Sentido provável de decisão sobre os resultados das auditorias aos custos líquidos do serviço universal da MEO relativos ao exercício de 2014

Comentários da NOS

setembro 2016

Índice

1. Introdução 3
2. Comentários Prévios 3
Do enquadramento legal do procedimento e clarificação do sentido do SPD 3
Da omissão e alegada inexistência de informação e recurso a estimativas e aproximações 5
3. Comentários Específicos 6
Desvios à metodologia definida e desvios face aos valores do SCA 6
Evolução do CLSU e comparação com os CLSU pós concurso 7
Experiência Internacional - *benchmarking* 7
4. Conclusão 8

1. Introdução

A NOS Comunicações, S.A., a NOS Açores Comunicações S.A. e a NOS Madeira Comunicações, S.A., doravante conjuntamente designadas por "NOS", vêm através deste documento apresentar, no âmbito da audiência prévia nos termos do Código do Procedimento Administrativo e do procedimento geral de consulta previsto na Lei das Comunicações Eletrónicas, a sua pronúncia relativa ao sentido provável de decisão da ANACOM sobre os resultados das auditorias aos custos líquidos do serviço universal (CLSU) da MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia, S.A. (MEO) relativos ao exercício de 2014, aprovado por deliberação do Conselho de Administração da ANACOM em 10 de agosto de 2016, doravante SPD.

2. Comentários Prévios

Do enquadramento legal do procedimento e clarificação do sentido do SPD

O SPD apresenta-se fundamentado juridicamente em termos idênticos aos sentidos prováveis de decisão e subsequentes decisões relativas ao apuramento do CLSU para o período 2007 – 2009, bem assim para os anos de 2010, 2011, 2012 e 2013. Tais fundamentos foram alvo de comentários por parte da NOS, os quais se mantêm.

Mais uma vez, o SPD visa o apuramento do CLSU para um período em que o prestador do serviço universal não foi designado através de um procedimento concorrencial. Em consequência, e ainda que a ANACOM não o afirme, o procedimento a que o SPD se refere tem necessariamente que ser ancorado na Lei n.º 35/2012, de 23 de Agosto, e tramitado em estrita observância deste diploma, em especial, do disposto nos seus artigos 17.º a 22.º.

Por conseguinte, os comentários que a NOS oferece no presente documento supõem que, de ponto de vista jurídico, a ANACOM se propõe observar a Lei n.º 35/2012, e que o SPD e a decisão definitiva a que o mesmo vai dirigido se inscrevem exclusivamente no quadro desta lei, em especial do previsto no respetivo artigo 17.º.

Neste sentido, salienta-se o seguinte:

a) A Lei das Comunicações Eletrónicas (aprovada pela Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro, com alterações, doravante "LCE") não prevê a possibilidade de os CLSU eventualmente incorridos por um prestador do serviço

universal designado fora de um procedimento concorrencial serem financiados pelos outros operadores do mercado, e supõe sempre que os cálculos e a auditoria mencionados no seu artigo 96.º se referem aos custos líquidos incorridos por prestador designado por procedimento concorrencial nos termos da mesma lei;

b) A própria ANACOM está impedida de invocar o disposto nos artigos 95.º e 96.º da LCE para exercer a competência para aprovar e determinar que os valores finais de CLSU relativos ao exercício de 2014 previamente à designação dos prestadores através de concurso público, porque aquelas disposições legais supõem que o prestador do serviço universal foi designado mediante concurso público. A este propósito a NOS nota que da atribuição prevista na alínea i) do n.º 1 do artigo 8.º dos Estatutos da ANACOM não decorrem, por si só, poderes para aprovar aqueles mesmos CLSU.

Em consequência, a ANACOM deverá clarificar o efetivo alcance do projeto de decisão constante do SPD, à luz do artigo 17.º da Lei n.º 35/2012.

Por outro lado, e como decorre do acima recordado, a NOS limita-se aqui a reiterar a sua posição de que a MEO não tem direito a receber qualquer compensação pelos CLSU incorridos no período pré-concurso, que o Estado está impedido de a pagar e, por maioria de razão, que o pagamento desses eventuais CLSU não pode ser exigido, por qualquer via, aos demais operadores, designadamente às participadas da NOS.

Os fundamentos desta posição encontram-se, nomeadamente, nas pronúncias da NOS apresentadas no âmbito de consultas públicas relativas ao tema do financiamento do CLSU, e nas peças processuais submetidas ao tribunal administrativo, onde correm as ações administrativas especiais de impugnação das decisões finais adotadas nos procedimentos relativos a anos anteriores, e ao Tribunal Tributário de Lisboa onde correm impugnações judiciais das liquidações da contribuição extraordinária.

Adicionalmente, recorda-se que a NOS já manifestou o seu desacordo quanto a diversas deliberações nas quais se visa sustentar o apuramento e compensação dos CLSU previamente à designação dos respetivos prestadores por via concorrencial, incluindo sobre a definição da respetiva metodologia de cálculo. Não se pretendendo aqui reproduzir integralmente as posições e argumentos da NOS sobre as decisões em causa, destaca-se, em particular, que a NOS manifestou a sua oposição veemente à:

i) Deliberação de 29.08.2011 através da qual a ANACOM aceitou que no apuramento do CLSU sejam utilizados os preços efetivamente praticados para determinar as "áreas não rentáveis" e os "clientes não rentáveis em áreas rentáveis";
ii) Deliberação de 12.10.2012 que concretizou o conceito de "custos de acesso anormalmente elevados", para determinação dos clientes não rentáveis em áreas rentáveis e consequentemente para o apuramento dos CLSU;
iii) Deliberação de 23.09.2013 relativa à aprovação do CLSU da MEO para o período 2007-2009; deliberação de 20.11.2014 relativa à aprovação do CLSU da MEO nos anos de 2010 e 2011;
iv) Deliberação de 29.01.2015 relativa à identificação das entidades obrigadas a contribuir para o fundo de compensação do SU e à fixação das contribuições referentes aos CLSU 2007-2009; e
v) Às consequentes notas de liquidação do FCSU apresentadas à NOS.

No que respeita ao ajustamento da metodologia de apuramento do CLSU para 2014, a NOS também já se pronunciou sobre o mesmo através de comentários remetidos em junho de 2015, os quais devem, para todos os efeitos, considerar-se aqui reproduzidos.

Em suma: a presente pronúncia tem exclusivamente por objeto a matéria especificamente tratada no SPD e não prejudica de modo algum as posições da NOS expostas nos presentes Comentários Prévios que, para todos os efeitos, se deixam sumariadas.

Da omissão e alegada inexistência de informação e recurso a estimativas e aproximações

No âmbito de respostas a anteriores consultas públicas relacionadas com o apuramento do CLSU, a NOS manifestou a sua posição quanto, entre outros: i) à assimetria de informação e omissão de dados relevantes; e ii) à utilização de estimativas e aproximações.

As posições manifestadas no passado sobre estes aspetos mantêm-se. Pois, no âmbito do apuramento dos valores dos CLSU de 2014 que a ANACOM se propõe aprovar foi omitida informação que condiciona a cabal pronúncia da NOS sobre a matéria [1] e continua a ser aceite a utilização pela MEO de estimativas e

[1] Por exemplo, a informação relativa à receita média por cliente e ao custo médio por cliente, que, como veremos adiante trata-se de informação relevante para explicar a evolução dos CLSU

aproximações para, designadamente, colmatar a alegada inexistência de informação necessária para a aplicação da metodologia de apuramento de CLSU definida pela ANACOM[2].

Ora, a dupla omissão de informação (omissão de informação existente na versão pública do SPD e omissão de informação por alegada inexistência da mesma) viola o disposto no n.º 3 do artigo 17.º da Lei n.º 35/2012, que estabelece que a MEO deve transmitir à ANACOM *"o cálculo preliminar dos custos líquidos do serviço universal (...), e elementos que lhe servem de suporte, de modo totalmente transparente e auditável, e nos termos fixados pelo ICP-ANACOM"* .

O recurso a estimativas e aproximações origina igualmente sérias reservas quanto à observância dos critérios de rigor, robustez e exatidão que devem pautar o apuramento do CLSU, aumentando a respetiva subjetividade e impedido a cabal auditabilidade dos dados, ao contrário do previsto no mencionado no nº 3, do artigo 17º da Lei nº 35/2012.

3. Comentários Específicos

Desvios à metodologia definida e desvios face aos valores do SCA

No apuramento dos CLSU do exercício de 2014, e não obstante o ajustamento da metodologia definida previamente, mantiveram-se procedimentos contestados pela NOS no âmbito de consultas anteriores relativas ao apuramento do CLSU, pelo que nos dispensamos de os repetir neste documento, mas os mesmos devem considerar-se aqui inteiramente reproduzidos, nomeadamente, no que respeita ao apuramento dos custos evitáveis e rácios de evitabilidade, e distribuição do custos de acesso pelos clientes, bem assim aos benefícios indiretos.

De igual modo, o relatório da auditoria continua a registar desvios entre os dados do SCA e os dados usados no cálculo dos CLSU.

O facto de se antever que os desvios detetados estarão a subvalorizar os CLSU que a ANACOM pretende aprovar não deixa de colocar em causa a exatidão, o rigor, a robustez e determinabilidade dos CLSU.

[2] Como por exemplo, no apuramento da distribuição geográfica dos custos de acesso e distribuição deste custo pelos clientes

No entender da NOS, a existência de desvios no apuramento do CLSU e correspondentes reservas no relatório de auditoria às estimativas do CLSU de 2014, é motivo suficiente para impedir a sua aprovação pela ANACOM.

Evolução do CLSU e comparação com os CLSU pós concurso

No que respeita à evolução do CLSU, apesar de os resultados não serem diretamente comparáveis, o CLSU de 2014 que a ANACOM se propõe aprovar não apresenta – proporcionalmente – um decréscimo substancial relativamente aos anos anteriores como seria expetável.

Uma vez mais salienta-se a discrepância dos valores de compensação da prestação do SU no período pré e pós concurso. Com efeito, pela prestação do serviço universal relativo à componente de serviço telefónico fixo e de postos públicos durante apenas 5 e pouco mais de 3 meses, respetivamente, no período pré-concurso, a ANACOM propõe atribuir uma compensação superior à MEO do que a correspondente à prestação durante 12 meses das mesmas componente dos SU no período pós concurso.

Experiência Internacional - *benchmarking*

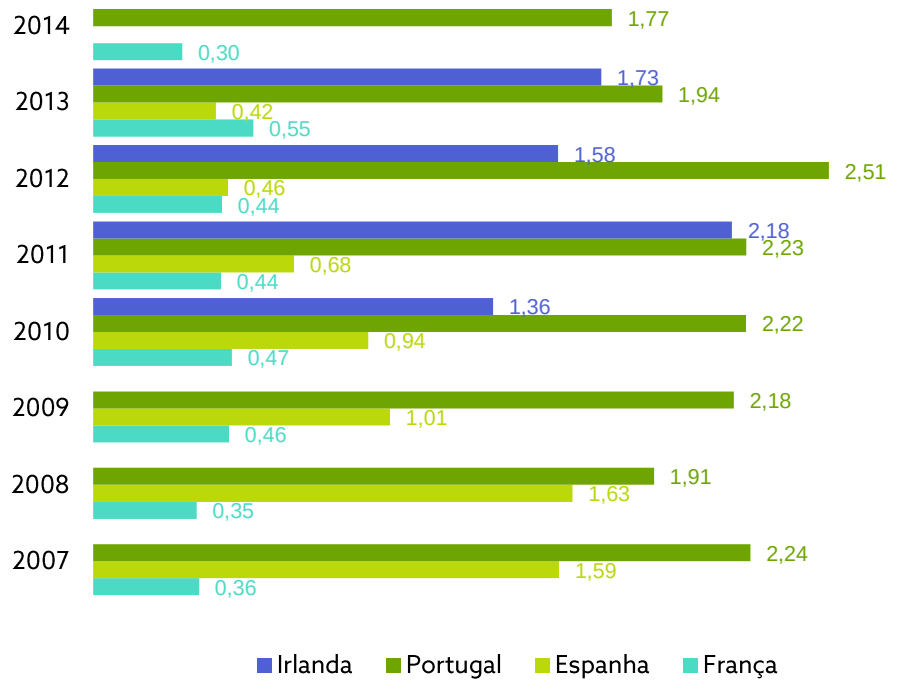
A estranheza perante o montante apurado para o CLSU nacional e a sua evolução é ainda acentuada pela comparação internacional.

Com efeito, ponderando o CLSU pela população, mesmo assumindo que o valor apresentado pela ANACOM respeita ao custo de prestação durante 5 meses[3], constata-se que o valor apurado em Portugal continua a ser claramente superior ao apurado nos restantes países e, em particular, ao valor apurado em França para o ano de 2014. Com efeito o valor/pop em Portugal é cerca de 6 vezes superior ao valor apurado para o mesmo ano em França.

Ora, também estes factos incitam as dúvidas sobre o procedimento de apuramento do CLSU que está a ser implementado a nível nacional, nomeadamente a sua exatidão e rigor.

[3] Na verdade o CLSU agora proposto pela ANACOM, no computo geral, refere-se a um período ainda menos porquanto a prestação da componente de postos públicos pós concurso iniciou-se nos primeiros dias de abril de 2014.

Gráfico 1 – **CLSU por população**[4]



Fonte: Cullen, ARNs e Eurostat

4. Conclusão

Atendendo ao exposto, a NOS é de opinião que não estão reunidas as condições para a aprovação dos CLSU para o exercício de 2014 no período pré-concuro.

A NOS considera que, no que respeita ao estrito procedimento legal em causa no SPD, e sem prejuízo do que acima se recorda quanto ao alcance do disposto nos artigos 95° e 96° da LCE e nos Estatutos da ANACOM, esta Autoridade deverá reiniciar o processo de apuramento do CLSU 2014 garantindo como condições mínimas do processo que: i) o cálculo do CLSU 2012 assenta em elementos transparentes e auditáveis em conformidade com o exigido no artigo17° da referida Lei n°35/2012; e ii) os demais operadores têm acesso a todos os dados relevantes para uma pronúncia cabal sobre a proposta da ANACOM relativa ao CLSU 2014.

[4] Considerou-se a população registada em cada ano de acordo com informação do Eurostat