Pronúncia da MEO sobre o

Sentido provável de decisão relativo ao preço praticado pela MEO associado à prestação do serviço de codificação, multiplexagem, transporte e difusão por rede de televisão digital terrestre (TDT) de canais televisivos de acesso não condicionado livre (MUX A) – versão não confidencial

A. Nota prévia

1. A MEO refere, em primeiro lugar que os presentes comentários e sugestões apresentados sobre este SPD, não prejudicam as posições adotadas por esta empresa no passado, nomeadamente no âmbito de processos administrativos e judiciais incidentes sobre a matéria que é objeto deste SPD.

2. Como tem sido exposto em diversos processos, a MEO não aceita e não se conforma com a posição que tem vindo a ser defendida pela ANACOM, e reafirmada no presente SPD, relativamente aos preços da TDT.

3. A este respeito destacamos a impugnação da deliberação do Conselho de Administração da ANACOM, de 22.11.2018, através da qual, e ao abrigo do artigo 4.º da Lei n.º 33/2016, de 24 de agosto, a ANACOM decidiu impor a redução, em 15,16%, do preço praticado pela MEO aos operadores de televisão pela prestação dos serviços relativos à TDT.

4. Como fundamento, a ANACOM considerou que a MEO, no concurso TDT, havia proposto a aplicação de um determinado preço por Mbps, ao qual ficou vinculada e que estaria, na prática, a cobrar um preço por canal (e não por Mbps) superior ao que resultaria da aplicação desse valor, e determinou nessa medida a redução do preço.

5. A MEO considera que a referida deliberação é ilegal, tendo, por essa razão, decidido impugná-la através do Processo n.º 377/19.4BELSB, que está a correr termos na Unidade Orgânica 4 do Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa. Posteriormente, por via da

ampliação do objeto do processo, a MEO impugnou também a deliberação de 17.09.2020.

6. Apesar de, à semelhança da decisão de 17.09.2020, no presente SPD a ANACOM não determinar uma redução adicional dos preços da TDT, a proposta apresentada padece dos mesmos vícios que foram assacados à deliberação de 22.11.2018, razão pela qual a MEO não pode deixar de reiterar e reforçar a posição já defendida no passado e plasmada na ação judicial em curso.

7. Caso o atual SPD seja convertido em decisão final, a MEO irá, naturalmente, continuar a recorrer aos mecanismos jurídicos que tem ao seu dispor com vista à defesa os seus legítimos direitos e interesses.

8. Para além das questões de fundo sintetizadas neste ponto e já expostas em detalhe, quer na pronúncia da MEO sobre o SPD que antecedeu a deliberação de 22.11.2018, quer na ação judicial em curso, a análise conduzida pela ANACOM no presente SPD suscita à MEO os comentários seguintes.

B. Comentários genéricos

9. Começamos por referir-nos ao ponto 2.2.2 do SPD intitulado «Orientação dos preços para os custos tendo por base a capacidade efetivamente ocupada por cada canal», no qual a ANACOM estima uma margem negativa acumulada (através do Valor Atual Líquido - VAL- por referência ao ano zero, i.e. a 2008[1]) de **[IIC]** XXXXX **[FIC]** milhões de euros para o projeto alocado aos operadores de televisão.

10. Este resultado merece vários comentários por parte da MEO.

[1] É de notar que, nesta fase já muito distante do início do projeto TDT (em 2008) e a pouco mais de um ano do seu fim (em 2023), afigura-se mais adequado o cálculo do VAL tendo por referência o ano de 2023, pois tal permite uma valorização do projeto mais próxima e significativa para o momento presente. No quadro dos pressupostos seguidos pela ANACOM para apurar o VAL de **[IIC]** XXXXX **[FIC]** milhões de euros por referência a 2008, o VAL equivalente por referência ao ano de 2023 é de **[IIC]** XXXX **[FIC]** milhões de euros.

11. Em primeiro lugar, esta é uma margem meramente parcelar, obtida de acordo com pressupostos de imputação dos custos da capacidade não ocupada, que resultam de alterações introduzidas ao longo do tempo no enquadramento jurídico-regulamentar da TDT e que são uma das faces visíveis da quebra da certeza jurídica e da previsibilidade regulatória que estiveram na base da decisão da MEO de concorrer à prestação do serviço TDT em 2008.

12. Do ponto de vista desta empresa, a margem que verdadeiramente interessa calcular é a que computa a integralidade dos custos e das receitas associadas à exploração da rede TDT, incluindo também a parcela dos custos (relacionados com o espaço não ocupado na rede) que a ANACOM entende ser atribuível à própria MEO e não aos operadores de TV. Considerando também estes custos, o VAL do projeto traduz uma margem negativa acumulada superior a **[IIC]** XX **[FIC]** milhões de euros[2] (cf. parágrafo 49 desta resposta).

13. Em segundo lugar, e sem conceder quanto a este aspeto, mesmo no quadro de raciocínio em que a ANACOM se move neste assunto, importa salientar que as estimativas que realizou desde 2018 no quadro das várias deliberações têm revelado um sucessivo agravamento do resultado, que passou de **[IIC]** XXXX **[FIC]** milhões euros na deliberação de 22.11.2018 (já considerando o impacto da redução dos preços em 15,16%) para **[IIC]** XXX **[FIC]** milhões euros na deliberação de 17.09.2020, e cifrando-se agora neste SPD em **[IIC]** XXX **[FIC]** milhões euros.

14. Sendo certo que, como refere a ANACOM no SPD, *estas estimativas não podem ser entendidas como absolutas e finais, visto que são calculadas com base em certos pressupostos de caráter previsional*, a verdade é que já não são verosímeis mudanças nos fluxos de custos e receitas que permitam alterar o sentido e a dimensão do resultado obtido.

15. De facto, foi totalmente gorado o cenário da entrada de dois novos canais na grelha da TDT, prevista a partir de janeiro de 2021 na decisão da ANACOM de 17.09.2020, suscetíveis de incrementar as receitas que a MEO poderia obter com a exploração desta

[2] **[IIC]** XXX **[FIC]** milhões de euros, por referência a 2023

rede, facto que é reconhecido pela ANACOM neste SPD ao tomar como pressuposto dos seus cálculos que «não são transmitidos novos canais no MUX A até ao final do projeto».

16. Fica, por conseguinte, igualmente frustrada qualquer possibilidade de obtenção de uma margem positiva para o projeto, mesmo no quadro dos pressupostos e critérios da ANACOM (que não se aceitam), designadamente o VAL do projeto cingido à componente atribuível aos operadores de televisão, que a ANACOM, na deliberação de 22.11.2018, perspetivava como passando a ser *ligeiramente positivo*[3]. Na realidade, o VAL do projeto (nesta componente) não só não passou a ser *ligeiramente positivo*, como ainda se agravou substancialmente face à estimativa realizada pela ANACOM no momento em que decidiu reduzir os preços em 15,16%, e permanecerá irremediavelmente negativo.

17. Em terceiro lugar, causa absoluta perplexidade a forma como a ANACOM conclui que o VAL do projeto é (significativamente) negativo sem que isso lhe desperte a urgência, ou sequer a necessidade, de tomar medidas para reverter esse resultado, como se fosse normal e legal obrigar uma empresa privada a prestar um serviço público em condições que, inevitavelmente, a forçam a assumir (relevantes) prejuízos.

18. Impor a uma empresa privada a prestação de um serviço público com prejuízos é uma medida que viola frontalmente o direito fundamental de livre iniciativa económica privada, consagrado no artigo 61.º da Constituição da República Portuguesa, além de ser manifestamente desproporcional.

19. Em quarto lugar, é incompreensível e inaceitável que a ANACOM entenda o VAL negativo como uma evidência do cumprimento do princípio da orientação dos preços para os custos, um dos princípios aplicáveis ao preço do serviço de TDT, estabelecidos na Lei n.º 33/2016, de 24 de agosto.

20. De facto, ao afirmar que não existem «indícios de incumprimento do princípio da orientação dos preços para os custos» (cf. pág. 23), a ANACOM adota uma abordagem em que o custo é visto não como uma referência para aferir a razoabilidade do preço, mas como um limite superior, ou seja desde que o preço seja inferior ao custo estará em

[3] com a compensação relativa aos custos suportados pela alteração dos canais 61, 64 e 67

conformidade com o princípio, o que não se pode aceitar, por não corresponder ao espírito nem ao objetivo daquele princípio.

21. Basta atentar na Lei n.º 5/2004 ("LCE"), no seu artigo 74.º (Obrigação de controlo de preços e de contabilização de custos), que prevê a imposição da obrigação de orientação dos preços para os custos a empresas com PMS:

> *"1 — Quando uma análise de mercado indique que uma potencial falta de concorrência efectiva implica que os operadores possam manter os preços a um nível excessivamente elevado ou aplicar uma compressão da margem de preços em detrimento dos utilizadores finais, a ARN pode impor obrigações de amortização de custos e controlo de preços, incluindo a* ***obrigação de orientação dos preços para os custos*** *e a obrigação de adoptar sistemas de contabilização de custos, para fins de oferta de tipos específicos de acesso ou interligação.*
>
> *2 — Ao impor as obrigações referidas no número anterior, a ARN deve:*
>
> *a)* ***Ter em consideração o investimento realizado pelo operador, permitindo-lhe uma taxa razoável de rendibilidade sobre o capital investido, tendo em conta os riscos a ele associados;****"* (sem destaques no original)

22. Da leitura do artigo resulta claro, por um lado, que a referida obrigação é mobilizável para evitar quer preços excessivamente elevados quer preços excessivamente reduzidos e, por outro, que há sempre que garantir uma taxa razoável de rendibilidade sobre o capital investido.

23. Este entendimento é sufragado pela jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia ("TJUE"), a qual deverá orientar a interpretação e aplicação da legislação nacional, nos termos gerais do princípio da interpretação conforme ao direito da União Europeia e do artigo 8.º, n.º 4 da Constituição da República Portuguesa.

24. A título exemplificativo, refira-se o Acórdão Polkomtel[4], de 20 de dezembro de 2017, que abordou a amplitude do princípio da orientação dos preços para os custos no âmbito da Diretiva 2002/19/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de março de 2002, relativa ao acesso e interligação de redes de comunicações eletrónicas e recursos conexos.

[4] Proferido no âmbito do Processo C-277/16.

25. No contexto da interpretação do artigo 13.º, n.º 1, desta diretiva, que inspirou o referido artigo 74.º da Lei n.º 5/2004, o Tribunal de Justiça entendeu que "*resulta* [desse artigo], *lido em conjugação com o considerando 20 dessa diretiva, que,* ***ao impor obrigações ligadas à recuperação dos custos, as ARN devem ter em conta uma taxa razoável de rentabilidade sobre o capital investido****, tendo em conta os riscos a ele associados*". (sem realce no original).

26. O Considerando 20 da Diretiva 2002/19/CE (que é repetido, *ipsis verbis*, no Considerando 192 do novo Código Europeu das Comunicações Eletrónicas) estabelece o seguinte a este propósito: "*quando uma autoridade reguladora nacional proceder ao cálculo dos custos incorridos com o estabelecimento de um serviço imposto pela presente directiva, será conveniente prever uma rendibilidade razoável sobre o custo do capital aplicado, incluindo os adequados custos do trabalho e da construção, ajustando, sempre que necessário, o capital à avaliação actual do activo e à eficiência das operações*."

27. Este breve excurso sobre o tópico deixa claro que a previsão da tomada em consideração de uma "taxa razoável de rentabilidade", conceito adotado igualmente pela lei nacional, não é, nem pode ser, letra morta e, como tal, ignorado na aplicação do princípio da orientação dos preços para os custos.

28. Ora, é manifestamente esse o caso nos preços que a ANACOM definiu para a TDT, que conduzem a um VAL negativo (por si estimado) e consequentemente a uma TIR, que também estimou, de **[IIC]** XXXX **[FIC]**, claramente inferior à taxa de custo do capital, que representa a remuneração razoável.

29. A este propósito, a MEO não pode deixar de aludir às considerações da ANACOM no relatório da audiência prévia relativo ao SPD de 2020 sobre o preço da TDT, quanto à necessidade de se ter em conta os riscos de negócio na aferição da taxa razoável de rentabilidade e de avaliar se o risco de negócio associado a este projeto em concreto é ou não inferior ao risco global do negócio da MEO, referindo que a própria MEO parece desvalorizar o risco futuro do projeto (por já não serem antecipáveis mudanças nos fluxos

de custos e receitas até 2023 que alterem o sentido e significado do resultado global do projeto).

30. Estas considerações da ANACOM não contradizem, de maneira nenhuma, a posição que a MEO acaba de expor, nem permitem que se pondere, de forma minimamente séria, a hipótese de o risco de negócio associado a este projeto em concreto ser inferior ao risco de negócio global da MEO (e, portanto, de a TIR apurada para o projeto, apesar de inferior à taxa de custo de capital, poder ser tomada como uma taxa razoável de rentabilidade). Aliás, a construção da ANACOM é desajustada por ignorar que a MEO não se encontra a avaliar a rendibilidade do projeto com vista a uma decisão de investimento, mas antes perante uma situação em que chegada quase ao seu termo se vê confrontada com a concretização de alterações drásticas nos pressupostos que moldaram a sua decisão (e que naturalmente não foram refletidas na taxa de atualização então utilizada), e que na situação atual o risco futuro do projeto não constitui seguramente um fator de avaliação pertinente. De facto, a circunstância de, já perto do seu final, não se antecipar um agravamento do risco de negócio associado ao projeto, em nada contraria ou mitiga o facto de que este risco se concretizou em momentos anteriores e num grau extremamente elevado.

31. Em quinto lugar, este SPD vem reforçar a conclusão, já anteriormente expressa pela MEO, de que a ANACOM está, por via regulatória, a instituir medidas ilegais de redistribuição de riqueza, prejudicando uma entidade, a MEO e beneficiando outras entidades, os operadores de televisão, sem qualquer razão ou justificação. De resto, faz-se notar que compete à ANACOM, nos termos da Lei n.º 5/2004, assegurar a inexistência de distorções de concorrência ou, em geral, de distorções ao funcionamento eficiente do mercado, o que falha redondamente no caso concreto.

32. Em suma, ao contrário do que afirma a ANACOM, dever-se-ia concluir que os preços da TDT violam o disposto no n.º 3 do artigo 4.º da Lei nº 33/2016 por não estarem orientados para os custos, facto que deveria obrigar a ANACOM a rever a sua posição nesta matéria e a propor / adotar as medidas que sejam necessárias, do ponto de vista legislativo e/ou

regulatório, para assegurar que a prestação do serviço TDT respeita as exigências constitucionais e o enquadramento da UE.

C. Comentários específicos sobre o exercício de cálculo

31. A MEO tem também algumas observações relativamente ao exercício levado a cabo pela ANACOM no sentido de estimar o VAL do projeto TDT alocado aos operadores de televisão.

32. A ANACOM utilizou dados reportados pela MEO que considera, na generalidade, compatíveis quer com os dados do SCA que já foram auditados (resultados de 2008 a 2019), quer com dados do SCA que, não tendo sido ainda auditados, foram comunicados à ANACOM (resultados de 2020).

33. Porém, há aspetos que a ANACOM não aceitou ou sobre os quais aponta reservas.

34. É o caso da forma de contabilização do ressarcimento dos custos de investimento suportados pela MEO (associados aos bens específicos TDT) pela alteração de frequências da subfaixa dos 800 MHz e da faixa dos 700 MHz (*refarming*). A ANACOM refuta que o ressarcimento seja considerado como subsídio ao investimento, tal como foi reportado no questionário enviado pela MEO em 2021, e defende que deve ser mantido o critério utilizado até este reporte em que a compensação do investimento era registada no mapa de CAPEX como um investimento negativo, anulando o respetivo CAPEX.

35. É de notar que no questionário enviado em setembro de 2019 o recebimento da compensação pelo *refarming* foi estimado e não existia à data informação estabilizada sobre o critério contabilístico que viria a ser seguido para o seu reconhecimento.

36. Quando, em julho de 2021, a ANACOM pediu a atualização do questionário TDT as colunas respeitantes a 2019 e 2020, que até aí tinham sido estimadas, passaram a ser preenchidas com base nos respetivos resultados do SCA. Ou seja, em 2021, era já conhecido o recebimento da compensação do *refarming* dos 800MHz, bem como o

critério para a sua contabilização como subsídio ao investimento. O questionário foi, assim, atualizado em conformidade com as práticas contabilísticas, refletidas na contabilidade geral da MEO e no SCA, e portanto a compensação foi considerada como subsídio ao investimento. Esta situação foi exposta à ANACOM em carta de 2 de novembro de 2021.

37. Em suma, importa ter presente que:
    - o questionário TDT é preenchido com base nos resultados do SCA;
    - o SCA de 2019 está auditado pela ANACOM e nesse apuramento de resultados a compensação recebida pelo *refarming* é considerada, tal como na contabilidade geral, como um subsídio ao investimento, reduzindo por isso os custos do exercício; durante a auditoria ao SCA não foi levantada qualquer questão/reserva sobre este entendimento;
    - as contas oficiais da MEO de 2019 estão auditadas e certificadas;
    - com o recebimento da compensação o valor do bem não é anulado, mas as suas amortizações são compensadas no período a que respeitam.

38. E, por fim, que a forma de registo tem impacto no resultado, verificando-se que a opção metodológica da ANACOM amputa cerca de 1 milhão de euros ao VAL negativo do projeto, como a própria admite, diferença porém que, não sendo negligenciável, não se mostra decisiva para a avaliação da rendibilidade do projeto, atenta a dimensão dos valores que estão em causa, conforme exposto no capítulo B.

39. Relativamente à adoção da Norma Contabilística IFRS16, a MEO refere que com a adoção e aplicação, no exercício de 2019, desta norma, o valor dos contratos operacionais passou a ser capitalizado originando um aumento do valor do imobilizado. Em termos práticos, as rendas destes contratos anteriormente afetavam OPEX e com a aplicação desta IFRS, ao serem capitalizados, passam a originar amortizações. O questionário reportado em 2021 foi preenchido com base nos resultados apurados pelo SCA para 2019 e 2020 os quais refletem a adoção da IFRS 16 pelas contas oficiais da MEO.

40. Quanto à transmissão dos conteúdos #EstudoEmCasa, importa fazer algumas precisões.

41. O valor do proveito adicional, apresentado pela ANACOM na pág. 6 do SPD, difere do registado na contabilidade da MEO e consequentemente do proveito considerado no cálculo dos resultados do SCA de 2021, enviados à ANACOM no final do mês de junho de 2022: a ANACOM considera o valor de **[IIC]** XXXXXXXXXX **[FIC]**, enquanto o valor contabilizado na MEO é de **[IIC]** XXXXXXXXX **[FIC]**.

42. A diferença de valores fica a dever-se ao facto de a MEO ter procedido ao fracionamento do valor mensal previsto no contrato com a RTP para a transmissão do #EstudoEmCasa, refletindo a circunstância de a mesma só se ter iniciado no dia 8 de fevereiro, sugerindo-se que a respetiva correção seja efetuada na decisão final.

43. Quanto à alocação da capacidade do MUX A enquanto *driver* para a afetação de custos entre OPS TV e MEO (cf. Tabela 4 apresentada na pág. 17 do SPD), a MEO não compreende o exercício efetuado pela ANACOM em consequência da transmissão do #EstudoEmCasa durante uma parte do ano de 2021 nem a sua articulação com as considerações tecidas a respeito destes conteúdos.

44. Com efeito, nas páginas 9 e 10 do SPD, a ANACOM desenvolve um raciocínio, com recurso a uma analogia com o canal Parlamento, conducente à conclusão de que «a natureza destes conteúdos não é equivalente à de um serviço de programas televisivo regido pela Lei da Televisão, não beneficiando de obrigações de must carry na plataforma de TDT e não estando abrangidos pela regulação de preços decorrente do n.° 3 do artigo 4.° da Lei n.° 33/2016». Em resultado, na tabela 3 da pag. 16, afeta a capacidade necessária a essa emissão à MEO com o fundamento de que é capacidade utilizada comercialmente pela MEO.

45. Neste pressuposto, a MEO não alcança o tratamento que na prática a ANACOM dá a esta capacidade, quando na tabela 4 apresenta, para o período entre 8 de fevereiro e 30 de junho de 2021, valores que não só não aumentam como ainda reduzem a

capacidade, e consequentemente os custos, afetos aos operadores de TV: a capacidade excedentária da MEO era largamente suficiente para acomodar a transmissão da emissão #EstudoEmCasa, não fazendo qualquer sentido interferir com a capacidade que está afeta aos operadores.

46. Sucede que esta alteração da repartição da capacidade conduz à subavaliação dos custos e, por conseguinte, à sobreavaliação do VAL do projeto na componente dos operadores de TV, ou seja o valor absoluto da margem negativa que a ANACOM apresenta peca por defeito, também por esta via.

47. A MEO informa, por fim, que a capacidade ocupada no MUX A com a emissão #EstudoEmCasa, no referido período, foi de 2,069 Mbps, e não de 2,129 Mbps conforme consta na página 8 no SPD, situação que se deve a um lapso na comunicação da MEO à ANACOM em 07.02.2022. De qualquer modo, de acordo com o entendimento da MEO expresso nos pontos acima, esse valor torna-se irrelevante para o exercício de estimação da margem do projeto.

48. Apresentamos abaixo o quadro resumo do *business plan* do serviço de TDT na componente OPS TV que resulta da consideração dos aspetos suprarreferidos, a saber os ajustamentos nos proveitos do #EstudoEmCasa e na chave de repartição da capacidade do MUX A em 2021, e considerando dois cenários relativamente ao tratamento da compensação pelo *refarming*, um refletindo a prática contabilística da MEO e outro o entendimento da ANACOM.

Business plan do serviço de TDT na componente OPS TV (compensação do *refarming* de acordo com a prática contabilística da MEO) [IIC]

[FIC]

Business plan do serviço de TDT na componente OPS TV (compensação do *refarming* de acordo com o entendimento da ANACOM [IIC]

[redacted] **[FIC]**

49. O quadro seguinte apresenta o resumo do *business plan* do projeto, na aceção da exploração global da rede TDT, i.é traduzindo a rendibilidade efetiva do projeto na perspetiva da MEO.

Business plan do serviço de TDT (exploração global da rede) [IIC]

[redacted] **[FIC]**