrigo do artigo 43.º, n.º 3 da LCE, ou na sequência de um processo de análise de mercado, o ICP-ANACOM deixa de estar vinculado aos parâmetros de custos e preços definidos no DUF n.º 6/2008 ou, por remissão, na proposta da PTC apresentada ao respetivo concurso público, passando a pautar a sua atuação pelas normas e princípios definidos na lei para o tipo concreto de intervenção, para a sua atuação no âmbito da LCE e para a atuação das autoridades administrativas em geral*”.

Ou seja, tendo sido solicitada pelos operadores de televisão a intervenção da ANACOM e a aplicação do princípio da orientação dos preços para os custos, esta intervenção deverá ter em conta a situação atual e os custos efetivamente incorridos pela MEO, e não a situação que constava da proposta da MEO apresentada ao concurso público relativo ao MUX A.

Em relação ao comentário da MEO, remete-se para o disposto nos parágrafos 1.18 a 1.20 do SPD:

“Sendo inquestionável, face ao enquadramento vindo de expor, a competência da ANACOM em matéria de definição e análise de mercados, bem como de imposição de obrigações regulamentares, esta Autoridade pode exercê-la durante o período de validade do DUF ICP-ANACOM n.º 6/2008 e vir, conseqüentemente a impor à MEO obrigações adicionais face às que decorrem do título identificado e do respetivo concurso público.

Com efeito e conforme consta da cláusula 2.ª do título em referência atribuído à MEO, este rege-se pelas disposições constantes da LCE e do Regulamento do Concurso (Regulamento n.º 95-A/2008, de 25 de fevereiro). Corolário desta conclusão é, designadamente, o disposto no artigo 19.º, n.º 3 do referido Regulamento que expressamente dispõe que a obrigação de transmissão dos serviços de programas televisivos beneficiários de must carry, imposta ao titular do DUF, não prejudica outras obrigações de acesso decorrentes da aplicação do regime da Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro.

Do exposto decorre que os instrumentos do concurso não afastaram, nem podiam afastar, o enquadramento legal aplicável e neste contexto cabe à ANACOM aferir, dentro da sua margem de discricionariedade, a adequação e oportunidade de dar início ao procedimento de análise de mercados no momento e contexto mais adequados”.

Tendo havido pedidos de intervenção dos operadores de televisão junto da ANACOM, nomeadamente quanto ao preço praticado pela MEO no serviço de TDT, e havendo capacidade não ocupada no MUX A, a intervenção da ANACOM é necessária.

3.3.5. Separação de contas e reporte financeiro

Para a TVI, o SPD reconhece⁹¹ que a atual inexistência da obrigação de separação de contas no universo da MEO, simultaneamente prestador do serviço de TDT e operador do serviço de televisão por subscrição, é suscetível de dificultar “*de forma significativa a identificação de situações de subsidiação cruzada*”, pelo que parte da receita do serviço de TDT pode ter sido utilizada para subsidiação cruzada de outras operações da MEO, designadamente, a sua operação de televisão por subscrição

⁹¹ No seu parágrafo 5.57.

que⁹² registou um crescimento impressionante nos últimos anos. Assim, a TVI⁹³ concorda que “a demonstração de resultados do produto relativo à teledifusão digital terrestre deve ser integrada, como produto regulado e autonomizado, no sistema de contabilidade analítica (SCA) da MEO”⁹⁴.

A **MEO** nota que o seu sistema de custeio já permite a demonstração de resultados⁹⁵ do produto relativo à TDT, de forma autónoma, sendo que no SPD sobre custos da TDT, a ANACOM reconhece que os dados disponíveis estão devidamente fundamentados, tendo sido auditados, pelo que não vislumbra o efeito útil desta obrigação. Sobre a obrigação de reporte financeiro, a MEO remete para o que referiu relativamente à obrigação de separação de contas, concluindo também não ser necessária a realização da presente análise de mercado para impor essa obrigação.

Entendimento da ANACOM

O efeito útil da imposição à MEO das obrigações de separação de contas e de reporte financeiro no âmbito do mercado grossista da TDT prende-se com a disponibilização no SCA da MEO da informação de custeio específica do produto grossista TDT, sempre de forma autonomizada e automática.

4. Conclusão

Tendo em conta a análise realizada e o referido neste relatório, conclui-se que os comentários e propostas dos respondentes, não são de molde a alterar-se o vertido no SPD sobre a análise do mercado da TDT, sem prejuízo para a clarificação e densificação de determinados aspetos identificados ao longo do presente relatório, nomeadamente no que respeita à avaliação das barreiras à entrada, e para algumas correções e precisões editoriais e atualização de alguns dados sobre o mercado, sem qualquer impacto nas conclusões.

⁹² Segundo o relatório da ANACOM sobre o ‘Serviço de Televisão por Subscrição – 2.º trimestre de 2015.

⁹³ Reiterando a necessidade de a ANACOM proceder a uma investigação aprofundada sobre a eventual existência de situações de subsídio cruzada por parte da MEO.

⁹⁴ Vide parágrafo 5.58 do SPD sobre a análise do mercado da TDT.

⁹⁵ Que, segundo a MEO, são enviados regularmente à ANACOM.