

AUTORIDADE NACIONAL DE COMUNICAÇÕES**A/c: EXMO. SR. DR. JOÃO CADETE DE MATOS**

Presidente do Conselho de Administração

E-mail: [REDACTED]

Rua Ramalho Ortigão, n.º 51

1099-099 Lisboa

Assunto: Exercício do Direito à Audiência Prévia ao Sentido Provável de Decisão (versão pública) à Revogação do Direito de Utilização de Frequências Dense Air na faixa dos 3,6 GHz atribuído em momento anterior ao leilão 5G.

Nome: DENSE AIR PORTUGAL S.A. | **N.º da Entidade:** 20101292 | **Contribuinte:** 509 033 482

Lisboa, 15 de novembro de 2023

*Remetido por e-mail e por correio.**Exmo. Senhores,*

DENSE AIR PORTUGAL, S.A., vem, por este meio, proceder à entrega de Exercício do Direito à Audiência Prévia, o qual se requer que dê entrada.

Mais se remete envelope selado para envio da cópia para devolução.

Com os melhores cumprimentos,



dense air

AUTORIDADE NACIONAL DE COMUNICAÇÕES ('ANACOM')

Conselho de Administração

Tipo: Exercício do Direito à Audiência Prévia

Thema: Revogação do Direito de Utilização de Frequências Dense Air na faixa dos 3,6 GHz atribuído em momento anterior ao leilão 5G.

N.º da Entidade 20101292

Ex.mo Presidente do Conselho de Administração

SR. DR. JOÃO CADETE DE MATOS

DENSE AIR PORTUGAL, S.A., com o NIPC 509 033 482, sede em Praça Duque de Saldanha, n.º 1, 1050-094, Lisboa, e com o capital social de 50.000,00 € (adiante, a 'Empresa' ou 'Dense Air'), no seguimento da disponibilização pública intitulada '*Sentido Provável de Decisão (versão pública) à Revogação do Direito de Utilização de Frequências Dense Air na faixa dos 3,6 GHz atribuído em momento anterior ao leilão 5G*', com assinatura data de 3 de outubro de 2023, **Vem apresentar o seu:**

EXERCÍCIO DO DIREITO À AUDIÊNCIA

O que faz nos seguintes termos e fundamentos:

Em **primeiro** lugar,

1. O prazo dado para o exercício do direito de audição prévia teve o seu início no dia 4 de outubro de 2023 pela duração de 30 dias úteis (ponto III da página 25 do documento).
2. Nesses termos, tendo em consideração os feriados nacionais de 5 de outubro e de 1 de novembro, considera-se a presente audiência tempestiva sem necessidade de demais considerações.

www.denseair.net

Dense Air Portugal Unipessoal Lda: Edifício Atrium Saldanha, Praça Duque de Saldanha,
No 1 Piso 11D, 1050-094 Lisboa / Tel: +351 (0) 1 213520951 / Company Registration No. 509033482

Em **segundo** lugar,

3. A Dense Air lamenta que, face às circunstâncias com que se vê confrontada e que impedem a normal condução do seu negócio, não lhe reste outra alternativa que não a devolução das suas (históricas) frequências regionais.
4. Em 2019 a Dense Air devolveu frequências por forma a permitir a alteração do DUF que se tornou um marco no início da implementação do 5G em Portugal e representavam o acompanhamento da Empresa aos objetivos de inovação do Estado Português.
5. Talvez tenha sido esse mesmo enquadramento, que foi apoiado pela Dense Air, que fez com que a Empresa não tenha previsto o que viria a acontecer.
6. Facto é que as frequências históricas da Dense Air são alvo de um significativo encargo económico que não é suportado por nenhuma outra empresa em Portugal com Direito de Utilização de Frequências 5G; assim, os investimentos planeados para a implementação do 5G, através dessas frequências históricas, tornaram-se inalcançáveis.
7. Não só a Dense Air é a única empresa com um encargo económico que não contempla a redução de 80% (dada a todas as outras empresas) como esse encargo foi aplicado à Dense Air retroativamente à Portaria n.º 270-A/2020, de 23 de novembro que o criou o encargo económico na modalidade de uma taxa.
8. Essa Portaria, redigida de forma inconsistente, veio a criar uma estrutura de encargos económicos altamente discriminatória, sendo que também foi aplicada a momentos anteriores ao leilão do 5G, foi aplicada a momentos anteriores à sua própria elaboração e, de momento, a Empresa já só pressupõe que semelhante técnica legislativa não seja aplicada às novas frequências.



9. Apesar da experiência internacional da Dense Air, nunca se havia visto, nem na Europa, nem em nenhum outro Estado, um regulador a aplicar encargos económicos a uma única empresa, nem a realizar a aplicação retroativa de tributos, dois comportamentos que se tinham como impensáveis e ilegais em Portugal, mas que, ainda assim, ocorreram, apesar de todas as empresas no mercado deterem o mesmo tipo de licença, o mesmo tipo de espectro, tudo na mesma banda do espectro radioelétrico.
10. De facto, dado o enquadramento legal aplicado pela ANACOM a estas frequências, a Empresa questiona-se se os novos adquirentes do legado histórico da Dense Air em Portugal também não terão acesso à redução da Taxa de Utilização do Espectro Radioelétrico, uma vez que estas serão adquiridas fora do Leilão 5G, sendo que foi esse o fundamento dado pela ANACOM para realizar a aplicação retroativa dos encargos económicos.
11. Assumimos que tal argumento não será utilizado para a aquisição das frequências que vão agora ser devolvidas.
12. Na verdade, a Dense Air também recebeu compromissos de um tratamento proporcional e equitativo, quando devolveu parte das suas frequências históricas para que as mesmas pudessem ser devolvidas ao mercado português. Ademais, foi precisamente com base nesse pressuposto que a Dense Air procedeu à devolução das frequências em 2019.
13. Veja-se até que esse pressuposto da Dense Air (um tratamento proporcional e equitativo) consta inclusivamente do projeto de decisão em análise, devendo, efetivamente, citar-se tais afirmações:

«Após várias interações entre a ANACOM e a empresa, este processo culminou com a comunicação da DENSE AIR, de 18.10.2019, em que esta confirma a sua intenção de «(...) reduzir as frequências que lhe foram atribuídas na faixa dos 3.4-3.8 GHz, em apoio dos planos da ANACOM para reconfigurar a faixa, de forma a permitir a utilização eficiente dos serviços 5G em Portugal.» (cit., relevo nosso, página 5 do projeto de decisão).



«neste contexto estando à data em preparação o procedimento que se iria consubstanciar no Leilão para a atribuição de direitos de utilização de frequências nas faixas dos 700 MHz, 900 MHz, 1800 MHz, 2,1 GHz, 2,6 GHz e 3,6 GHz (Leilão 5G), o qual também iria envolver esta faixa, entendeu-se que a sua utilização deveria ser sujeita ao **cumprimento de obrigações em condições não discriminatórias**; assim, foi evidenciado que, **impondo-se um tratamento equitativo** entre os detentores de DUF nesta faixa, a ANACOM não poderia deixar de refletir essas condições, **de forma proporcional**, na utilização do espectro atribuído à DENSE AIR até 2025, promovendo a devida alteração do seu DUF (o que veio a acontecer com a decisão de 2020).

Igualmente se referiu que **essa equidade também se deveria refletir nas taxas** devidas pela utilização desse espectro (taxas aplicáveis a SCET), não obstante tratar-se de matéria da competência do Governo e que, como tal, dependeria do que este viesse a definir sobre a mesma» (cit., relevo nosso, página 7 do projeto de decisão).

E ainda:

«Desta forma, e conforme tinha ficado previsto na decisão de 23.12.2019, refletiu-se no direito de utilização detido pela DENSE AIR as condições aplicáveis ao espectro que detinha na faixa dos 3,6 GHz para a prestação de serviços de comunicações eletrónicas terrestres, o que foi feito, tendo sido fixadas **condições não discriminatórias e proporcionais**, tudo devidamente fundamentado na deliberação de 04.11.2020, que não foi impugnada pela DENSE AIR» (cit. relevo nosso, página 9 do projeto de decisão).

Em **terceiro** lugar,

14. A ANACOM alegou desde cedo estar vinculada à vontade do Governo por referência à emissão da Portaria n.º 270-A/2020, de 23 de novembro, distanciando-se da independência que lhe é garantida pelo artigo 5.º dos Estatutos da ANACOM).



15. A que acresce o artigo 8.º dos mesmos Estatutos, segundo o qual é missão da ANACOM promover a concorrência na oferta de redes e serviços bem com contribuir para o desenvolvimento do mercado interno das redes e serviços de comunicações eletrónicas.

16. Nesse sentido, recorde-se que, como bem afirma o Prof. Pedro Costa Gonçalves, a independência funcional da ANACOM *«estabelece expressamente que os membros do Governo não podem dirigir recomendações, nem emitir diretivas aos órgãos dirigentes das entidades reguladoras sobre a sua atividade reguladora ou sobre as prioridades a adotar na respetiva prossecução»* (cit.).¹

17. Isto significa que o Governo não pode, muito menos através de um mero regulamento, obrigar a ANACOM a violar finalidades que constituem a sua missão, nem obrigar a ANACOM a praticar atos lesivos do Princípio da Legalidade, muito mais quando a missão daquela entidade consta de Decreto-Lei e a sua subordinação à legalidade resulta da Constituição.

18. Entenda-se, o Governo não tem poder para obrigar a ANACOM a criar uma assimetria de mercado taxando a 100% uma única empresa num mercado concorrencial, mas foi o que sucedeu.

19. Especialmente se considerarmos a lacunosa técnica legislativa impressa na Portaria, que se encontra em confronto direto com o bloco de legalidade vigente, gerando, de forma expressa, uma clara discriminação e assimetria entre concorrentes.

¹ Pedro Costa Gonçalves (Coimbra, 2019), *Manual de Direito Administrativo – Vol. 1*, p. 821.

Em **quarto** lugar:

20. Nos termos da alínea f) do artigo 81.º da Constituição, é incumbência prioritária do Estado assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral.
21. Desta norma é possível retirar duas vertentes de atuação do Estado uma positiva e outra negativa.
22. A vertente positiva é a promoção de uma concorrência equilibrada, como tem sido a promovida pela ANACOM, pelo que essa função se encontra presente.
23. A vertente negativa prende-se com uma prestação de *non facere* em que o Estado se abstém de praticar condutas que desvirtuem essa mesma concorrência.
24. Ora, como acima já mencionado por algumas vezes, a ANACOM aplicou a uma única empresa uma taxa imputada a 100%, sendo que não emitiu essa liquidação a outras entidades e, quando finalmente emitiu, essas entidades tiveram direito a uma redução de 80% sobre o valor apurado pela liquidação, o que, na verdade, significa que a Dense Air paga 5 vezes mais custos administrativos para a manutenção das frequências que qualquer outra empresa.
25. Esses custos, ao nível a que foram aplicados, têm, claramente, o potencial para prejudicar seriamente a capacidade de investimento da empresa para a implementação de estruturas que iriam, efetivamente, permitir o uso das frequências históricas para efeitos da rede 5G – dado que não era essa a sua função original.



26. Nesse sentido, é também relevante recordar que a redução de 80% (da qual as frequências históricas da Dense Air não beneficiam) nos encargos económicos aplicáveis à detenção de frequências 5G tinha como objetivo, precisamente, permitir os custos de implementação que as empresas teriam de suportar.

27. Isto significa que, num mercado com concorrência, a ANACOM escolheu uma empresa para imputar custos percentualmente superiores a todas as outras, enquanto atribui a outras empresas a oportunidade económica para investir nas estruturas necessárias para o desenvolvimento das redes 5G.

Em quinto lugar:

28. A ANACOM nunca forneceu qualquer justificação para o tratamento dado à Dense Air, sempre clarificando que não poderia contrariar o Governo, pelo que tornou inoportável a manutenção das frequências 5G mais caras do país, apesar de terem um âmbito meramente regional e não nacional.

29. Esse tratamento discriminatório, desproporcional e ilegal fez com que a Dense Air tenha perdido, por completo, qualquer interesse em manter as suas históricas frequências regionais.

30. Tudo o que antecede levou a que a Empresa tenha recorrido aos meios judiciais, de forma a fazer valer as razões que lhe assistem, e a Dense Air está plenamente convicta que os Tribunais não deixarão de confirmar o bem fundado de tais razões.

31. No entanto, está a Dense Air consciente que os tempos da justiça não permitirão, realisticamente, que uma solução seja alcançada com a brevidade que as necessidades operacionais da Empresa exigem.



32. Na medida do exposto, a Empresa consideraria da mais elementar justiça que a ANACOM acolhesse o pedido que formulou quanto ao momento da produção dos efeitos da revogação do seu DUF respeitante às frequências em questão.

33. Mais uma vez, a ANACOM, refugiando-se em argumentos que, com o devido respeito, não colhem e que se limitam a dar continuidade àqueles que essa Autoridade tem invocado relativamente à situação em que a Empresa tem vindo a ser colocada, entendeu não aceitar a solicitação da Dense Air.

34. Face ao que antecede, a Dense Air, embora convicta da razão que lhe assiste, mas, simultaneamente, consciente na impossibilidade de poder continuar a fazer face à manutenção do atual estado de coisas – e pese embora entender que não será a solução mais justa e adequada à proteção dos legítimos interesses e direitos da empresa – tomou a decisão de aceitar a revogação do seu direito de utilização das mencionadas frequências, mais dando o seu acordo expresso a que a mesma produza efeitos à data da apresentação do respetivo pedido, satisfazendo assim a condição expressa no projeto de decisão sob pronúncia.

Nesses termos:

A Dense Air afirma o seu consentimento para a revogação parcial do DUF na parte referente às frequências regionais.

A Dense Air dá o seu acordo expresso a que a referida revogação produza efeitos à data em que solicitou a mesma perante essa Autoridade, satisfazendo assim a condição de que a ANACOM faz depender a sobredita revogação.



Pela DENSE AIR PORTUGAL S.A.:



Lisboa, 15 de novembro de 2023