

Sentido provável de decisão relativo à alteração das licenças GSM no sentido de reflectirem o *refarming* do espectro

Comentários da SONAECOM – Serviços de Comunicações S.A.
(OPTIMUS)

Maio 2010

Introdução

A Sonaecom – Serviços de Comunicações, S.A. (OPTIMUS) vem pelo presente pronunciar-se sobre a deliberação do Conselho do ICP – ANACOM de 31/03/2010, relativa ao sentido provável de decisão relativo à unificação, num único título, das condições aplicáveis ao exercício dos direitos de utilização de frequências atribuídas à SONAECOM – Serviços de Comunicações, SA (OPTIMUS), à TMN – Telecomunicações Móveis Nacionais, S.A. (TMN) e VODAFONE PORTUGAL – Comunicações Pessoais, S.A. (VODAFONE) para a prestação do Serviço Móvel Terrestre (SMT), de acordo com as tecnologias GSM 900/1800 e UMTS, doravante SPD.

Comentários Gerais

O SPD surge na sequência da Directiva nº 2009/114/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Setembro de 2009 e da Decisão da Comissão nº 2009/766/CE, de 16 de Outubro de 2009. De acordo com os referidos documentos, deverá ser permitida a utilização das frequências das bandas dos 900 MHz e 1800 MHz para sistemas UMTS e outros que se demonstre que possam coexistir com os sistemas GSM e UMTS.

Para o efeito, entendeu o ICP – ANACOM proceder à unificação dos títulos que conferem direitos de utilização de frequências GSM e UMTS que foram atribuídas previamente à OPTIMUS, TMN e VODAFONE. No âmbito desta unificação, o ICP – ANACOM propõe conferir a possibilidade de os operadores utilizarem os sistemas GSM e UMTS nas bandas dos 900, 1800 e 2100 MHz (*refarming*) e permitir que as obrigações de cobertura sejam asseguradas através de qualquer um dos referidos sistemas ou de outros que venham a ser autorizados pelo ICP – ANACOM.

Actualmente a OPTIMUS é titular de direitos de utilização de frequências nas faixas dos 900 MHz e 1800 MHz para a prestação do serviço móvel terrestre os quais que lhe foram atribuídos na sequência de Concurso Público aberto pelo Despacho MEPAT de 9 de Julho de 1997, publicado no D.R., 2ª Série, de 15 de Julho de 1997, conforme a Licença n.º ICP – 014/TCM, de 20.11.1997, e subsequentes averbamentos (doravante licença GSM).

Adicionalmente, na sequência do Concurso Público cujo regulamento foi aprovado em anexo à Portaria nº 532-A/2000, de 31 de Julho, foram atribuídos à OPTIMUS direitos de utilização de frequências na faixa dos 2100 MHz para a exploração dos Sistemas de Telecomunicações Móveis Internacionais (IMT2000/UMTS), conforme a Licença n.º ICP – 04/UMTS, de 11.01.2001, e subsequentes averbamentos (doravante licença UMTS).

As referidas licenças da OPTIMUS incluem um acervo de direitos e obrigações, designadamente, níveis específicos de cobertura dos serviços em termos de área e de população.

O SPD agora em apreço traduz-se, no caso da OPTIMUS, num alargamento das obrigações previstas nas suas licenças GSM e UMTS, designadamente, em termos de cobertura e de garantia de utilização do serviço durante grandes catástrofes e em casos de emergência ou força maior – cfr., respectivamente, o artigo 7.º, n.º 1, alínea a) e n.º 4, e o artigo 3.º, alínea d) do Projecto de título relativo ao direito de utilização de frequências para o serviço móvel terrestre da OPTIMUS anexo ao SPD (doravante também designado por Projecto de título).¹

Poderá dizer-se que o acréscimo de obrigações surge como compensação pela possibilidade que se pretende conferir de *refarming* das frequências dos 900 MHz e de as coberturas previstas nos títulos actuais serem atingidas por qualquer das tecnologias (GSM ou UMTS).

Note-se que os direitos adicionais conferidos pelo SPD, no caso da OPTIMUS, reduzem-se à possibilidade do *refarming* das frequências, uma vez que a OPTIMUS, desde há muito, que ultrapassa os níveis de cobertura exigidos nas licenças GSM e UMTS de que é titular. Todavia, importa ter em devida conta que o *refarming* apenas confere valor efectivo se e quando for implementado.

[IIC - Início de Informação Confidencial] ... [FIC - Fim de Informação Confidencial].

Tendo por base este enquadramento, durante as discussões com o ICP – ANACOM que antecederam o SPD em apreço, a OPTIMUS sempre se mostrou receptiva à possibilidade de *refarming* das frequências e não se opôs à unificação das licenças no pressuposto de que estas medidas apenas teriam impacto nas suas obrigações quando o *refarming* fosse efectivamente exercido. Consta-se que o presente SPD está inquinado pela ausência de um mecanismo que garanta que as obrigações adicionais apenas serão exigíveis aquando do

¹ Doravante, salvo menção em contrário, os artigos citados são todos deste Projecto.

exercício do *refarming* pelo que a OPTIMUS não pode concordar com os actuais termos do SPD.

Importa, pois, reiterar a posição da OPTIMUS.

- 1) A imposição de novas obrigações só será legítima se e na medida em que estas se assumam como contrapartida para o interesse público de uma vantagem requerida pelo beneficiário das licenças. **[IIC]** ... **[FIC]**;

Em desenvolvimento do ponto anterior note-se que a proporcionalidade da imposição daquelas novas obrigações, designadamente no que se refere à possibilidade de o ICP-ANACOM impor a cobertura de novas áreas, supõe, em concreto, que é a maior eficiência permitida pelo *refarming* que viabiliza que, com menor custos, em termos de infra-estruturas e equipamentos e em termos de recursos de espectro, sejam cobertas novas áreas.

[IIC] ... **[FIC]**

- 2) As licenças de que a OPTIMUS actualmente é titular – licença GSM e licença UMTS – não contêm obrigações semelhantes, e, para explorar os sistemas GSM e UMTS, nos termos destas mesmas licenças, a OPTIMUS não necessita da faculdade de *refarming* nem da alteração dos respectivos títulos. Recorde-se, uma vez mais, a este propósito, que a OPTIMUS excede os níveis de cobertura exigidos pelas duas licenças, fruto dos investimentos elevados que tem vindo a realizar ao longo dos anos.

- 3) **[IIC]** ... **[FIC]**

A imposição de novas obrigações associada à exploração dos direitos de utilização já atribuídos, traduz uma verdadeira restrição a esses direitos de utilização que, na falta de acordo da OPTIMUS, só pode ocorrer em casos excepcionais e fundamentadamente justificados e mediante justa indemnização – conforme decorre do princípio da protecção da confiança plasmado no artigo 2.º da Constituição da República Portuguesa e concretizado nos artigos 140.º, n.º 1, alínea b) e 147.º do Código do Procedimento Administrativo, e tal como está expressamente previsto no artigo 14.º da Directiva 2002/20/CE (“Directiva Autorização”), alterada pela Directiva 2009/140/CE, em cujo contexto o SPD, e os actos comunitários que este cita, se justificam de um ponto de vista regulatório).

Acresce referir que, caso assim não se entendesse (o que não se admite), o *refarming* constituiria, ele próprio, a imposição de uma obrigação (e, não, como é suposto no SPD, uma faculdade que tem como contrapartida a imposição de obrigações adicionais). Ora, a licença UMTS (e a lei e regulamento do concurso que a suportam) não autorizam qualquer alteração imposta unilateralmente no sentido de passar a ser usada outras faixas de frequências para a exploração do sistema UMTS (salvo acordo da OPTIMUS). Idêntica conclusão se retira do artigo 32.º da Lei das Comunicações Electrónicas: não constam da licença restrições associadas ao período de vigência dos direitos de utilização de frequências concretamente atribuídos.

Por seu turno, os actos comunitários citados no SPD, – a Directiva 2009/114/CE e a Decisão da Comissão, de 16 de Outubro de 2009 (relativa à harmonização das faixas de frequências dos 900 MHz e 1 800 MHz para sistemas terrestres capazes de fornecer serviços pan-europeus de comunicações electrónicas na Comunidade) –, centram-se na *possibilidade* de utilização da faixa dos 900 MHz e dos 1800 MHz para a exploração de outros serviços que não apenas o GSM, incluindo o UMTS. Mas a *ratio* destes actos é a de endereçar preocupações de harmonização e concorrenciais – nunca a de impor a exploração do sistema UMTS naquelas faixas.

- 4) Em suma: a OPTIMUS não pode aceitar a imposição das novas obrigações tal como previstas no artigo 7.º, n.º 1, alínea a) e n.º 4, e no artigo 3.º, alínea d), do Projecto de título e aproveita para sugerir que no título seja, por conseguinte, consagrado um mecanismo que garanta que as obrigações adicionais apenas serão exigíveis se e quando for exercida a possibilidade de *refarming*, circunstância que deverá ser notificada pelos operadores ao ICP-ANACOM e que pode por este ser fiscalizada, nos termos gerais dos poderes de que para o efeito dispõe.

Reitera-se que a OPTIMUS não se opõe à possibilidade de *refarming*, designadamente na medida em que tal seja benéfico para todos os operadores nos termos mencionados neste documento. O que a OPTIMUS não pode aceitar é que tal possibilidade implique de *modo automático* a imposição de correspondentes obrigações adicionais.

Importa, aliás, notar que se afigura à OPTIMUS que o ICP - ANACOM partilhará deste seu entendimento, porquanto o Regulador se propõe incluir estas novas obrigações no contexto da atribuição de direitos e faculdades adicionais. [IIC] ... [FIC].²

Comentários Específicos

Em complemento aos comentários gerais e sem prejuízo destes, apresentam-se de seguida comentários específicos ao SPD do ICP – ANACOM para unificação das licenças GSM e UMTS de modo a contemplar o *refarming* das frequências. A exposição dos comentários específicos seguirá a ordem de apresentação no Projecto de título relativo ao direito de utilização de frequências para o serviço móvel terrestre da OPTIMUS anexo ao SPD.

Artigo 3º, alínea d) – Garantia de serviço em situações de catástrofe, emergência e força maior

Esta disposição impõe, de forma lata, a obrigação de garantia da utilização do serviço durante grandes catástrofes e a sua disponibilidade em casos de emergência e força maior. Para além da questão de fundo já analisada no capítulo anterior, de que nos títulos actuais da OPTIMUS não consta uma obrigação desta natureza, a OPTIMUS solicita que, a bem da transparência para os operadores e regulador, mas ainda mais de entidades terceiras, sejam clarificados os termos em que é exigível aos operadores a garantia de utilização do serviço e sua disponibilidade em situações de catástrofes e em casos de emergência e força maior.

Mantendo-se a disposição nos termos actuais, existe o risco de terceiros entenderem tal disposição como a exigência de os serviços prestados pelos operadores móveis estarem disponíveis, em qualquer circunstância e de forma contínua.

Artigo 3º, alínea l) – Contribuição para o financiamento do serviço universal

O ICP – ANACOM propõe que, ao contrário, do que sucede nas actuais licenças GSM e UMTS da OPTIMUS, passe a constar directamente uma disposição relativa à contribuição para o financiamento do serviço universal no novo título relativo aos direitos de utilização de frequências. Ainda que se reconheça que a proposta do ICP – ANACOM ressalva que essa

² A este propósito interessa recordar, novamente, que no caso da OPTIMUS os direitos adicionais conferidos pelo SPD reduzem-se à possibilidade do *refarming* das frequências, uma vez que as exigências de cobertura constantes das actuais licenças actuais já foram ultrapassadas.

contribuição seguirá os termos que vierem a ser definidos, em conformidade com os artigos 95º a 97º da Lei nº5/2004, de 10 de Fevereiro, a OPTIMUS considera inapropriada a inserção desta disposição nos títulos que conferem os direitos de utilização de frequências por um período de 15 anos.

Desde logo, porque tal inserção parece revelar uma preferência sobre uma das formas possíveis de financiamento do serviço universal. Acresce que a inclusão da disposição sobre o financiamento do serviço universal directamente nos títulos que conferem direitos de utilização de frequências, para além de ser juridicamente infundada, é neste momento particularmente inoportuna porquanto está em curso um debate alargado sobre a eventual reformulação do serviço universal no sector dos serviços de comunicações electrónicas, incluindo a modificação das actuais alternativas de financiamento, abrindo-se a possibilidade de modificações ao regime actual e que estará reflectido no REGICOM.

Artigo 4º, nº 1, alínea c) – Disponibilização de informação para os diferentes débitos de transmissão

No artigo 4º, nº 1 alínea c) está prevista a obrigação de envio anual de informação relativa a um conjunto de indicadores para os diferentes débitos de transmissão. Deverá ficar claro se a informação a disponibilizar se refere: i) aos serviços de voz e de dados, estes com a discriminação dos débitos de transmissão a 144 kbps e 384 kbps; ou apenas ii) aos serviços de dados com a discriminação dos débitos de transmissão a 144 kbps e 384 kbps.

Artigo 5º, nº 1) – Frequências sobre as quais são atribuídos direitos de utilização

O SPD prevê a manutenção do direito de utilização pela OPTIMUS, no território nacional, de 2 x 7.8 MHz na faixa de 900 MHz (880 - 915 /925 – 960 MHz) e de 2 x 6 MHz na faixa de 1800 MHz (1710 – 1785/1805 - 1880 MHz) para as tecnologias GSM e UMTS. Na faixa de 2100 MHz prevê-se a manutenção do direito à utilização, no território nacional, para a tecnologia UMTS, de 2x20 MHz na subfaixa 1920-1980 MHz/2110-2170 MHz.

Ou seja, o SPD prevê explicitamente a manutenção pela OPTIMUS dos direitos de utilização sobre a mesma quantidade de espectro que actualmente lhe está atribuída nas bandas de frequências dos 900 MHz, 1800 MHz e 2100 MHz, mas não concretiza os respectivos canais. Esta omissão é deveras relevante, tanto mais quando o SPD estende a largura da banda dos 900 MHz em 10 MHz, passando a incluir a faixa 880 – 890 MHz.

No limite, a conjugação das duas circunstâncias atrás descritas poderia conduzir a que, através do processo de unificação agora proposto fossem limitados, por se tornarem inúteis, alguns dos direitos de utilização de frequências que foram legitimamente atribuídas à OPTIMUS na sequência de dois concursos públicos.

Tal é assim porque os equipamentos de rede da OPTIMUS não são, na sua totalidade, compatíveis com a faixa de extensão (880 – 890 MHz) da banda dos 900 MHz que o ICP – ANACOM propõe incluir no título da OPTIMUS. Significa isto que, se parte do espectro sobre o qual a OPTIMUS tem direito de utilização fosse disponibilizado nos 10 MHz de extensão da banda dos 900 MHz (880 – 890 MHz), a utilização efectiva dessas frequências exigiria à OPTIMUS a realização de investimentos adicionais em novos equipamentos e inutilizaria parte do investimento em equipamentos de rede já efectuados. Tal situação colidiria, de forma ilegítima, com a esfera de direitos adquiridos pela OPTIMUS para utilização de frequências pelo período mínimo de 15 anos na sequência de dois processos concorrenciais.

Assim sendo, a OPTIMUS aceita o artigo 5º nº 1, desde que à redacção actual seja acrescentada a descrição concreta dos canais sobre os quais incidem os direitos de utilização nas bandas dos 900 MHz, 1800 MHz e 2100 MHz conforme estão descritos no artigo 4º da licença nº ICP – 014/TCM e no ponto 4 da Deliberação do ICP – ANACOM de 10 de Fevereiro de 2004. Neste último caso, com a adaptação decorrente da devolução pela OPTIMUS de 5 MHz TDD.

Em consequência, considera a OPTIMUS que ao número 1 do artigo 5.º do Projecto de título relativo ao direito de utilização de frequências para o serviço móvel terrestre da OPTIMUS deverá ser aditado o teor do artigo 4.º, nº1 da Licença nº ICP – 014/TCM, bem como o teor do ponto 4 da Deliberação do ICP – ANACOM de 10 de Fevereiro de 2004, com os ajustamentos decorrentes da devolução de 5 MHz TDD.

Realce-se que a manutenção concreta dos canais sobre os quais incidem os direitos de utilização nas bandas dos 900 MHz, 1800 MHz nos termos acima referidos, com a sua transposição para o novo título, impõe-se ainda por força dos princípios e disposições normativas, nacionais e comunitárias, acima citadas relativas à protecção da confiança: trata-se de um direito atribuído à OPTIMUS que não pode ser eliminado ou restringido, nomeadamente, que não pode ser onerado.

Note-se, finalmente, que, estando nesta oportunidade a ser alvo de análise os direitos de utilização de frequências atribuídos na banda dos 900 MHz, não se pode deixar de referir que a

OPTIMUS dispõe de 39 canais na banda dos 900 MHz, enquanto a TMN e a Vodafone dispõem de 40 canais na mesma banda, o que na realidade coloca em desvantagem a OPTIMUS face aos seus directos concorrentes. Considera-se que este ponto deverá ser tido em devida conta pela Autoridade Reguladora, no sentido de garantir maior igualdade entre os operadores.

Artigo 7º, nº 1, alínea a) e nº2 – Obrigações de cobertura de voz e de dados até 9600 bps

O ICP – ANACOM pretende que a OPTIMUS assuma como cobertura mínima para o serviço de voz e de dados até 9600 bps, quer em termos geográficos, quer de população, os valores registados actualmente e não os constantes da actual licença.

Para o efeito solicita o envio de informação do actual grau de cobertura com um detalhe que extravasa em muito o que consta da actual licença GSM da OPTIMUS (Licença nº ICP - 014/TCM). Pois, esta licença apenas contempla obrigações de cobertura a nível nacional e das regiões autónomas, sendo que apenas com referência à população e não à área geográfica.

Embora não esteja absolutamente claro, uma vez que no que respeita às obrigações de reporte de informação estas são pedidas “apenas” por NUTS II (artigo 4º, alínea d)), parece que ICP – ANACOM poderá pretender impor agora para os serviços de voz e dados até 9600 bps obrigações específicas por Concelho e por localidade com mais de dez mil habitantes (artigo 7º, nº 1 e nº 2).

Para além de esta proposta do ICP – ANACOM significar um agravamento das condições previstas actualmente nos títulos que conferem direitos de utilização de frequências à OPTIMUS, o estabelecimento de obrigações de cobertura por Concelho, os quais são mais de 300, e por localidade com mais de dez mil habitantes é, na opinião da OPTIMUS, desproporcionada, injustificada e excessivamente onerosa.

Artigo 7º, nº 3 – Cumprimento das obrigações de cobertura

O ICP – ANACOM sustenta o SPD, entre outros, no aumento da eficiência na realização das coberturas, em termos de população e área, previstas nas licenças UMTS, mediante a reutilização das frequências GSM 900/1800 MHz. Ressalva, porém, que a unificação de títulos proposta não tem por efeito ou como resultado a extinção de processos de contra-ordenação já instaurados, ou que o venham a ser, por incumprimento de obrigações constantes dos actuais

títulos emitidos pelo ICP – ANACOM para a exploração de sistemas IMT2000/UMTS. A Optimus concorda com esta posição do ICP – ANACOM.

A este propósito é de referir ainda que, embora reconhecendo como positiva a flexibilização da utilização das frequências em linha com o princípio da neutralidade tecnológica que tem vindo a defender, a OPTIMUS reitera que a flexibilização agora proposta não constitui, no seu caso, um instrumento adicional para cumprir as obrigações em termos de área e de população previstas na sua licença UMTS. Efectivamente, como é do conhecimento do ICP – ANACOM, a OPTIMUS há muito que superou os compromissos de cobertura que assumiu no concurso para atribuição de direitos relativos ao sistema UMTS.

Artigo 7º, nº 4 – Imposição discricionária de coberturas adicionais

No SPD o ICP – ANACOM propõe a inclusão de uma disposição no título da OPTIMUS que prevê a possibilidade de determinar a cobertura de locais e zonas específicas sempre que tal se justifique, designadamente para satisfazer necessidades de comunicação que se revistam de interesse para a população e para o desenvolvimento económico de social.

Esta obrigação não consta das actuais licenças da OPTIMUS [IIC] ... FIC]

Para além desta questão de fundo, que por si só é decisiva, a OPTIMUS entende que, em qualquer caso, a inserção de tal disposição é inadequada e desproporcionada também pelos motivos que se apresentam de seguida.

Os operadores móveis têm adoptado as medidas necessárias e adequadas com vista a assegurar cobertura de rede em todos os locais onde existam ou possam vir a existir necessidades por parte dos utilizadores finais, como por exemplo, no caso do projecto relativo à cobertura da rede de metropolitano.

A experiência demonstra igualmente a necessidade de a cobertura de determinados locais e/ou infra-estruturas exigir que o trabalho seja realizado em parceria com as entidades responsáveis por esses mesmos locais ou infra-estruturas. Por exemplo, não podem ser fixados prazos de execução de cobertura sem que exista um compromisso de todas as partes sobre a exequibilidade do mesmo.

Pelo exposto, a OPTIMUS entende que não deverá constar do título relativo aos direitos de utilização de frequências qualquer obrigação que permita à Autoridade Reguladora a

determinação da cobertura de locais e zonas específicas. A cobertura e/ou reforço de cobertura de locais e infra-estruturas específicos deverá ser assegurada através de projectos específicos desenvolvidos em parceria com as entidades gestoras dos locais e/ou infra-estruturas e outras entidades públicas, sendo caso a caso definidas as condições de execução do projecto, designadamente prazos e formas de financiamento.