Adoção de medidas provisórias e urgentes ao abrigo do artigo 9.º da Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro, alterada pela Lei n.º 51/2011, de 13 de setembro – Lei das Comunicações Eletrónicas (LCE) relativas ao "Mercado grossista de terminação de chamadas na rede telefónica pública num local fixo"

(artigo 7.º (9) da Diretiva 2002/21/CE – Diretiva-Quadro, alterada pela Diretiva 2009/140/CE – Diretiva Legislar Melhor)

I. Enquadramento

1. Ao ICP-ANACOM, enquanto Autoridade Reguladora Nacional, e de acordo com os artigos 58.º e 59.º da LCE, compete a definição e análise dos mercados relevantes de redes e serviços de comunicações eletrónicas e imposição de obrigações regulamentares específicas às empresas que tenham poder de mercado significativo nos mercados em causa.

2. Na sequência do trabalho realizado relativamente à análise do mercado de terminação de chamadas em local fixo, o Conselho de Administração do ICP-ANACOM aprovou, em 01.03.2013, um sentido provável de decisão (SPD) relativo ao "*Mercado grossista de terminação de chamadas na rede telefónica pública num local fixo – Definição dos mercados do produto e mercados geográficos, avaliação de PMS e imposição, manutenção, alteração ou supressão de obrigações regulamentes*".

3. O referido SPD foi sujeito ao procedimento geral de consulta ao abrigo do art.º 8.º da LCE, e ao procedimento de audiência prévia dos interessados em conformidade com o previsto nos artigos 100.º e 101.º do Código do Procedimento Administrativo (CPA), em ambos os casos por um período de 40 dias; foi também submetido à Autoridade da Concorrência (AdC) para que se pronunciasse nos termos do artigo 61.º da LCE.

4. Terminado o período de consulta e de audiência dos interessados, o Conselho de Administração aprovou, em 12.07.2013, o relatório do procedimento de consulta e de audiência prévia, bem como o projeto de decisão, a notificar à Comissão Europeia (CE), relativo à definição do mercado grossista de terminação de chamadas na rede telefónica pública num local fixo, à avaliação de poder de mercado significativo (PMS) nesse mercado e à imposição, manutenção, alteração ou supressão de obrigações.

5. No mesmo dia, o projeto de decisão foi notificado à CE nos termos do n.º 1 do artigo 57.º da LCE e registado com o número PT/2013/1491.

6. A CE, por comunicação de 12.08.2013[1], manifestou sérias dúvidas quanto à compatibilidade do projeto de decisão com o direito comunitário, nos termos do n.º 1 do artigo 7.º-A da Diretiva 2002/21/CE, alterada pela Diretiva 2009/140/CE (transposto pelo n.º 1 do artigo 57.º-A da LCE).

[1] Disponível em: https://circabc.europa.eu/sd/a/0ae00a46-f2d3-4e82-88d2-8c3dd620eb85/PT-2013-1491%20Adopted_corr_PT.pdf

7. O vogal do Conselho de Administração Professor Doutor Helder Vasconcelos decidiu, em 14.08.2013, ao abrigo da competência conferida pelo nº. 3 do artigo 29.º dos Estatutos do ICP-ANACOM, anexos ao Decreto-Lei n.º 309/2001, de 7 de dezembro, e em substituição da Presidente do Conselho de Administração, nos termos dos n.ºs 14, 15 e 16 da Deliberação n.º 810/2012, de 31 de maio, publicada na 2ª série do Diário da República n.º 117, de 19 de junho de 2012:

   a. "*Retirar o projeto de decisão relativo à definição do mercado grossista de terminação de chamadas na rede telefónica pública num local fixo, à avaliação de PMS nesse mercado e à imposição, manutenção, alteração ou supressão de obrigações, aprovado por deliberação de 12 de julho de 2013, nos termos do disposto no n.º 6 do artigo 57º-A da Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro, alterada e republicada pela Lei n.º 51/2011, de 13 de setembro;*

   b. *Notificar o constante do ponto anterior à Comissão Europeia;*

   c. *Sujeitar a presente decisão a ratificação do Conselho de Administração na primeira reunião ordinária que tiver lugar*."

8. A decisão referida no ponto anterior foi ratificada em reunião do Conselho de Administração do dia 22.08.2013.

II. Fundamentos das medidas provisórias e urgentes e decisão

9. Atento o referido no capítulo anterior e considerando que:

   a) Se justifica uma atuação urgente para a salvaguarda da concorrência e defesa dos interesses dos utilizadores.

   - Existem problemas concorrenciais nos mercados grossistas de terminação de chamadas em redes telefónicas públicas em local fixo, que estão devidamente identificados no capítulo 5 do documento anexo, relativos, nomeadamente à prática de preços de terminação em níveis superiores aos custos, que, de forma imediata, afetam a eficiência estática, e a prazo, têm também impacto na dinâmica concorrencial, prejudicando diversos operadores, os utilizadores finais e o mercado em geral.

   - A situação referida no parágrafo anterior é suscetível de ter um impacto negativo para o mercado em geral, e como tal, torna premente uma intervenção regulamentar, nomeadamente no sentido da redução substancial dos preços de terminação, conforme explicitado no capítulo 5.3.4. do documento anexo e no capítulo 4.2.4. do relatório da consulta pública e da audiência prévia.

   - É premente a necessidade de adotar preços de terminação fixados com base nos custos obtidos pela aplicação de modelos de custeio LRIC "puro", já que se considera que a

metodologia em causa é adequada à realidade nacional, atendendo a que é a metodologia que permite a fixação de preços mais baixos e que, na perspetiva da eficiência estática, implica a menor distorção sobre os preços de retalho e, na perspetiva da eficiência dinâmica, a que contribui para proporcionar melhores condições concorrenciais nos mercados retalhistas a jusante entre operadores com quotas de mercado diferentes, assim como para aumentar o bem-estar dos consumidores.

- Foi estimado que a redução dos preços de terminação para 0,1114 cêntimos de euros, em 1.10.2013, terá um impacto direto nos consumidores nacionais na ordem dos 11 milhões de euros.

b) A adoção de medidas de controlo de preços e de outras medidas regulatórias tem de se suportar num procedimento de análise de mercado, sendo impostas a operadores com PMS.

- Os problemas de concorrência acima identificados existem no âmbito de mercados relevantes específicos, que foram objeto de definição e análise de concorrência, com vista à identificação de operadores com PMS nesses mercados[2].
- Em relação aos operadores com PMS, justifica-se que, para além da obrigação de controlo de preços, e com vista ao funcionamento adequado do mercado, sejam também determinadas as demais obrigações que se considera necessário introduzir, manter, ou alterar, sob pena de se gerar alguma incerteza regulatória relativamente ao conjunto de obrigações aplicáveis aos operadores com PMS.
- Excetuam-se das medidas referidas no ponto anterior, apenas aquelas que foram objeto das sérias dúvidas da CE – as matérias relativas à interligação IP e à não discriminação – que serão objeto de ponderação no âmbito de um novo procedimento de audiência prévia dos interessados, de consulta e de notificação à CE, com vista à aprovação definitiva da decisão relativa a estes mercados.

c) O ICP-ANACOM está vinculado, nos termos na LCE (artigo 6.º) e da Diretiva-Quadro, à necessidade de tomar na melhor conta ("*utmost account*") as Recomendações da CE, visando um objetivo de harmonização a nível europeu e de desenvolvimento do mercado interno.

- A Recomendação 2009/396/CE, de 7 de maio, relativa ao tratamento regulamentar das tarifas de terminação de chamadas em redes fixas e móveis da UE[3] prevê que desde

[2] A identificação de operadores com PMS nestes mercados não suscitou quaisquer objeções por parte da CE, na comunicação remetida a 12.08.2013.

[3] Disponível em http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:124:0067:0074:PT:PDF

31.12.2012 sejam aplicados preços de terminação com base nos custos de um operador eficiente (LRIC "puro").

- A CE, na carta de sérias dúvidas, de 12.08.2013, também refere a Recomendação em causa, bem como o prazo de 31.12.2012 para a fixação de preços de terminação em níveis eficientes em termos de custos (preços LRIC "puro").
- Atentos os objetivos das Recomendações da CE (harmonização a nível europeu e de desenvolvimento do mercado interno), torna-se necessário justificar de forma circunstanciada, perante a própria CE, o afastamento de qualquer Recomendação e, no caso em apreço, o afastamento da Recomendação relativa às Terminações.
- Conforme é referido no documento anexo, e no capítulo 4.2.4.1 do relatório da audiência prévia e da consulta pública, o ICP-ANACOM considera a aplicação desta Recomendação adequada às circunstâncias nacionais, não existindo razões para que se afaste do que é recomendado.

d) A CE exigiu a adoção de medidas provisórias.

- Na sua comunicação de 12.08.2013, a CE refere pretender evitar que a abertura da Fase II leve ao adiamento da aplicação dos preços propostos no projeto de decisão do ICP-ANACOM, pelo que exige que, pela via da adoção de medidas provisórias previstas no artigo 7.º, n.º 9 da Diretiva 2002/21/CE, alterada pela Diretiva 2009/140/CE, transposto para a ordem jurídica interna pelo artigo 9.º da LCE, com a epígrafe "Medidas urgentes", aqueles preços sejam aplicados o mais rapidamente possível e sem ultrapassar o prazo previsto no mesmo projeto de decisão (01.10.2013).
- O ICP-ANACOM também considera que, decorrendo a retirada do projeto de medida notificado à CE da necessidade de se proceder a uma reflexão interna sobre os aspetos específicos questionados por aquela entidade, e atendendo aos prazos envolvidos na preparação de um novo projeto de decisão – decorrentes da necessidade da sua submissão a um novo procedimento de audiência prévia de interessados e de consulta ao mercado e da sua subsequente notificação à CE – a aprovação definitiva de uma decisão relativa a estes mercados não é compatível com a entrada em vigor das obrigações impostas aos operadores com PMS nos prazos previstos no projeto de decisão notificado à CE e retirado por decisão do ICP-ANACOM.

e) As medidas consideradas são proporcionais, atenta a necessidade de resolução dos problemas identificados, a existência de operadores com PMS, e os prejuízos que decorrem da sua não aplicação, nomeadamente em virtude do previsível atraso a que irá estar sujeita a aprovação de uma decisão definitiva sobre esta matéria.

f) Existe enquadramento legal nacional e comunitário para a adoção imediata de medidas provisórias e urgentes, que não pressupõe que se efetue o procedimento geral de consulta previsto no art.º 8.º da LCE, a audiência prévia dos interessados, prevista nos artigos 100.º e seguintes do CPA, e a notificação à CE, nos termos dos artigos 57.º da LCE e 7.º da Diretiva-Quadro.

- A adoção de medidas urgentes está prevista na LCE, no seu artigo 9.º, que refere que "*sem prejuízo do disposto na lei geral, a ARN pode, em circunstâncias excepcionais, adoptar medidas imediatas, proporcionadas e provisórias sem recurso aos procedimentos previstos nos artigos 8.º e 57.º, conforme os casos, quando considerar necessária uma actuação urgente para salvaguarda da concorrência ou defesa dos interesses dos utilizadores*".
- O mesmo artigo refere ainda, no seu n.º 2, que "(…) *a ARN deve informar, com a maior brevidade possível, a Comissão Europeia, as outras autoridades reguladoras nacionais e o ORECE das medidas adoptadas e respectiva fundamentação*".
- O referido artigo 9.º da LCE corresponde à transposição do artigo 7.º (9) da Diretiva-Quadro que refere o seguinte: "*Em circunstâncias excepcionais e em derrogação do procedimento previsto nos n.ºs 3 e 4, sempre que considere que é urgente agir para salvaguardar a concorrência e defender os interesses dos utilizadores, a autoridade reguladora nacional pode aprovar imediatamente medidas proporcionais e provisórias. Deve comunicar imediatamente essas medidas, e a sua justificação, à Comissão, às outras autoridades reguladoras nacionais e ao ORECE. Se a autoridade reguladora nacional decidir tornar tais medidas permanentes ou prorrogar o respectivo prazo de aplicabilidade, é aplicável o disposto nos n.ºs 3 e 4*".
- Nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 103.º do Código do CPA, não há lugar a audiência prévia dos interessados quando a decisão seja urgente.
- Sem prejuízo do referido nos parágrafos anteriores, os interessados foram ouvidos e o mercado foi consultado quanto ao que constava do SPD originalmente aprovado pelo ICP-ANACOM, e os respetivos comentários e observações que, de forma resumida, integram o relatório da consulta pública e de audiência prévia, foram considerados na preparação do projeto de decisão aprovado pelo ICP-ANACOM e notificado à CE, que entretanto foi retirado.
- As sérias dúvidas manifestadas pela CE derivam de um conjunto muito limitado de questões cujo foco é a não imposição de uma obrigação de acesso eficaz no tocante à interligação IP, pelo que, em relação a tudo o resto, não se justifica proceder a alterações do projeto de decisão notificado.

O Conselho de Administração do ICP-ANACOM, ao abrigo das competências de regulação que lhes estão cometidas pela alínea a) do número 1 do artigo 5.º da LCE, em conformidade com o disposto no artigo 9.º da mesma lei, e na sequência da comunicação da CE de 12.08.2013, em que aquela entidade, expressando sérias dúvidas sobre a não imposição de uma obrigação de acesso eficaz, essencialmente por falta de imposição dessa obrigação de acesso para a interligação IP aos operadores com PMS, exige que "*a ANACOM introduza tarifas de terminação orientadas para os custos, fixadas por referência a um benchmark, o mais rapidamente possível, e em qualquer caso, o mais tardar em 1 de outubro de 2013, mediante a adoção de medidas provisórias, conforme estabelecido no artigo 7.º, n.º 9, da Diretiva-Quadro*", determina o seguinte:

i. Aprovar, com efeitos imediatos, as medidas provisórias e urgentes constantes do documento "*Mercado grossista de terminação de chamadas na rede telefónica pública num local fixo – Definição dos mercados do produto e mercados geográficos, avaliação de PMS e imposição, manutenção, alteração ou supressão de obrigações regulamentes*" (anexo), onde se inclui a determinação de novos preços de terminação a vigorar desde 1.10.2013, com fundamento nas justificações que constam do relatório da audiência prévia e da consulta pública preparado pelo ICP-ANACOM[4], o qual se mantém incólume, havendo apenas a ressalvar os aspetos dele constantes que se prendem com as obrigações questionadas na comunicação da CE remetida em 12.08.2013;

ii. Determinar que as medidas provisórias e urgentes vigoram até que esteja finalizado o novo procedimento de definição, análise de mercado, e imposição de obrigações regulamentares relativo ao *Mercado grossista de terminação de chamadas na rede telefónica pública num local fixo*, incluindo a respetiva notificação à CE ao abrigo do artigo 57.º da LCE e decisão final do ICP-ANACOM;

iii. Informar a CE, as outras Autoridades Reguladoras Nacionais e o ORECE das medidas adotadas e respetiva fundamentação nos termos previstos no artigo 9.º da LCE;

iv. Notificar os interessados da presente decisão.

[4] Aprovado em 12.07.2013 pelo Conselho de Administração e disponível em http://www.anacom.pt/render.jsp?categoryId=349319