



RESPOSTA DA TMN — TELECOMUNICAÇÕES MÓVEIS NACIONAIS, S.A.

**CONSULTA PÚBLICA SOBRE A DEFINIÇÃO METODOLÓGICA RELATIVA AO
DESENVOLVIMENTO E IMPLEMENTAÇÃO DE UM MODELO DE CUSTEIO DE
TERMINAÇÃO MÓVEL**

**Aprovada por deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM de
18 de Março de 2011**

PREFÁCIO

O presente documento representa a resposta, **não-vinculativa**, da TMN – Telecomunicações Móveis Nacionais, S.A. (doravante “TMN”) à consulta pública sobre a definição metodológica relativa ao desenvolvimento e implementação de um modelo de custeio de terminação móvel, cujo lançamento foi aprovado por deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM de 18.03.2011.

Importa ainda salientar que os comentários, contributos e sugestões da TMN apresentadas neste documento tiveram em atenção a actual conjuntura do mercado e o quadro legal existente e não prejudicam a adopção de posições diferentes no futuro, caso se alterem as condições subjacentes à presente resposta.

ÍNDICE

1.	NOTA INTRODUTÓRIA	5
2.	COMENTÁRIOS GERAIS	7
2.1.	RECOMENDAÇÃO SOBRE O MODELO DE CUSTEIO DE TERMINAÇÃO MÓVEL	15
2.1.1.	Conceito e enquadramento jurídico das recomendações da Comissão	18
2.1.2.	Os termos da Recomendação e a análise ao artigo 19.º da Directiva-Quadro	22
2.1.3.	O caso da Noruega e do Reino Unido	26
2.2.	A DECISÃO DE NÃO APLICAÇÃO DA RECOMENDAÇÃO À LUZ DO ARTIGO 7.º DA DIRECTIVA-QUADRO	31
3.	COMENTÁRIOS ESPECÍFICOS	34
3.1.	OPERADOR	45
3.1.1.	Tipo de Operador	45
3.1.2.	Cobertura modelada	47
3.1.3.	Escala mínima eficiente	49
3.1.4.	Obtenção de escala mínima eficiente	51
3.2.	TECNOLOGIA	52
3.2.1.	Rede de rádio e atribuição de espectro	52
3.2.2.	Valor do espectro	53
3.2.3.	Rede de comutação a modular	54
3.2.4.	Rede de transmissão a modular	55
3.2.5.	Metodologia de topologia de rede	55
3.2.6.	Dimensionamento da rede	56
3.3.	SERVIÇOS DISPONIBILIZADOS	56
3.3.1.	Serviços modelados	56



3.3.2. Volume de tráfego	58
3.3.3. Migração da rede de acesso 2G para 3G	60
3.3.4. Custos retalhistas e grossistas	62
3.4. IMPLEMENTAÇÃO	63
3.4.1. Incremento relevante	63
3.4.2. Metodologia de depreciação de activos	65
3.4.3. Horizonte temporal	66
3.4.4. Remuneração do custo de capital	67
3.5. RELATÓRIO DA ANALYSYS	69
4. DILIGÊNCIAS COMPLEMENTARES	70
5. CONCLUSÕES	74

1. NOTA INTRODUTÓRIA

1. Por deliberação de 18.03.2011, o Conselho de Administração do ICP — Autoridade Nacional de Comunicações (“ICP-ANACOM” ou “Regulador”) aprovou o sentido preliminar de orientação a seguir sobre a definição metodológica relativa ao desenvolvimento e implementação de um modelo de custeio de terminação móvel, tendo decidido submeter esta matéria ao procedimento geral de consulta do artigo 8.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro (“Lei das Comunicações Electrónicas” ou só “LCE”) — a “Consulta Pública”.
2. Do documento da consulta faz parte o relatório “*Conceptual approach for mobile BURIC model*” elaborado pela consultora *Analysys Mason* (“Analysys”), à qual foi adjudicado, em 19.03.2010, pelo ICP-ANACOM, o projecto para o desenvolvimento e implementação de um modelo de custeio de terminação móvel.
3. Inicialmente, o prazo de resposta à Consulta Pública foi fixado pelo ICP-ANACOM em 20 dias úteis. Porém, por deliberação de 31.03.2011, e ainda antes do lançamento da Consulta Pública, o Regulador decidiu alargar o respectivo prazo por mais 8 dias úteis, tendo fixado o dia 13.05.2011 como o termo do prazo para a recepção de comentários.
4. No âmbito da Consulta Pública, o ICP-ANACOM considerou oportuno realizar uma sessão de discussão/esclarecimento sobre as principais opções metodológicas referidas no documento de consulta, a qual teve lugar em 13.04.2011 e contou com a participação da TMN.
5. No dia 06.04.2011, a TMN requereu o acesso ao processo administrativo, o qual lhe foi concedido no dia 15.04.2011.

6. Tendo constatado a insuficiência da documentação que constitui aquele processo, em 26.04.2011 a TMN apresentou um novo requerimento no qual solicitou que lhe fosse disponibilizada toda a informação relevante relativa ao processo administrativo. No dia 02.05.2011, a TMN requereu também que o prazo da Consulta Pública fosse prorrogado por um período não inferior a 20 dias úteis.
7. Os requerimentos da TMN foram indeferidos, respectivamente, em 05 e 06.05.2011.
8. Inconformada com o teor de ambas as comunicações, no dia 09.05.2011, a TMN apresentou um novo requerimento ao Regulador, insistindo na necessidade de lhe ser facultado acesso aos documentos em causa e reiterando o pedido de prorrogação do prazo da consulta. Até à data de entrega desta resposta, o ICP-ANACOM ainda não tinha respondido a este requerimento.
9. Posto isto, importa referir que esta resposta traduz a posição, **não-vinculativa**, da TMN em relação aos documentos submetidos a Consulta Pública. Tem-se presente que a submissão a consulta de projectos de deliberação é uma das formas de permitir a participação dos respectivos destinatários no processo de formação da vontade administrativa, servindo, de igual forma, para legitimar o exercício de funções públicas de cariz regulamentar. Tem-se ainda presente que o exercício das referidas funções será tanto mais legitimado quanto o Regulador tenha em linha de conta os comentários e contributos dos diversos interessados, nomeadamente, os da TMN expressos neste documento.
10. Em termos de estrutura, a TMN segue na sua resposta a divisão indicada no documento da consulta. Assim, num primeiro capítulo apresentam-se os comentários gerais aos temas que rodeiam a Consulta Pública e no capítulo seguinte abordam-se, individualmente, os princípios metodológicos que o ICP-ANACOM está a ponderar considerar no modelo de custeio em desenvolvimento. Finaliza-se com a referência às diligências complementares de prova que são requeridas nesta matéria pela TMN.

2. COMENTÁRIOS GERAIS

11. O primeiro comentário da TMN à presente consulta pública diz respeito à escolha, por parte do ICP-ANACOM, do modelo de custeio LRIC puro.
12. Em relação a esta matéria, e como se evidenciará em diversos pontos ao longo desta resposta, a TMN considera que a Consulta Pública tem subjacente um erro de abordagem que acaba por afectar, na nossa opinião, a consistência do sentido preliminar de orientação apresentado pelo ICP-ANACOM.
13. Com efeito, analisando os documentos da consulta fica claro que o Regulador assumiu como pressuposto que o tipo de modelo de custeio (LRIC puro) *sugerido* na Recomendação da Comissão 2009/396/CE, de 7 de Maio, relativa ao tratamento regulamentar das tarifas de terminação de chamadas em redes fixas e móveis na UE¹ (a “Recomendação”), tinha de, forçosamente, ser o tipo de modelo escolhido a nível nacional. De facto, o fundamento da escolha do LRIC puro assenta exclusivamente no facto de ser o tipo de modelo cuja aplicação é *aconselhada* pela Comissão.
14. Esta conclusão resulta de forma evidente da circunstância de o ICP-ANACOM não ter apresentado na Consulta Pública qualquer análise ou estudo de impacto para consubstanciar a sua posição. Este aspecto leva inevitavelmente à conclusão de que os termos da Recomendação foram considerados como *o pressuposto de base* para a consulta agora a decorrer.
15. De facto, ao invés de realizar uma análise prévia e detalhada sobre qual o tipo de modelo de custeio a aplicar para a terminação móvel, o ICP-ANACOM propõe sem qualquer fundamentação a adopção do modelo LRIC puro em Portugal. Como resulta claro dos documentos de consulta, o Regulador decidiu-se pelo modelo LRIC puro não porque considere que este seja o modelo que melhor promove a concorrência e o

¹ Publicado no JOCE de 20.05.2009 – L 124/67.

aumento do bem-estar dos consumidores ou por entender tratar-se do modelo mais ajustado às características do mercado nacional; na verdade, o ICP-ANACOM decidiu escolher este modelo apenas e só porque tal corresponde à metodologia de contabilização de custos *recomendada* pela Comissão, sendo que todos os demais aspectos metodológicos a comentar pelos interessados têm sempre subjacente a aplicação desse modelo.

16. Por conseguinte, na presente Consulta Pública não se analisa — como devia necessariamente ser o caso —, qual o tipo de modelo de custeio mais apropriado para Portugal. Pelo contrário, apenas se discute quais os aspectos concretos de aplicação do modelo LRIC puro, uma vez que o Regulador decidiu tomar como pressuposto que este deveria ser o modelo a aplicar.
17. Ora, a TMN considera que esta perspectiva não é a correcta. A nosso ver, impunha-se que o ICP-ANACOM explicasse detalhadamente as razões pelas quais entende que o modelo LRIC puro é preferível face a outras metodologias igualmente válidas. Impunha-se ainda que o Regulador justificasse por que razão entende que o LRIC puro é o modelo mais adequado à luz das especificidades nacionais. Por fim, impunha-se que o Regulador, antes de decidir qual o modelo a implementar, tivesse dado oportunidade aos interessados para se pronunciarem sobre esta relevantíssima questão.
18. Ora, é precisamente por estas razões — que se irão detalhar ao longo desta resposta e no capítulo final — que a TMN considera que o ICP-ANACOM deve realizar diligências complementares de forma a sustentar, cabalmente, a aplicação do modelo de custeio LRIC puro em Portugal.
19. Sem prejuízo do que se disse atrás, a verdade é que existe outra questão transversal na actual consulta que a TMN não pode deixar de aqui referir.
20. Tal como salientado pelo Regulador, a Consulta Pública tem como principal objectivo auscultar os diversos interessados sobre as opções metodológicas a incluir no modelo

de custeio de terminação móvel. Segundo informação disponibilizada pelo ICP-ANACOM, este modelo encontra-se presentemente a ser desenvolvido pela consultora *Analysys* e os seus contornos não são ainda conhecidos. Foi, ainda, referido pelo ICP-ANACOM à TMN que o desenvolvimento, implementação e aplicação do modelo de custeio propriamente dito serão abordados numa outra consulta pública, que se seguirá à presente.

21. Neste sentido, tudo indica que as reflexões originadas pela actual Consulta Pública serão incorporadas na consulta subsequente, no contexto da qual o modelo de custeio de terminação móvel será apresentado ao mercado de forma mais detalhada — conclusão que a TMN gostaria de ver esclarecida atendendo ao entendimento expresso pelo ICP-ANACOM de que ambos os documentos fazem parte de processos administrativos distintos.
22. Sem pretender colocar em causa os objectivos subjacentes à Consulta Pública — até porque todos os acréscimos de transparência no processo de formação da vontade administrativa e de número de oportunidades de participação dos interessados na mesma são factores que devem ser valorados positivamente — a TMN teve oportunidade de referir ao ICP-ANACOM, e reafirma este entendimento agora, que teria sido preferível que, em conjunto com os documentos da consulta, tivesse sido publicado uma versão *draft* do modelo de custeio em que a *Analysys* tem vindo a trabalhar.
23. De facto, face à complexidade da matéria em causa e ao pouco detalhe e fundamentação como são descritas as opções metodológicas que estão a ser consideradas pelo ICP-ANACOM nos documentos de consulta, a TMN, assim como de resto, presume-se, os restantes interessados, tem compreensível dificuldade em entender cabalmente, de que forma vão ser reflectidas nos algoritmos e na estrutura do modelo de custeio, essas opções metodológicas e quais as suas reais implicações.

24. Neste sentido, a TMN teve já oportunidade de alertar para o facto de que, para se ter uma compreensão mais profunda dos princípios metodológicos aludidos nos documentos da consulta, seria essencial ter acesso, ainda que numa versão preliminar, a aspectos mais concretos do modelo de custeio que está a ser desenhado pela *Analysys*.
25. Aliás, atendendo, por um lado, ao tempo decorrido desde a adjudicação do projecto a esta entidade e aos trabalhos já realizados e, por outro, ao calendário previsto para conclusão do modelo de custeio de terminação móvel, é razoável admitir que o modelo já esteja numa fase bastante avançada, pelo que não se vislumbram quais as razões que ditaram a sua não disponibilização neste momento.
26. Ou seja, para além de o ICP-ANACOM ter decidido não discutir/analisar o modelo de custeio mais adequado para o mercado nacional, tomando essa decisão sem auscultar os interessados, lançou a Consulta Pública sem disponibilizar o modelo que está a ser desenvolvido.
27. Naturalmente, esta opção do ICP-ANACOM prejudica a utilidade da participação da TMN, assim como dos restantes interessados, neste procedimento, impedindo-a de contribuir de forma tão construtiva e aprofundada como poderia fazer caso tivesse tido acesso a uma versão *draft* do modelo de custeio que a *Analysys* tem estado a desenvolver para o serviço de terminação de chamada em redes móveis, facto que prejudicará necessariamente uma decisão fundamentada e esclarecida por parte do ICP-ANACOM. De referir que, apesar de se ter tratado de uma iniciativa bastante útil, a realização da sessão de discussão do passado dia 13.04.2011 não foi claramente suficiente para colmatar a ausência de informação resultante do não conhecimento dos termos concretos do modelo de custeio.
28. Neste contexto, a TMN receia que a presente Consulta Pública, para além de ter subjacente um erro de abordagem (a escolha do modelo LRIC puro sem qualquer análise ou estudo de impacto), não tenha os resultados desejados pelo ICP-ANACOM.

De facto, será inevitável que todos os interessados voltem a comentar e a analisar as opções metodológicas da actual consulta quando tiverem conhecimento dos termos do modelo. Também, inevitavelmente, os interessados não estão em condições de tomar posição definitiva sobre os aspectos submetidos a consulta, admitindo-se que, à semelhança da TMN, reservem uma posição definitiva para um momento em que tenham acesso aos termos do modelo de custeio. Nesse sentido, a TMN crê que a actual Consulta Pública poderá não ter a utilidade esperada por não ser possível aos interessados apresentar os seus comentários de modo a poderem sustentar uma tomada de decisão esperada pelo ICP-ANACOM.

29. A TMN acredita assim que, à luz da *ratio legis* do artigo 8.º da LCE, o qual tem subjacente o artigo 6.º da Directiva-Quadro, a presente Consulta Pública teria beneficiado, e muito, com a disponibilização de uma versão preliminar do modelo de custeio em desenvolvimento. Crê-se que os objectivos do procedimento geral de consulta sairiam certamente fortalecidos se esta tivesse sido a opção do ICP-ANACOM.
30. Não tendo sido esse o caso, a TMN gostaria de deixar claro que lamenta a opção seguida pelo ICP-ANACOM e não se considera vinculada aos comentários apresentados neste documento, no sentido em que se reserva a possibilidade de vir a adoptar posições diferentes das agora assumidas aquando da tomada de conhecimento do modelo de custeio de terminação móvel. Por outras palavras, as posições ora assumidas pela TMN não poderão considerar-se vinculativas, reservando-se esta empresa o direito de rever, alterar ou aprofundar os seus comentários na futura consulta sobre o modelo de custeio, bem como voltar a abordar os princípios metodológicos que estão actualmente referidos nos documentos da consulta.
31. Para além dos aspectos que vimos referindo — que, como se evidenciou, prejudicam não apenas a consistência da abordagem do ICP-ANACOM, como também a utilidade da intervenção da TMN nesta Consulta Pública — é ainda de salientar a incompletude

do processo administrativo atinente a esta temática, traduzida na falta de elementos que, no nosso entender, não poderiam deixar de o integrar.

32. Pelas implicações que estes aspectos assumem em termos de legalidade das deliberações subsequentes do ICP-ANACOM, a TMN permite-se salientar de forma detalhada a actuação do Regulador nesta matéria.
33. Como foi já referido, uma vez recebida, em 04.04.2011, a documentação respeitante à Consulta Pública, a TMN diligenciou, logo em 06.04.2011, no sentido de requerer ao ICP-ANACOM o acesso ao processo administrativo, bem como a obtenção de cópia simples dos elementos que o integrassem. O ICP-ANACOM respondeu a este requerimento em 15.04.2011, comunicando a decisão de concessão de acesso ao processo administrativo e disponibilizando uma cópia simples dos elementos que o integravam.
34. Analisada a documentação enviada, a TMN constatou, com surpresa, que o Regulador apenas tinha disponibilizado os elementos já transmitidos aquando do lançamento da Consulta Pública, os quais não permitiam, porém, extrair qualquer informação sobre as opções e análises que foram consideradas e levadas a cabo pelo ICP-ANACOM para adopção do sentido preliminar de orientação relativo à metodologia do modelo de custeio.
35. Entre outros elementos, verificou a TMN não constarem do processo administrativo: (i) os elementos respeitantes ao concurso público lançado pelo ICP-ANACOM em 12.10.2009, que culminou com a adjudicação à *Analysys* do projecto de desenvolvimento do modelo de custeio de terminação móvel e (ii) os elementos relativos ao trabalho desenvolvido por esta consultora, em especial, a informação recolhida junto dos operadores móveis, assim como os elementos discutidos e analisados entre esta entidade e o Regulador.
36. Face à incompletude do processo administrativo, a TMN solicitou ao ICP-ANACOM, por requerimento de 26.04.2011, que toda a informação e elementos em falta

pertencentes ao procedimento administrativo o passassem a integrar, tendo ainda solicitado, cópia simples dos elementos que não tinham sido disponibilizados.

37. Tal como a TMN salientou nessa altura e reafirma agora, a análise aos elementos em falta no processo administrativo era, e é, fundamental para que os interessados tenham a oportunidade de participar de forma construtiva e detalhada na formação da vontade administrativa. Mais importante, o conhecimento desses elementos era, e continua a ser, imprescindível para ser dado cumprimento aos objectivos subjacentes ao procedimento geral de consulta do artigo 8.º da LCE e às finalidades da audiência prévia regulada nos artigos 100.º e 101.º do Código do Procedimento Administrativo (CPA).
38. O ICP-ANACOM deu resposta a este requerimento da TMN em 05.05.2011. No essencial, o Regulador salientou que os elementos solicitados existem mas, supostamente, não dizem respeito ao processo da Consulta Pública, mas sim a um outro procedimento administrativo, respeitante ao “*desenvolvimento, implementação e aplicação do modelo de custeio referente às terminações móveis*”.
39. Naturalmente, a TMN não se conforma com esta posição do ICP-ANACOM, a qual se considera não ter adesão à realidade substantiva em causa e, mais grave, entende ser violadora do direito de informação procedimental de que esta empresa é titular.
40. Como já teve oportunidade de referir no requerimento apresentado ao ICP-ANACOM, no passado dia 08.05.2011, a TMN volta a salientar que, atendendo aos objectivos desta consulta — que, no entender do próprio Regulador, deve preceder a consulta sobre a adopção do modelo de custeio propriamente dita — não se concebe de que forma e com que fundamentos se pode argumentar que a actual Consulta Pública constitui um procedimento administrativo distinto da futura consulta sobre o “*desenvolvimento, implementação e aplicação do modelo de custeio referente às terminações móveis*”. Como parece evidente, estas matérias estão intrínseca e

umbilicalmente interligadas, pelo que o argumento do ICP-ANACOM não pode manifestamente proceder.

41. De qualquer forma, a TMN, como directa interessada no procedimento respeitante ao “*desenvolvimento, implementação e aplicação do modelo de custeio referente às terminações móveis*”, sempre beneficiaria da tutela, plasmada nos artigos 61.º e 62.º do CPA e na Constituição da República Portuguesa (CRP), do seu direito de informação procedimental em relação a esta matéria, aspecto que reforça a ilegalidade da actuação do ICP-ANACOM.
42. A TMN não pode assim deixar de apresentar o seu mais veemente protesto relativamente à actuação do ICP-ANACOM, e gostaria de salientar que não compreende por que motivos esta autoridade optou por não disponibilizar o acesso aos documentos acima referidos, sobretudo sendo certo que tal actuação comporta, pelo menos, o risco de ferir de ilegalidade as deliberações que o Regulador venha a tomar, o qual seria perfeitamente evitável com uma divulgação transparente da informação em causa.
43. Nestes termos, a TMN gostaria de deixar claro que considera que não teve acesso a todos os elementos necessários para preparar a sua resposta, o que traduz uma desconformidade face às exigências dos artigos 100.º e 101.º do CPA, disposições que exigem que os documentos da consulta forneçam os *elementos necessários para que os interessados fiquem a conhecer todos os aspectos relevantes para a decisão, nas matérias de facto e de direito*, o que manifestamente não sucedeu no caso concreto.
44. Para além disto, a TMN lamenta que a actuação do Regulador nesta matéria não esteja em conformidade com os princípios administrativos da boa-fé e da colaboração da Administração com os particulares, os quais têm assento legal nos artigos 6.º-A e 7.º do CPA. Aliás, é de salientar a este propósito o disposto na al. a) do n.º 1 do artigo 7.º, o qual estabelece que os órgãos da Administração Pública devem *prestar aos*

particulares as informações e os esclarecimentos que careçam, o que não ocorreu neste caso.

2.1. RECOMENDAÇÃO SOBRE O MODELO DE CUSTEIO DE TERMINAÇÃO MÓVEL

45. A Recomendação citada no capítulo anterior *aconselha* a que, a partir de 31.12.2012, os preços grossistas de terminação sejam implementados a um nível baseado na boa relação custo-eficácia e simétrico, *sugerindo*, como já se aludiu, a aplicação de uma abordagem de modelização ascendente que utilize a metodologia de custeio *Long Run Incremental Cost* – LRIC puro (Custos Incrementais de Longo Prazo).
46. Analisando os documentos da Consulta Pública, torna-se claro que o ICP-ANACOM decidiu seguir integralmente as *sugestões de actuação* previstas na Recomendação. É patente, para qualquer interessado, que existe uma verdadeira “colagem” entre aquilo que a Comissão *aconselha* ou *recomenda* que as Autoridades Reguladoras Nacionais (ARN) façam em termos de modelo de custeio de terminação móvel e aquilo que o ICP-ANACOM pretende implementar no mercado nacional.
47. Na verdade, quase se pode afirmar que o sentido preliminar da orientação a seguir em matéria de modelo de custeio das tarifas de terminação de chamadas em redes móveis é um mero decalque dos termos da Recomendação.
48. De facto, como já se salientou, tudo indica que o ICP-ANACOM partiu do pressuposto (quanto a nós, errado) de que as meras *linhas de orientação* previstas na Recomendação consagrariam a única opção do ponto de vista de implementação de um modelo de custeio de terminação móvel, sendo desta forma “mandatórias” para as ARN em todos os seus aspectos.
49. Da leitura dos documentos da consulta resulta de facto que, lamentavelmente, e como já se apontou, o Regulador não julgou necessário testar a adequação do modelo LRIC puro *sugerido* pela Recomendação em Portugal, nem cuidou de fundamentar porque

razão entende que o mesmo tem sentido e representa a melhor opção à luz das razões específicas do mercado português. Para além disto, o ICP-ANACOM decidiu seguir, praticamente na íntegra, as *recomendações* da Comissão

50. A TMN não pode aceitar nem concordar com esta orientação do ICP-ANACOM. E não o pode fazer porque, entre outros aspectos, a posição do Regulador desvirtua a natureza da Recomendação, atribuindo-lhe um nível de imperatividade que a mesma não tem, nem pode ter, e, por outro lado, desconsidera a obrigação de fundamentação das decisões administrativas, em especial por não explicar as razões pelas quais o Regulador entende que se devem seguir, de forma cega e sem qualquer discussão ou validação, os *meros conselhos e sugestões não vinculativas* da Comissão nesta matéria.
51. Tal como se demonstrará nos parágrafos seguintes, considera-se, em primeiro lugar, à luz dos princípios de direito comunitário aplicáveis, que a natureza e os termos da Recomendação não vinculam o ICP-ANACOM, podendo este optar por um modelo de custeio diferente ou por divergir em determinadas matérias da Recomendação. Em segundo lugar, entende-se que seria sempre da responsabilidade do Regulador, a pretender seguir na íntegra os termos da Recomendação, analisar o impacto da aplicação de cada uma das suas regras à luz das características do mercado português, bem como explicitar, de forma suficientemente fundamentada, as razões que, no seu entender, justificam o acompanhamento integral da visão da Comissão nesta matéria.
52. O que, no entender da TMN, o ICP-ANACOM manifestamente não podia fazer era decidir aplicar *ipsis verbis* a Recomendação, como se o seu conteúdo fosse vinculativo — o que juridicamente não é o caso — ou como se o modelo cuja aplicação é recomendada pela Comissão fosse, por natureza e sem necessidade de análise, a solução mais ajustada para o mercado português — o que não pode ser feito sem fundamentação, como, de resto, o não fizeram outras ARN, como o OFCOM, que

justificou sempre as suas opções após análise do respectivo impacto e confronto com outras metodologias possíveis e à partida igualmente válidas.

53. Na verdade, o ICP-ANACOM limita-se a referir no documento de consulta que *“nos termos do n.º 2 do art.º 19.º da Directiva Quadro (e da LCE) os Estados Membros devem garantir que as ARN tenham na melhor conta (“utmost account”) as Recomendações da CE, visando um objectivo de harmonização a nível europeu e de desenvolvimento do mercado interno, objectivo esse a que os reguladores nacionais estão comprometidos. Seria assim necessário neste contexto justificar circunstanciadamente, perante a própria CE, o afastamento da Recomendação 2009/396/CE na base de razões atendíveis que, à partida, não se identificam no caso português”* (destaque nosso).
54. Daqui resulta muito claro que o ICP-ANACOM não testou minimamente o resultado da aplicação da Recomendação no mercado nacional e, sem efectuar qualquer tipo de análise (nomeadamente um estudo de impacto) que a pudesse levar (ou não) a encontrar razões atendíveis para divergir dos termos da Recomendação, concluiu liminarmente que tais razões pura e simplesmente não existem.
55. A TMN não pode aceitar esta posição e espera que a presente resposta conduza à sua revisão pelo ICP-ANACOM, vindo o Regulador, pelo menos, a analisar o impacto da aplicação da Recomendação no mercado nacional, explicitando as razões porque considera que o modelo recomendado pela Comissão é a melhor opção, testando-o face a outras hipóteses igualmente válidas e que, ao contrário do que afirma, são compatíveis com os termos da Recomendação, como se verá adiante.
56. Recorre-se aqui às palavras do OFCOM que ilustram, de forma muito clara, esta questão: *“a major change in the regime for setting regulated termination charges would need to be based on a thorough and evidence-based impact assessment”*, uma

vez que “*inappropriate intervention can potentially lead to regulatory failure that might be just as detrimental for competition and/or consumers as market failure*”².

57. Dados os termos em que o ICP-ANACM coloca o problema, considera-se necessário esclarecer qual a natureza jurídica da «Recomendação» e o seu enquadramento no conjunto dos actos normativos da União Europeia, bem como os efeitos jurídicos, internos e externos, que a sua aplicação comporta. Vejamos então estes aspectos.

2.1.1. Conceito e enquadramento jurídico das recomendações da Comissão

58. Em termos gerais, as recomendações são actos da Comissão dirigidos ao Conselho ou aos Estados-Membros. Conforme o seu nome indica, visam a obtenção de uma certa conduta, positiva ou negativa, por parte do seu destinatário³, visando frequentemente a aproximação das legislações nacionais ou a adaptação de uma dada regulamentação interna ao regime da União Europeia. Não visam, de forma alguma, impor comportamentos ou actos.
59. Apesar de tudo, as recomendações são uma das fontes do Direito da União. Enquanto fonte de direito, enquadram-se naquelas que não têm carácter obrigatório, sendo a sua influência, na maior parte dos casos, indirecta, uma vez que visam contribuir para orientar as legislações dos Estados-Membros. Ao contrário do que acontece com outros actos típicos da União, como os regulamentos, as directivas ou as decisões, **não há qualquer vinculatividade inerente às recomendações**. Estas podem, complementarmente, ter uma função de integração de lacunas de outros actos jurídicos da União de carácter obrigatório.
60. O cariz indicativo, interpretativo, não vinculativo e complementar das recomendações torna-se ainda mais claro se analisarmos os termos em que esta matéria surge

² OFCOM – Technical Annex to BERR-Ofcom comments on the draft Commission Recommendation on the regulatory treatment of fixed and mobile termination rates in the EU.

³ Cf., *Acórdãos do Tribunal de Justiça das Comunidades*, José Guerreiro Joaquim, Conceição Fraga, Gabriel Jorge de Almeida Ribeiro., p.12, 1986, Texto Editora.

reflectida no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), aprovado pelo Tratado de Lisboa.

61. Nos termos do artigo 288.º do TFUE: *“para exercerem as competências da União, as instituições adoptam regulamentos, directivas, decisões, recomendações e pareceres. O regulamento tem carácter geral. É obrigatório em todos os seus elementos e directamente aplicável. A directiva vincula o Estado-Membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios. A decisão é obrigatória em todos os seus elementos. Quando designa destinatários, só é obrigatória para estes. As **recomendações e os pareceres não são vinculativos**”* (destaque nosso).
62. Portanto, daqui resulta muito claro que as recomendações não são vinculativas e, como tal, não obrigam os seus destinatários. Tal como decorre do próprio *“nomem iuris”*, a recomendação é, por definição, um acto através do qual se expressa uma situação que é desejável, mas não obrigatória.
63. Assim, deve entender-se que uma recomendação é, tão-só, um instrumento que encerra um convite aos seus destinatários para a adopção de um dado comportamento. Como refere FAUSTO QUADROS⁴, as recomendações cumprem a função das directivas, enquanto vêm prever e disciplinar o comportamento dos órgãos aos quais se destinam, mas, o seu carácter não vinculativo implica que, para que um determinado conteúdo de uma recomendação seja obrigatoriamente acatado, deve esta ser seguida de um acto vinculativo, que acolha o seu conteúdo. A recomendação terá assim, no máximo, um efeito persuasivo e uma natureza declarativa.
64. Também da análise à jurisprudência do Tribunal de Justiça (TJ) esta matéria surge enquadrada nos termos que foram atrás indicados. Vejamos aqui alguns exemplos (sem destaque no original):

⁴ Cf. *Direito da União Europeia*, Almedina, 2004, pág. 367.

65. No Acórdão 322/88, de 15.07.1976, o TJ referiu que: *“As recomendações (...) não são vinculativas, são geralmente adoptadas pelas instituições da Comunidade quando não detêm, em virtude do Tratado, o poder de adoptar actos obrigatórios ou quando determinam que não se devem aplicar regras mais vinculativas (...)”*⁵.
66. No âmbito do mesmo processo, o Advogado-Geral explicava nas suas conclusões que: *“com efeito, por muito claras, incondicionais, precisas e inequívocas (...) que possam ser as disposições materiais de uma recomendação, por definição uma recomendação não prescreve qualquer obrigação de que se espere um resultado. Assim, os Estados-membros aos quais é dirigida não têm apenas liberdade de escolher a forma e os meios de a transpor para o direito nacional, o que podem fazer no caso de uma directiva, têm ainda inteira liberdade de lhe dar ou não seguimento”*⁶.
67. Também no Acórdão C-1/96, de 19.03.1998, o TJ salientou que *“quanto à recomendação, não é directamente aplicável no direito interno das partes e, mesmo que as suas disposições fossem mais precisas que as da (...), não é menos certo que um texto deste tipo não contém prescrições juridicamente vinculativas para as partes contratantes e portanto para a Comunidade (...). A recomendação não é directamente aplicável no direito interno das partes e a sua execução far-se-á segundo as modalidades que cada parte considere adequadas, ou seja, no âmbito da sua legislação ou da sua prática administrativa”*.
68. Por fim, nas conclusões da Advogada-Geral apresentadas no âmbito do Acórdão C-101/08, de 30.06.2009, esta refere, com particular clareza, o seguinte: *“à semelhança dos pareceres, as recomendações (...) não constituem actos vinculativos das instituições comunitárias, pelo que podem eventualmente relevar como auxiliares*

⁵ No mesmo sentido, os Acórdãos, Frecassetti/Amministrazione delle Finanze dello Stato, Processo n.º 113/75, de 9 de Julho de 1977, e Van Ameyde/UCL, Processo n.º 90/76.

⁶ Cf. para as conclusões dos Advogados-Gerais nos processos citados na nota anterior.

de interpretação, mas não são susceptíveis de criar direitos ou deveres para os particulares”.

69. Perante o exposto, parece ser inequívoca a natureza jurídica das recomendações da Comissão. Embora tenham algumas características de generalidade e abstracção, não têm eficácia injuntiva para os seus destinatários, não podendo criar regras que devam ser seguidas, sendo estes livres de seguir (ou não) os termos das recomendações.
70. Assim sendo, parece possível qualificar as recomendações como um acto meramente opinativo⁷, através do qual a Comissão dá a conhecer aos destinatários o entendimento que está subjacente à sua actuação e *aconselha* os comportamentos que, do seu ponto de vista, melhor se adequam aos propósitos e finalidades em causa, mas que não vinculam nos termos em que são feitas.
71. Dito isto, há, porém, que reconhecer que se tem vindo a assistir a uma alteração no tom do texto das recomendações emitidas pela Comissão, no contexto do quadro regulamentar das comunicações electrónicas. De facto, a terminologia usada parece ser cada vez mais “prescritiva”, sendo utilizadas com cada vez maior frequência expressões como “deve” (em vez de “pode”), com uma carga injuntiva que não se ajusta à natureza jurídica destes actos.
72. No caso particular do sector das comunicações electrónicas (e o aspecto que se acabou de referir é, de alguma forma, notório no texto da Recomendação), este novo “tom” da Comissão não pode, no entender da TMN, ser descontextualizado das vicissitudes que rodearam a última revisão do quadro regulamentar europeu. Recorde-se que um dos temas mais polémicos do processo de revisão foi, precisamente, o reforço substancial dos poderes da Comissão, nomeadamente através da pretendida detenção de um direito de veto em matéria de “remédios”. Como é sabido, esta pretensão da Comissão

⁷ De facto, para a maioria da doutrina, a importância das recomendações é sobretudo política e moral. Os autores dos Tratados, ao preverem estes actos jurídicos, fizeram-no na expectativa de que os destinatários, tendo em conta o prestígio das instituições comunitárias e o facto de estas disporem de uma visão geral e de conhecimentos que ultrapassam o âmbito nacional, os acatariam voluntariamente.

foi fortemente rejeitada pelos Estados-Membros, que deixaram muito claro que não pretendiam nem a consagração de um “Regulador Europeu”, nem o reforço substancial dos poderes da Comissão nem, conseqüentemente, a perda de margem de manobra por parte das ARN.

73. Ora, admitir que a Comissão venha, através do uso de linguagem prescritiva nas suas recomendações, atribuir carácter mandatário ou vinculativo às regras que aquela entidade gostaria de ver adoptadas corresponde, na verdade, a *deixar entrar pela janela aquilo a que se quis fechar a porta*.
74. A TMN considera, assim, que a terminologia crescentemente imperativa usada nas Recomendações mais recentes da Comissão não só em nada altera a natureza jurídica daqueles actos, como não deve impressionar o ICP-ANACOM, uma vez que, seja qual for a carga prescritiva dos termos usados, trata-se de um aspecto formal que em nada modifica a sua natureza não vinculativa e não obrigatória.
75. Por último, vale a pena salientar que compete às ARN garantir que a margem de autonomia que lhes foi assegurada pelos Estados-Membros, com a rejeição das propostas de reforço dos poderes da Comissão, não é desperdiçada por uma “colagem” excessiva às recomendações da Comissão ou por uma atribuição a estes instrumentos de uma carga injuntiva que os mesmos manifestamente não têm.

2.1.2. Os termos da Recomendação e a análise ao artigo 19.º da Directiva-Quadro

76. A TMN considera que as referências feitas no ponto anterior a propósito da natureza e efeitos das recomendações não podem deixar de ser tidas em consideração no âmbito da Consulta Pública.
77. De facto, julga-se ter ficado claro que o acto jurídico «recomendação» não vincula os seus destinatários e, por conseguinte, não os impede de adoptarem posições divergentes das *aconselhadas* pelo órgão emissor. Neste sentido, o ICP-ANACOM

não está obrigado a acatar as *sugestões de actuação* da Comissão. E, se o fizer, tem de justificar por que motivos o faz, não bastando de todo como fundamentação das suas opções referir que estas vão na direcção recomendada pela Comissão. Da mesma forma, se depois de uma adequada análise de impacto que tenha em consideração as características no mercado nacional, chegar à conclusão de que deve afastar-se do caminho recomendado pela Comissão, deverá fazê-lo, justificando-o fundamentadamente, já que a lei obriga as ARN a tomarem na máxima linha de conta (“*utmost account*”) as recomendações da Comissão.

78. Se do ponto de vista da natureza jurídica das recomendações é já manifesto que estes actos não vinculam as ARN, vale a pena analisarmos agora alguns aspectos específicos da Recomendação que nos parecem relevantes para a matéria em análise.
79. Comece-se logo pelos termos em que a *sugestão* do modelo de custeio LRIC puro é colocada no ponto 2. da Recomendação, no qual a Comissão é clara ao indicar que a aplicação deste modelo é uma mera *recomendação* (ou, como vimos, um mero conselho ou opinião) e nada mais do que isso.
80. Com efeito, as escolhas terminológicas (muitas vezes traduzidas em expressões como “deve”) não podem ser vistas como tendo sido feitas ao acaso, devendo ser dado relevo ao facto de, neste ponto, a Comissão referir o seguinte: “**Recomenda-se** que a *avaliação dos custos de um operador eficiente se baseie nos custos correntes e recorra a uma abordagem de modelização ascendente que utilize os custos adicionais de longo prazo (CALP) como metodologia pertinente de cálculo*” (destaque nosso).
81. Isto apenas confirma que seria perfeitamente possível, sem entrar em “choque” com os termos da Recomendação, que o ICP-ANACOM tivesse confrontado o modelo de custeio aconselhado pela Comissão com outros modelos alternativos.
82. Sendo este o caso, não se compreende a adesão “cega” do ICP-ANACOM aos termos da Recomendação, já que, quer pela natureza do acto em si, quer pelos termos em que

está redigida, seria sempre possível ao Regulador, sem que com isso pudesse ser censurado pela Comissão, divergir do conteúdo da Recomendação ou, no mínimo, levar a cabo um *impact assessment* da aplicação do modelo de custeio sugerido.

83. Portanto, é patente que, mesmo atendendo aos termos concretos da Recomendação, haveria espaço para a consideração de afinações ao tipo de modelo de custeio sugerido pela Comissão, sem que isso pudesse ser visto como um qualquer tipo de violação daquele instrumento comunitário.
84. Os aspectos que vimos citando acabam por ser um mero reflexo da natureza das recomendações. São também o reconhecimento, por parte da Comissão, de que numa matéria sensível, como é o caso do modelo de custeio de terminação móvel, não poderia deixar de ser dada margem aos Estados-Membros e às respectivas ARN. De facto, a circunstância de o modelo de custeio ser tratado numa recomendação, e não noutra acto jurídico (como um Regulamento), resulta também da constatação que não seria possível impor um modelo transversal, sendo, portanto, mais adequado deixar margem de manobra às ARN nesta matéria⁸.
85. Estes aspectos não podem deixar de ser tidos em conta na interpretação do n.º 2 do artigo 19.º da Directiva-Quadro (com a redacção dada pela Directiva 2009/140/CE⁹), disposição que o ICP-ANACOM cita no documento de consulta (cf. p. 8).
86. De facto, apesar de ali se prever que as ARN devem ter na melhor conta as recomendações da Comissão, esta disposição não altera a natureza não vinculativa destes actos jurídicos. É bom sublinhar que esta referência não significa (i) que as ARN sejam forçadas a seguir o conteúdo das recomendações, nem (ii) que se possam desresponsabilizar da obrigação de fundamentar as suas decisões caso decidam seguir os termos da recomendação.

⁸ É de referir que uma das principais críticas apontadas à Recomendação assenta no facto de ser demasiado genérica no que se refere à indicação das razões que levaram a Comissão a optar por um modelo LRIC puro em detrimento de outros modelos igualmente válidos, nomeadamente do LRIC+.

⁹ Na versão original da Directiva-Quadro, esta matéria constava do artigo 19.º, n.º 1.

87. A única exigência que é formulada no artigo citado é a de que, caso uma ARN decida divergir de uma recomendação, informe desse facto a Comissão e fundamente a sua posição, o que, em bom rigor, acaba por coincidir com os requisitos normais de fundamentação já exigidos à luz dos artigos 7.º e 7.º-A da Directiva-Quadro.
88. Ainda a este propósito, deve referir-se que existem vários exemplos de situações em que o Regulador decidiu não seguir as recomendações/conselhos da Comissão. Pela sua importância para a matéria da Consulta Pública, vale a pena recordar o caso da deliberação de 02.07.2008, através da qual o Regulador decidiu re-introduzir em Portugal a assimetria nas tarifas de terminação móvel.
89. Com efeito, nos comentários que efectuou ao SPD do ICP-ANACOM sobre a matéria, a Comissão manifestou uma grande preocupação com a proposta de introdução de assimetria tarifária a favor da Optimus, *“relembrando ao ICP-ANACOM que as taxas de terminação móvel devem ser, normalmente, simétricas e que a assimetria exige uma justificação adequada”* e salientando que *“a persistência de uma taxa de terminação mais elevada não seria justificada (...) e poderia mesmo desencorajar os operadores de menor escala a expandirem a sua quota de mercado”*. A Comissão concluiu os seus comentários, solicitando ao ICP-ANACOM que *“reconsidere a assimetria das taxas de terminação móvel propostas no que respeita à Optimus”*.
90. No entanto, e apesar de o ERG, na sua Posição Comum sobre a simetria na terminação de chamadas em redes fixas e em redes móveis (de Fevereiro de 2008) também estabelecer que as tarifas de terminação devem normalmente ser simétricas, o ICP-ANACOM decidiu não acatar a recomendação formulada pela Comissão e manteve, na deliberação final que adoptou em 02.07.2008, a assimetria tarifária que havia sido proposta no SPD notificado à Comissão.
91. Outro exemplo relevante tem que ver com a recomendação sobre mercados relevantes (Recomendação 2007/879/CE, de 17.12.2007). De facto, ainda recentemente, o ICP-

ANACOM decidiu definir um mercado relevante (o mercados dos segmentos de trânsito nas “Rotas NC”), quando esta recomendação eliminou o mercado de trânsito da listagem por o considerar concorrencial. Ora, este é um exemplo importante de uma situação em que o Regulador se afastou das recomendações da Comissão, apesar de estar obrigado a levá-las na máxima conta.

92. Assim, a TMN constata que a exigência de levar na máxima conta (*utmost account*), as recomendações da Comissão não tem impedido o ICP-ANACOM de adotar posições total ou parcialmente divergentes das que são propostas por este órgão comunitário, pelo que, também por este prisma, não se compreende, a “colagem” excessiva do Regulador aos termos da Recomendação. Nem a mesma se pode aceitar, uma vez que é apresentada como única fundamentação das posições assumidas o facto de estas serem “consistentes” com os termos da Recomendação.

2.1.3. O caso da Noruega e do Reino Unido

93. Para a matéria que nos ocupa, importa considerar de que forma a Recomendação tem vindo a ser analisada e implementada em outros países. Para este efeito, a TMN entende como relevantes os casos da Noruega e do Reino Unido.
94. A *Noruega*¹⁰ foi, até à data, o país que, de forma mais clara, se distanciou da Recomendação. Na análise do modelo de custeio de terminação móvel, a Autoridade Reguladora Nacional Norueguesa (*Norwegian Post and Telecommunication Authority* – “NPT”) não se limitou a aplicar sem mais a Recomendação. Pelo contrário, a NPT teve em atenção, como não poderia deixar de ser, as especificidades inerentes à realidade nacional norueguesa.

¹⁰ De notar que, embora a Noruega não seja um Estado-Membro da UE, é membro da EFTA (*European Free Trade Association*) e, conseqüentemente, faz parte do Espaço Económico Europeu (EEE). Segundo o Acordo EEE, a Noruega está sujeita às regras comunitárias, como se se tratasse de um Estado-Membro, naquilo que diz respeito às quatro liberdades – a livre circulação de bens, serviços, pessoas e capitais – e à pesquisa e desenvolvimento, educação, política social, ambiente, defesa do consumidor, turismo e cultura. Tal previsão implica que esteja também sujeita à Recomendação da mesma forma que qualquer outro país da UE.

95. Nesse âmbito, a NPT, após reconhecer que o modelo recomendado pela Comissão (LRIC puro) é um modelo que, apesar de ter dado provas de eficácia e aplicabilidade nos países europeus, teria de ser testado à luz das condições do mercado norueguês, concluiu que a aplicação do modelo em causa seria desproporcional para aquele mercado. Com efeito, tendo em atenção o facto de a Noruega ser um país grande e pouco povoado, com custos de cobertura geográfica consideravelmente mais elevados que os verificados nos restantes países europeus, a NPT concluiu que o modelo de custeio sugerido pelo Comissão resultaria em valores bastante reduzidos do serviço de terminação de chamada, necessitando, por esse facto, a Noruega de período de tempo superior ao previsto na Recomendação da CE para adoptar um modelo de custeio baseado na metodologia LRIC puro. Neste sentido a NPT considerou preferível que se mantivesse o modelo de custeio em vigor, vindo a reavaliar a possibilidade de seguir os termos da Recomendação em 2013, caso considerasse que a evolução do mercado norueguês assim o justificava.
96. A NPT concluiu assim, depois de analisar adequadamente o impacto da aplicação do modelo de custeio sugerido na Recomendação, que as características territoriais e geográficas da Noruega implicavam um custo que não se verificava na maioria dos países do EEE, e, portanto, afastou-se dos termos da Recomendação.
97. É de extrair do caso norueguês a preocupação da NPT em realizar uma análise de impacto bastante detalhada das consequências da aplicação de um modelo LRIC puro no mercado norueguês. Desta forma, a NPT não assumiu — como lamentavelmente parece estar a acontecer com o Regulador nacional — que a Recomendação é incontornável e que consagra o tipo de modelo de custeio mais adequado para qualquer país.
98. A NPT considerou necessário, e bem na opinião da TMN, testar a aplicação desta metodologia em confronto com outros modelos igualmente válidos, para daí extrair

dados mais precisos que a orientassem na escolha do modelo mais apropriado à luz das razões específicas da sociedade norueguesa.

99. O caso do **Reino Unido** é outro caso paradigmático da realização de um profundo *impact assessment* destinado a verificar em que medida as soluções propostas na Recomendação da Comissão (nomeadamente a de implementação de um modelo de LRIC puro) seriam adequadas e proporcionais no contexto do mercado móvel britânico.
100. Embora o OFCOM, depois de um processo exaustivo de análise, tenha acabado por concluir pela aplicação de uma metodologia de custeio de LRIC puro, a verdade é que começou por considerar que, à partida, a Recomendação não apresentava fundamentação suficiente para evidenciar que as soluções nela propostas seriam as mais justificadas. Por este motivo, e apesar de o OFCOM concordar com a necessidade de uma alteração de metodologia relativamente à regulação das tarifas de terminação móveis, aquela ARN considerou que os diversos aspectos da metodologia proposta na Recomendação deviam ser testados — sobretudo para apurar os seus impactos positivos e negativos — antes de ser definida a nova metodologia de custeio de terminação móvel no Reino Unido.
101. Desta forma, ao invés de partir do pressuposto que as propostas contidas na Recomendação estão necessariamente correctas e ajustadas a todos os mercados nacionais e de que o que haveria a fazer seria apenas definir os aspectos concretos do modelo LRIC puro — como o ICP-ANACOM vem agora sugerir —, o OFCOM decidiu colocar a si próprio e ao mercado esta simples questão: *should we follow the EC's Recommendation and adopt pure LRIC?*
102. Em consequência, o OFCOM referiu que “[c]onsistent with our primary duty, in deciding which method to use to set charges, we have considered how each approach affects different consumer groups. We have also undertaken an impact assessment to

consider how other stakeholders, including fixed and mobile communications providers, may be affected by our proposals”.

103. As motivações do OFCOM para considerar que, no caso em apreço, seria determinante uma análise de impacto no mercado britânico prenderam-se com o facto de:
- (i) A adopção da Recomendação não ter subjacente uma análise de impacto diferenciada para cada classe de consumidor, nem ter sido analisado o impacto sobre os diversos operadores de mercado;
 - (ii) A Recomendação não providenciar justificação suficiente para uma alteração tão profunda do modelo de custeio;
 - (iii) Na apresentação da metodologia sugerida, a Comissão não ter identificado os motivos pelos quais a terminação deveria ser tratada de forma diferente de outros mercados também sujeitos a regulação — daí a consideração de que a aplicação ampla do modelo sugerido poderia suscitar questões não antes analisadas; e
 - (iv) Em variadíssimos pontos, a Recomendação não ser inteiramente compatível com a recomendação da Comissão 2005/698/CE, de 19.09.2005, relativa a sistemas de separação de contas e de contabilização dos custos ao abrigo do quadro regulamentar das comunicações electrónicas.
104. De notar que o OFCOM foi peremptório em afirmar que a Comissão não pode simplesmente recomendar princípios sem antes os justificar, de forma fundamentada, em teoria e na prática, especialmente se as suas recomendações não tiverem como base uma análise de impacto robusta que possa conferir um grau de conforto mínimo aos Estados-Membros perante a sua aplicação.
105. Ao afirmar este entendimento, aquela ARN salientou que não se trata apenas de uma questão de salvaguardar os operadores, mas sim, dada a complexidade da temática e do domínio no qual a Recomendação se insere, de garantir que é realizada uma análise de mercado robusta e que considere todos os aspectos relevantes do mercado: “[w]e

believe that this Recommendation should be used as an opportunity for a more strategic examination of the regulation of termination in the light of significant changes in the mobile communications market’.

106. Um dos objectivos do OFCOM foi assim o de comparar os diversos impactos da aplicação de um modelo de LRIC puro, nomeadamente por oposição à aplicação do modelo de custeio até então recomendado e considerado *best practice* regulatória (LRIC +). Esta ARN manteve, durante toda a sua análise, a consciência de que era seu objectivo aumentar o bem-estar dos consumidores através do modelo de custeio de terminação móvel que viesse a ser definido, sendo este um factor fundamental na comparação das metodologias em presença.
107. Do caso do Reino Unido, a TMN crê que se devem retirar as seguintes conclusões:
- (i) As ARN não devem — no entender da TMN, não podem — partir do pressuposto que o modelo de custeio aconselhado na Recomendação é necessariamente o mais apropriado para o mercado nacional em causa;
 - (ii) Só através da análise de vários factores relevantes e da comparação dos diversos impactos das metodologias LRIC + e LRIC puro é que a ARN cumpre as exigências que lhe são estatutariamente impostas, alcançando conclusões robustas sobre a adequação e proporcionalidade das alterações metodológicas a impor;
 - (iii) Os operadores devem ter a oportunidade de se pronunciarem sobre qual o modelo de custeio mais adequado à realidade do mercado, tendo em atenção uma multiplicidade de factores, não podendo ser afastadas, à partida e de forma liminar, metodologias de custeio diferentes da sugerida na Recomendação.
108. A TMN acredita que o processo de implementação do modelo de custeio de terminação móvel em Portugal teria muito a ganhar caso fosse seguido um processo de análise idêntico ao que foi levado a cabo na Noruega e no Reino Unido, do qual resultasse, pelo menos, uma fundamentação clara dos motivos pelos quais o modelo

LRIC puro será o mais apropriado para a regulação das tarifas de terminação móvel em Portugal.

109. Por este motivo, a TMN considera que o ICP-ANACOM não deverá avançar no presente procedimento sem antes realizar determinadas diligências, que são expressamente requeridas *infra* no Capítulo 4.

2.2. A DECISÃO DE NÃO APLICAÇÃO DA RECOMENDAÇÃO À LUZ DO ARTIGO 7.º DA DIRECTIVA-QUADRO

110. De notar finalmente que, para além dos aspectos analisados no ponto anterior, uma eventual decisão de divergência ou de afastamento dos termos da Recomendação, também não seria susceptível de levantar quaisquer questões relevantes, do ponto de vista do regime previsto nos artigos 7.º e 7.º-A da Directiva-Quadro. Assim, e apesar de, durante o Workshop do dia 13.04.2011, o ICP-ANACOM ter transmitido a ideia de que o não seguimento fiel dos termos da Recomendação colidiria com os mecanismos daquelas disposições e com o novo regime de cooperação entre a Comissão e o BEREC, a verdade é que também neste patamar não se vê fundamento que possa explicar a preocupação do ICP-ANACOM em seguir fielmente as sugestões de actualização da Comissão, sem sequer as analisar ou discutir abertamente com os *stakeholders*.
111. É verdade que, nos termos previstos na Recomendação da Comissão C(2008) 5926, de 15.10.2008, relativa às notificações, prazos e consultas previstos no artigo 7.º da Directiva-Quadro, uma alteração material à natureza ou ao âmbito de remédios (incluindo assim alterações aos modelos de custeio) tem de ser notificada à Comissão. Contudo, o actual quadro regulamentar das comunicações electrónicas não prevê — ao contrário do que a Comissão pretendia — qualquer poder de veto nestas situações.
112. Não se desconhece que as alterações introduzidas no quadro regulamentar pela Directiva 2009/140/CE, de 25 de Novembro, vieram reforçar os procedimentos para a aplicação coerente de medidas regulatórias correctivas, nomeadamente através da

instituição do mecanismo previsto no artigo 7.º-A. No entanto, a Comissão não detém, como é sabido, qualquer poder para impedir a aprovação de uma medida que vise impor, alterar ou retirar uma obrigação regulamentar.

113. De facto, nos casos previstos no artigo 7.º-A, a Comissão pode apenas “atrasar” a adopção de uma medida pretendida por uma ARN, mas não pode impedir a sua adopção. Como resulta claro da leitura do artigo 7.º-A, ns.º 1, 2, 4 e 7, a ARN em causa pode sempre decidir manter o seu projecto de medida, bastando para tal que apresente uma justificação fundamentada nesse sentido.
114. Aliás, basta comparar os termos do artigo 7.º com os do artigo 7.º-A para se compreender que estabelecem regimes diferentes. No caso do artigo 7.º, n.º 6, a ARN deve alterar ou retirar o projecto de medida no prazo de 6 semanas após a data da decisão. Já no artigo 7.º-A, o que está previsto é um procedimento de cooperação entre a Comissão, o BEREC e a ARN em causa, mas de forma alguma se obriga esta última entidade a retirar ou a alterar o projecto de medida. Pelo contrário, os ns.º 4 e 7 são claros em permitir à ARN a manutenção da medida inicialmente notificada.
115. Parece assim evidente que a adopção de um modelo de custeio de terminação móvel diferente do sugerido na Recomendação não poderia ser impedida à luz do procedimento previsto nos artigos 7.º e 7.º-A da Directiva-Quadro, não sendo este assim um argumento válido para rejeitar liminarmente a análise dos impactos daquele modelo e a sua comparação com modelos alternativos.
116. De notar a este respeito que também o BEREC não tem, à luz do quadro regulamentar vigente, qualquer poder de se opor aos projectos de medida notificados pelas ARN. O BEREC tem apenas os poderes que lhe sejam atribuídos pelos instrumentos comunitários relevantes e o poder de veto não consta do elenco das suas competências, esgotando-se as atribuições deste órgão na emissão de pareceres sobre

projectos de medidas e na actividade de cooperação e colaboração com as ARN notificantes¹¹.

117. Não se diga também que o artigo 19.º, n.º 3, da Directiva-Quadro dispõe em sentido contrário. Com efeito, e apesar das dúvidas que a sua infeliz redacção suscita, a alínea a) determina, com suficiente clareza, que as decisões a emitir pela Comissão não podem referir-se a notificações específicas emitidas pelas ARN nos termos do artigo 7.º-A — ou seja, a Comissão não pode emitir uma decisão na sequência de uma notificação de uma ARN ao abrigo do artigo 7.º-A.
118. Aliás, convém recordar que, justamente para dissipar quaisquer eventuais dúvidas interpretativas desta disposição, vários Estados-Membros, entre os quais Portugal, fizeram uma declaração conjunta no sentido de esclarecer que os poderes da Comissão ao abrigo desta disposição não são extensíveis à escolha ou ao conteúdo das obrigações regulamentares a impor pelas ARN. Não pode, pois, o ICP-ANACOM demitir-se de analisar em que medida faz sentido, no caso em presença, usar a margem de liberdade das ARN que lhes foi assegurada pelos Estados-Membros na revisão do quadro regulamentar, sob pena de se colocar em causa a adequação das decisões regulatórias ao nosso país e, conseqüentemente, o interesse nacional.
119. Desta forma, é inequívoco que o actual quadro regulamentar permite a adopção pelas ARN de uma decisão divergente da proposta na Recomendação, desde que a mesma seja justificada. E parece resultar evidente que a excessiva “colagem” do ICP-ANACOM ao conteúdo daquele instrumento, além de não ter qualquer fundamento legal, desconsidera a vontade dos Estados-Membros de preservarem um adequado espaço de manobra a favor das ARN e de evitarem uma centralização dos mecanismos regulatórios na esfera da Comissão.

¹¹ Nos termos do n.º 3 do Regulamento (CE) n.º 1211/2009, de 25.11.2009, que criou o BEREC, este novo órgão comunitário tem apenas competência para: (i) emitir pareceres e cooperar com as ARN; (ii) ser consultado sobre projectos de recomendações; (iii) prestar assistência às ARN e à Comissão e (iv) monitorizar o sector das comunicações electrónicas e publicar um relatório anual sobre a evolução do sector.

120. Nestes termos, e embora a TMN não possa naturalmente antecipar qual será a decisão final do ICP-ANACOM — tendo mesmo de admitir, em tese, que um dos resultados possíveis seja o de que esta autoridade venha a concluir pela adequação de uma metodologia de custeio do tipo LRIC puro — considera-se imprescindível que, no cumprimento dos seus deveres legais e estatutários, o Regulador leve previamente a cabo uma análise de impacto da aplicação das diversas medidas sugeridas pela Comissão na Recomendação, em especial da aplicação de um modelo de LRIC puro.

3. COMENTÁRIOS ESPECÍFICOS

121. Na p. 10 do documento de consulta o ICP-ANACOM afirma que as *“opções metodológicas LRIC com aplicação de “mark-ups” adicionais (geralmente conhecidas por “LRIC+”), como as aplicadas por várias ARN no passado, não se consideram compatíveis com a Recomendação da CE.”*

122. O ICP-ANACOM afirma ainda *“que o modelo de custeio de terminação móvel a desenvolver, assente numa metodologia de custos incrementais de longo prazo prospectivos, deverá ser consistente com a Recomendação da CE, ou seja, deverá passar pela adopção de uma metodologia “bottom-up” LRIC na variante designada por “LRIC puro”.*

123. Em relação a esta posição assumida pelo Regulador, sem prejuízo de tudo o que ficou atrás dito sobre a adesão excessiva e injustificada do ICP-ANACOM aos termos da Recomendação e sobre a não fundamentação da escolha do LRIC puro à luz das razões específicas nacionais, a TMN gostaria ainda de tecer mais algumas considerações.

124. Contudo, antes de entrar nesta matéria, recorde-se apenas que o facto de o modelo de custeio não ser ainda conhecido impede a TMN de apresentar comentários mais detalhados aos princípios metodológicos abordados na Consulta Pública. Além disto,

e como se referiu atrás, a TMN reserva-se no direito de vir a rever as posições agora assumidas aquando da disponibilização, com todo o detalhe, do modelo de custeio.

125. Dito isto, comece-se por referir que a TMN reconhece que um dos objectivos primordiais da política regulamentar é proporcionar melhores condições de acesso e de utilização de serviços de comunicações electrónicas aos consumidores finais. Neste âmbito, não custa reconhecer que a existência de um mercado concorrencial é condição fundamental para o incremento da eficiência na utilização dos recursos por parte dos operadores, favorecendo uma política que vise assegurar uma oferta de serviços a preços reduzidos.
126. No caso das comunicações móveis, este aumento de eficiência está directamente relacionado com o desenvolvimento, implementação e lançamento de novas tecnologias e serviços. Da mesma forma, o incremento de eficiência relaciona-se com a modernização e racionalização de processos, sendo de realçar que estas evoluções exigem elevados níveis de investimento, pelo que devem ser asseguradas todas as condições que permitam a remuneração adequada do capital investido, sob pena do acesso a este recurso se restringir, com a conseqüente redução significativa da capacidade de investimento exigida pela evolução do mercado.
127. À luz do referido, a TMN admite genericamente que, em termos teóricos, a metodologia LRIC poderá traduzir efectivamente os custos de um operador eficiente, nomeadamente porque tem subjacente uma reavaliação do valor dos activos e uma análise mais criteriosa da vida útil dos equipamentos e infra-estruturas.
128. No entanto, é de realçar que a escolha de um modelo teórico deve ser precedida de uma análise à fiabilidade e aderência à realidade desse modelo. Estes factores, como por exemplo a definição das tecnologias suportadas, se não forem ponderados, poderão comprometer a utilização prática do modelo escolhido. De notar que estas questões são especialmente relevantes quando a abordagem considerada é *bottom-up*.

Com efeito, a quantidade, qualidade e profundidade dos pressupostos teóricos assumidos num modelo LRIC *bottom-up* podem revelar-se totalmente dissociados da realidade que pretendem vir a retratar.

129. De forma a obviar tal facto, no entender da TMN, existem duas acções que devem impreterivelmente ser levadas a cabo por qualquer ARN:

- (i) uma análise exaustiva de todos os pressupostos assumidos para o modelo, com validação junto dos operadores móveis da sua aplicabilidade; e
- (ii) construção de um modelo *top-down*, em colaboração com os operadores móveis nacionais, que permita uma validação dos resultados e de todos os pressupostos assumidos no modelo LRIC *bottom-up*, assim como o aprofundamento e clarificação de um conjunto de questões que num modelo *bottom-up* apenas são colocadas no âmbito teórico. Este é, aliás, um dos aspectos referidos no ponto 3. da Recomendação.

130. Tal como se mencionou nos capítulos anteriores, a TMN insiste na ideia de que um estudo de impacto detalhado, que incluísse as acções atrás indicadas, seria imprescindível para credibilizar a decisão de escolha, para Portugal, do modelo LRIC *bottom-up* recomendado pela Comissão.

131. Relacionado com a metodologia LRIC puro proposta pelo ICP-ANACOM, há outros aspectos que a TMN passa agora a analisar:

Custos conjuntos e comuns

132. A metodologia LRIC é caracterizada por qualificar como custos incrementais todos aqueles que estão directa ou indirectamente relacionados com um determinado serviço e que poderiam ser evitados caso esse serviço não fosse prestado.

133. No entanto, como é sabido, para além dos custos directa ou indirectamente relacionados com um determinado serviço, na estrutura de custos dos operadores móveis estão incluídos custos conjuntos e comuns que têm obrigatoriamente de ser recuperados de alguma forma.
134. Ora, a orientação do ICP-ANACOM no que diz respeito ao modelo de custeio de terminação móvel assenta num modelo LRIC puro, o qual não incorpora quaisquer custos conjuntos ou comuns, ou seja, não prevê a aplicação de qualquer *mark-up* que permita a cobertura destes custos.
135. Do ponto de vista da TMN, esta posição não é aceitável, sendo até bastante criticável do ponto de vista teórico. De facto, ao ser eliminado do apuramento dos resultados um conjunto significativo de custos — custos esses que são necessários e indispensáveis para a disponibilização do próprio serviço (*i.e.*, o serviço de terminação de chamadas) — cria-se uma situação que não é razoável, nem na óptica da imputação de custos, nem no âmbito da economia empresarial, colocando em causa a viabilidade financeira do serviço, dos operadores e do próprio mercado.

Eficiência

136. Numa lógica de eficiência económica do mercado, a TMN questiona assim fortemente a presunção de que a determinação de preços sem consideração dos custos conjuntos e comuns seja mais eficiente do que o cenário em que esses custos são considerados.
137. Com efeito, ao prever que os preços de terminação de chamadas nas redes móveis não devem incorporar qualquer parcela relativa a custos conjuntos e comuns, o ICP-ANACOM, seguindo *ipsis verbis* a Recomendação, está a forçar um novo equilíbrio de preços, já que os operadores terão de ajustar os seus restantes preços grossistas e retalhistas de forma a recuperarem a totalidade dos custos em que incorrem.

138. Na base do entendimento expresso pelo ICP-ANACOM no documento de consulta está o pressuposto da Comissão, implícito na Recomendação, de que tal equilíbrio de preços será globalmente mais eficiente que o outro, mais normal, em que é permitido que cada produto e serviço contribua para a recuperação dos custos conjuntos e comuns.
139. No entanto, esta hipótese não é explicada nem sustentada pela Comissão, nem em termos teóricos, nem em termos empíricos. Também o ICP-ANACOM não cuida de o fazer, mesmo apesar de tal representar uma alteração significativa no paradigma de abordagem à regulação de preços. Tal paradigma desde há muito assenta no princípio de que, na presença de custos fixos e comuns, é economicamente eficiente permitir que os preços regulados incorporem uma parcela para contribuir para a recuperação daqueles custos (adicionando uma margem sobre o custo marginal ou incremental).
140. Isto mesmo foi reconhecido pelo IRG, no documento “*Principles of Implementation and Best Practice Regarding FI-Lric Cost Modelling*”, onde se pode ler que “*a NRA will need to take account of the appropriate recovery of a reasonable proportion of common costs when using LRIC information for regulatory purposes*”. Neste sentido, tornou-se prática regulatória corrente a utilização de modelos LRIC+ ou LRAIC que permitem a incorporação (e recuperação) dos custos conjuntos e comuns.
141. Também o OFCOM, na decisão já atrás referida, lembrou que pese embora uma metodologia de custeio LRIC puro possa permitir a fixação de preços próximos de custos marginais, a verdade é que os operadores móveis incorrem em custos fixos e comuns que têm de ser recuperados de alguma forma. O OFCOM admite, com base nos princípios dos «Preços de Ramsey», que a eficiência pode ser maximizada se se permitir a recuperação de, pelo menos, alguns custos fixos e comuns. Neste sentido, uma metodologia de custeio LRIC+ poderia então ser mais indicada.

142. Ora, estando o mercado perante uma proposta de alteração de paradigma regulatório, o ónus de fundamentação detalhada e clara (inerente a qualquer decisão regulatória) é substancialmente reforçado. Assim, é de lamentar que, em primeiro lugar, a Comissão não o tenha feito adequadamente ao longo do processo que culminou com a publicação da Recomendação (e, por isso, foi amplamente criticada) e que, agora, o ICP-ANACOM não pareça estar disposto a colmatar a deficiência de análise subjacente à Recomendação.
143. Infelizmente, as graves deficiências económicas e regulamentares que foram apontadas ao projecto de Recomendação não foram sanadas na decisão final da Comissão. Assim, mantém-se o entendimento de que a Recomendação da Comissão encerra o risco de vir a promover a harmonização de uma abordagem regulatória errada ao tema da terminação móvel de chamadas, em particular se as ARN prescindirem do seu direito e liberdade para não seguir à risca o sugerido pela Comissão e se demitirem das suas obrigações, nomeadamente a da fundamentação plena da aplicação de obrigações regulamentares específicas.

Necessidade e consequências da alteração da estrutura tarifária

144. Como já se referiu, ao determinar uma solução que não considera a inclusão de custos conjuntos e comuns no modelo, o ICP-ANACOM pretende vir a determinar o estabelecimento de tarifas de terminação com preços abaixo do seu custo real, admitindo, assim, que a recuperação dos custos conjuntos e comuns seja efectuada através de uma alteração da estrutura tarifária dos restantes produtos e serviços dos operadores móveis.
145. Neste sentido, a proposta agora efectuada pelo ICP-ANACOM, ou seja, de valorizar o serviço de terminação de chamadas em redes móveis com base unicamente nos custos incrementais directamente relacionados com este serviço, vem aproximar o modelo em vigor até agora — CPP (*Calling Party Pays*) — ao modelo BAK (*Bill and Keep*).

Como é previsível, esta alteração irá originar um movimento de subsidiação cruzada com outros serviços, nomeadamente de retalho, o que resultará, sem dúvida, em equilíbrios menos eficientes do mercado, como patente no modelo de negócio BAK.

146. Sobre este aspecto, há que referir que a adopção de uma estrutura tarifária baseada no modelo de negócio CPP, ao invés do modelo BAK, revelou, ao longo do tempo, possuir um conjunto de factores que beneficiaram o desenvolvimento do mercado das comunicações electrónicas. Na verdade, estes mercados tiveram um crescimento superior, consubstanciado numa maior taxa de penetração, MoU's mais elevados e níveis de serviço superiores. Estes resultados são perfeitamente visíveis se compararmos os mercados Europeu e Norte-Americano de comunicações móveis.
147. Alerta-se ainda para o facto de que este rebalanceamento tarifário, que terá necessariamente que passar por uma subida dos preços de retalho, vai originar um conjunto de desvantagens para os clientes móveis, em particular no contexto português, que se caracteriza por reduzidos preços de retalho, em particular *on-net* e por um elevado peso deste tipo de tráfego. De facto, o aumento dos preços de retalho resultará num aumento dos custos para clientes móveis, dificilmente compensado pela eventual redução dos preços para outras redes, atendendo à referida concentração do tráfego *on-net*. Este resultado será inevitável mesmo se considerarmos, a médio e longo prazo, algum efeito de elasticidade no tráfego *off-net*.
148. De qualquer forma, serão particularmente penalizados os clientes de baixos rendimentos que, à partida, não terão possibilidade de compensar este efeito nas comunicações efectuadas para outras redes móveis na medida em que o seu nível de consumo não o permite e o seu perfil de tráfego será maioritariamente *on-net*.
149. Para além disto, é de realçar que o mercado português caracteriza-se também por uma elevada percentagem de clientes exclusivamente móveis (*i.e.*, sem serviço fixo), estimada em cerca de 37% do total de clientes móveis. Ora, num contexto de aumento

de preços móveis de retalho, estes clientes assistirão a um aumento significativo dos seus custos totais de comunicações, não beneficiando do possível decréscimo das tarifas fixo-móvel. O impacto social desta medida pode ser gravoso, se considerarmos que os clientes exclusivamente móveis tenderão a ser os consumidores de rendimentos mais baixos.

150. A TMN não pode deixar de referir que este tema, apesar de muito relevante não está minimamente abordado nos documentos de consulta. Com efeito, inexistente qualquer análise no que diz respeito ao potencial impacto nos consumidores da aplicação do novo modelo de custeio. Não se vê de que forma à luz dos objectivos de regulação consignados no artigo 5.º da LCE o ICP-ANACOM tenha considerado dispensável uma avaliação desta natureza.
151. Gostaríamos de realçar que este tema foi alvo de uma avaliação profunda por parte do OFCOM. De facto, esta ARN antecipou que uma alteração tão drástica ao nível das tarifas de terminação impactaria, em grau diverso, nos diferentes segmentos de consumidores, em especial nos consumidores considerados mais vulneráveis¹².
152. O OFCOM considerou na sua análise os efeitos da diminuição dos preços de terminação móvel nos consumidores, particularmente no que concerne à diminuição consequente dos preços móvel-móvel *off-net* e fixo-móvel no retalho, e a possibilidade de a diminuição dos preços grossistas resultar num aumento de outros preços aplicados aos consumidores de serviços móveis. Esta entidade realçou que se o preço de retalho aumentar (em consequência do modelo de custeio de terminação) poderão certos segmentos de consumidores deixar de ter telemóvel.

¹² O OFCOM considerou nesta situação um primeiro grupo de consumidores composto pelos segmentos de rendimentos ou classe económica mais baixa, por serem estes os consumidores que, em princípio, teriam mais dificuldade em suportar um eventual aumento de preços. Identificou um segundo grupo de consumidores vulneráveis como aqueles que apenas dispõem de telemóvel e que não beneficiam – dado que não têm telefone fixo – de uma redução do preço do tráfego fixo-móvel.

153. Só após uma análise detalhada das características do mercado britânico é que o OFCOM veio concluir que o LRIC puro seria uma metodologia de custeio que não impactaria indesejavelmente nos consumidores. Aliás, esta ARN deixou bem claro que só foi possível chegar às suas conclusões, ao nível do impacto nos consumidores, com conhecimento aprofundado da potencialidade dos comportamentos desses consumidores.
154. A TMN considera que esta matéria não pode deixar de ser considerada no âmbito da presente Consulta Pública, pelo que se impõe um estudo aprofundado do Regulador a este propósito.
155. Finalmente, e no que respeita às consequências de uma alteração da estrutura tarifária, há que referir que o decréscimo das tarifas de terminação de chamadas, associado a um rebalanceamento dos preços de retalho, que permitam a recuperação dos custos conjunto e comuns totais dos operadores, poderá ser a porta de entrada para a implementação e crescimento dos chamados «operadores de *call-back calls*», o que em nada vem favorecer o desenvolvimento do mercado móvel, trazendo, ao invés, uma deterioração acentuada dos níveis de qualidade e de serviço.

Consequências ao nível da viabilidade económica e financeira dos operadores móveis

156. Admitindo, por hipótese de raciocínio, que a proposta do ICP-ANACOM, para o serviço de terminação de chamadas em redes móveis, seria a mais eficiente, e que esta seria aplicada às tarifas da totalidade dos serviços de um operador, ou seja, admitindo que todas as tarifas móveis seriam determinadas com base num modelo de custeio LRIC puro, é inegável que grande parte dos custos incorridos não seria recuperada. Neste cenário, coloca-se com grande acuidade a capacidade de investimento do operador e até mesmo a sua viabilidade financeira.

157. Neste contexto, a TMN é da opinião que o sentido preliminar da orientação do ICP-ANACOM sobre o modelo de custeio de terminação móvel não assegura devidamente as condições necessárias para garantir a sustentabilidade do investimento em infra-estruturas e um retorno adequado do capital aplicado, com a consequente deterioração das condições de acesso às fontes de financiamento. Em última análise, a abordagem sugerida pelo ICP-ANACOM é prejudicial para a própria eficiência dinâmica do mercado.
158. Note-se que o próprio ERG, na sua resposta à consulta da Comissão sobre a Recomendação, expressou dúvidas quanto à possibilidade da opção seguida permitir a recuperação eficiente dos custos incorridos pelos operadores.
159. Também o OFCOM decidiu relacionar na sua decisão a questão dos custos comuns com a matéria dos ganhos de eficiência e concluiu que não era claro qual a metodologia (LRIC puro ou LRIC+) que mais contribuía para maximizar a eficiência (quer do ponto de vista estático, que tem a ver com a eficiente alocação dos recursos num dado momento, quer do ponto de vista dinâmico, que tem a ver com a continuidade dos investimentos). Neste âmbito, seria fundamental avaliar, com o necessário detalhe, qual o modelo de custeio que incentiva os operadores móveis a continuar a investir, não apenas nos serviços que já prestam actualmente, mas também no lançamento de serviços inovadores.
160. A este propósito, o OFCOM concluiu que, nas receitas de terminação móvel-móvel, a adopção de uma metodologia de custeio LRIC puro seria largamente neutral. Já na terminação fixo-móvel, a escolha de um modelo LRIC puro levaria a um decréscimo das receitas dos operadores móveis e, consequentemente, estes teriam, à partida, menor capacidade de investimento. Por conseguinte, o OFCOM esclareceu a este propósito o seguinte: “*Pure LRIC, compared with LRIC+, therefore may carry some risk of reduced investment in mobile networks, as it sets a lower MTR thereby generating lower overall revenues (and profits)*”.

161. Apesar desta conclusão, o OFCOM acabou por considerar que aquele risco não era muito significativo, o que o fez optar pela escolha do modelo LRIC puro. No entanto, importa referir que a decisão do OFCOM não se bastou com a mera circunstância de este ser o modelo *sugerido* na Recomendação. Pelo contrário, a decisão do OFCOM teve subjacente uma análise aprofundada a, pelo menos, três aspectos distintos: (i) considerações do volume de tráfego fixo-móvel; (ii) estimativas de quebras nas receitas de terminação e (iii) confronto das quebras de receitas estimadas com o volume total do mercado móvel.
162. Ora, basta analisar os documentos da Consulta Pública para perceber que as matérias analisadas pelo OFCOM não são sequer abordadas pelo ICP-ANACOM. Trata-se de uma matéria fundamental que justifica, na linha do que a TMN tem vindo a defender nesta resposta, a existência de diligências complementares que se detalham com mais propriedade no capítulo 4 *infra*.
163. Por outro lado, também não se percebe por que motivos é eficiente a aplicação de uma metodologia baseada num LRIC puro para uns serviços e já o não é para outros serviços, existindo neste facto uma dualidade de critérios no que à regulação diz respeito e que devem ser objectivamente explicados e justificados aos operadores e ao mercado pelo ICP-ANACOM.
164. Sublinha-se que o que está em causa na determinação de um modelo de custeio LRIC é a simulação de um operador que não incorpore as ineficiências que poderão estar inerentes aos operadores móveis nacionais, como, por exemplo, ao nível da tecnologia utilizada e da modelização e parametrização da rede, mas não a exclusão dos custos que qualquer operador, seja ou não eficiente, terá de incorrer. É importante notar que os custos conjuntos e comuns são uma realidade compatível com o conceito de eficiência, sendo que o que poderia estar em causa nunca seria a compensação dos custos conjuntos ou comuns, mas sim qual o nível de tais custos que correspondem a um operador eficiente.

165. Assim, a TMN considera fundamental que a metodologia LRIC seja adoptada em conjunto com um *mark-up* que permita a recuperação dos custos conjuntos e comuns, sendo este um aspecto em que o ICP-ANACOM pode e deve divergir da Recomendação. No mínimo, impõe-se, nos termos legais aplicáveis, que o Regulador apresente as análises que fundamentem devidamente a opção pelo modelo LRIC puro e a forma como os méritos desta opção compensam as deficiências que lhe são apontadas, tanto no respeito à sua aplicação ao serviço de terminação de chamadas, como no que diz respeito aos efeitos nos restantes serviços e as suas consequências para o mercado.

3.1. OPERADOR

3.1.1. Tipo de Operador

166. Sem prejuízo das reservas expressas no Capítulo 2 e no início do Capítulo 3 desta resposta, a TMN considera que o «*tipo de operador*» a modular deverá ser caracterizado por ser um operador eficiente, utilizando a tecnologia mais eficiente e disponível durante o período de tempo considerado no modelo de custeio.

167. Assim sendo, a modelização do «*tipo de operador*», com base nos actuais operadores, quer individualmente, quer através de um valor médio, não satisfaz a premissa referida, pelo que, terá de se recorrer a um operador hipotético.

168. Com este enquadramento, a opção preconizada pelo ICP-ANACOM nos documentos de consulta, no sentido de preferir um «*operador hipotético existente*» em detrimento de um «*novo operador hipotético*», à partida — e reservando uma opinião mais concreta para quando for apresentado na sua totalidade o modelo de custeio — parece-nos adequada. De facto, ao permitir modelar um operador eficiente, com recurso à tecnologia actual e disponível, possibilita-se também modelar a adopção das diferentes tecnologias ao longo do tempo, tendo em consideração as características da evolução da rede.

169. Contudo, é de salientar que esta abordagem origina um conjunto de questões sobre as quais a Consulta Pública não se debruça e que terão obrigatoriamente de ser definidas e acauteladas na construção do modelo de custeio a implementar, nomeadamente no que se refere à comparabilidade e possível afinação dos resultados deste modelo com os obtidos através de um modelo *top-down*, tal como admitido no já referido ponto 3. da Recomendação.
170. A TMN entende que a definição do «*tipo de operador*» não poderá ser efectuada apenas num âmbito teórico, devendo ser elencadas todas as suas implicações práticas, assim como as respectivas propostas de abordagem, sem as quais a tomada de decisão terá lugar sem o conhecimento das respectivas consequências. Uma análise mais aprofundada nesta matéria é fundamental para garantir a compreensão e a transparência do modelo que vier a ser proposto, assim como a robustez dos seus resultados. Estes factores são essenciais do ponto de vista de previsibilidade e credibilidade da política regulatória e cabe ao Regulador encetar as medidas necessárias de forma a garantir a satisfação destes objectivos.
171. Acresce referir que a opção tomada quanto ao «*tipo de operador*» tem que ser consequente e consistente nas várias variáveis de construção do modelo, passando, por exemplo, por uma análise da quota de mercado relevante e anos necessários para esta ser atingida, perfil de tráfego, em termos de volume e de composição, e infra-estruturas. Neste seguimento, no entendimento da TMN, a abordagem adoptada pelo ICP-ANACOM apresenta algumas inconsistências quando à escolha do «*operador hipotético existente*» que devem ser corrigidas.
172. No que se refere à migração da rede 2G para 3G, o ICP-ANACOM propõe que, face à inexistência de indícios quanto a uma migração completa, deverá ser modelada uma migração progressiva entre as tecnologias, mas não total. No entanto, o documento da consulta não consubstancia a dimensão da migração progressiva, o que abre a porta a

inúmeros cenários, tornando impossível comentários mais detalhados nesta matéria, e aumentando a margem de imprevisibilidade regulatória, o que deve ser evitado.

173. Para além deste aspecto, e como especificado em detalhe no ponto 3.3.3 – “Migração da Rede de Acesso 2G para 3G”, existe um conjunto de variáveis referentes à evolução da rede que devem ser considerados no modelo, uma vez que já é um dado adquirido que a evolução de qualquer rede de um operador móvel passará quase que obrigatoriamente pela sua adopção, como por exemplo a implementação do LTE.
174. Assim, mais uma vez se refere que, para que seja possível uma tomada de decisão consciente e mais correcta possível, é necessário conhecer na íntegra todos os pormenores e detalhes das opções que se pretendem validar com esta Consulta Pública e não apenas efectuar a discussão destas questões num plano teórico e superficial.

3.1.2. Cobertura modelada

175. Relativamente a este princípio, e para que seja possível efectuar uma avaliação total das suas implicações, a TMN entende que existem dois aspectos em relação aos quais é necessário existir uma especificação adicional por parte do ICP-ANACOM que permita compreender, para além de conceitos mais generalistas, a sua aplicação prática no modelo de custeio a implementar:

Cobertura vs capacidade

176. A Recomendação aponta, no seu anexo, que a melhor descrição de «cobertura» é a aptidão ou a opção de efectuar uma única chamada em qualquer ponto da rede num dado momento. A Recomendação refere ainda que afectos à «capacidade» estão os custos adicionais de rede que são necessários incorrer para que seja possível transportar na rede uma maior quantidade de tráfego.

177. A TMN nota que nos documentos de consulta não existe uma definição clara, por parte do Regulador, de como é que se devem entender estes conceitos, sendo que este tema poderá impactar muito significativamente no modelo de custeio a desenvolver.
178. Por exemplo, se tomarmos, por hipótese, a rede de acesso de um operador exclusivamente GSM para a realização de um cálculo simplista de quanto é que seria o peso dos custos de cobertura e de capacidade no total dos custos da rede de acesso, poderíamos afirmar que o custo de cobertura da rede está directamente correlacionado com o valor das BTS instaladas e dimensionadas para uma única portadora. Com esta rede de acesso, é efectivamente possível efectuar uma chamada em qualquer ponto da rede e em qualquer altura do dia. Nesta hipótese, os custos de capacidade ascenderão à diferença entre os custos efectivos da rede de acesso desse operador e os custos de cobertura apurados de acordo com a metodologia acima referida.
179. Considerando o facto de o modelo de custeio proposto pelo ICP-ANACOM ter em consideração um operador hipotético com uma quota de mercado de 20%, e tomando como *proxy* a cobertura da rede de acesso da TMN, a metodologia atrás descrita levaria a que cerca de 20% dos custos da rede de acesso fossem considerados como custos de cobertura e 80% como custos de capacidade¹³.
180. Este exercício permite apenas dar uma visão geral do que seria razoável para a TMN que fosse definido como custo de cobertura *versus* capacidade. No entanto, e tal como já referido, para que a TMN se possa pronunciar mais detalhadamente sobre este aspecto, terá de ser divulgado, em maior pormenor, a forma como os conceitos de «cobertura» e «capacidade» integrarão o modelo e as consequências que terão no mesmo.

¹³ Neste exercício, considerou-se apenas, por simplificação, um operador com rede GSM. No entanto, considerando a definição de «operador hipotético existente» proposta pelo ICP-ANACOM, os custos da rede 3G associados à voz deveriam ainda ser considerados como custos de capacidade.

181. De facto, não resulta claro dos documentos da consulta se são as definições apontadas na Recomendação que devem ser tidas em conta, nem tão pouco qual a metodologia de cálculo a aplicar, sendo evidente do exemplo apresentado o impacto que esta questão pode ter.

Definição de geotypes

182. O documento da consulta sugere que a modelação de cobertura e capacidade seja baseada em *geotypes* (denso urbano, urbano, sub-urbano, rural e micro/indoor).

183. A TMN entende que é fundamental compreender melhor como será feita esta desagregação geográfica, dado que não existe nenhuma avaliação neste sentido nos documentos da consulta.

184. De referir que a proporção de zonas consideradas fora da tipologia rural, em que se atinge a expressão máxima no caso do *geotype* denso urbano, terá um impacto muito significativo na modelização e aferição do dimensionamento de capacidade, sendo que tal condicionará definitivamente o peso de factores muito críticos do planeamento de rede, como as distorções à metodologia *scorched node* modificada e, também, maior dispersão e acomodamento de diferentes horas de pico de tráfego.

185. Por fim, a TMN gostaria ainda de salientar que o caso específico do *geotype indoor* é particularmente sensível, dado que, na realidade, a tendência de reforçar dedicada-mente a capacidade da rede, em *spots* de tráfego localizados (corporativos e públicos) é manifestamente crescente, factor para o qual certamente contribui a taxa de penetração do mercado móvel português, das mais elevadas na Europa.

3.1.3. Escala mínima eficiente

186. No entender da TMN, a definição da escala mínima eficiente de um operador pressupõe a realização de uma análise profunda da estrutura de custos dos operadores

existentes nesse mercado, evidenciando as diversas economias de escala obtidas por cada um deles e efectuando a sua comparação, tendo por base a diferente dimensão de cada um desses operadores.

187. Para a determinação das economias de escala não basta apenas ter em consideração a dimensão dos operadores presentes no mercado e as quantidades associadas aos seus serviços. Existem outros factores que influenciam de forma determinante as economias obtidas e que não são percebidos se se atentar apenas à dimensão dos operadores. É o caso, por exemplo, do facto de dois dos operadores nacionais pertencerem a grandes grupos internacionais, o que lhes permite obter enormes economias na negociação com fornecedores de equipamentos (rede, SI, terminais, etc.), assim como nos custos com o tráfego internacional e de *roaming*.
188. Como se pode verificar nos documentos da Consulta Pública, assim como relatório da *Analysys*, para a definição da escala mínima eficiente não foi efectuada qualquer análise detalhada, sendo meramente seguido o que é *sugerido* no anexo à Recomendação, a qual se baseia numa análise de quotas de mercado de diversos países de EU, sem qualquer suporte económico ou possível aderência à realidade nacional. Neste sentido, a TMN crê que seria inteiramente justificado efectuar uma análise mais profunda a esta matéria de forma a chegar a resultados mais ajustados às características do mercado nacional e, assim, dar mais consistência ao futuro modelo de custeio.
189. Sem prejuízo deste comentário e das suas implicações em termos de actuação exigível ao ICP-ANACOM, a TMN considera que, à partida, será razoável considerar uma quota de 20% como a referência a partir da qual deve ser assumido que um operador tem uma escala mínima eficiente. No entanto, num operador com uma quota de mercado de 20%, o peso do tráfego terminado face à totalidade do tráfego cursado na sua rede será — com toda a certeza — superior ao peso do tráfego terminado de um operador com uma maior quota de mercado, uma vez que o número de chamadas recebidas de outros operadores (restantes 80% do mercado) será considerável.

190. Neste cenário, a quota de mercado efectiva deste operador hipotético para o serviço de terminação de chamadas deveria ser superior a 20%, traduzindo um grau de eficiência e de escalabilidade significativa para esse serviço, superior ao obtido pelo operador nos restantes serviços, que traduzem uma quota de 20%.
191. Quanto ao cálculo da quota de mercado, a TMN não vislumbra para já — e sempre com reserva face ao que ficar definido no modelo de custeio a apresentar — que existam impedimentos relevantes a que se proceda ao seu apuramento tendo por referência o volume de tráfego global, uma vez que tal evidenciará efectivamente a utilização da rede por parte do operador em causa.

3.1.4. Obtenção de escala mínima eficiente

192. A proposta do ICP-ANACOM nesta matéria assenta no facto de estar determinado, à partida, que o «*tipo de operador*» será um operador hipotético existente, o qual teria iniciado a sua actividade há quatro anos atrás (2007 – 2011).
193. Apesar de, como referido no relatório da *Analysys*, se dever considerar terem decorrido quatro anos entre a implementação das redes 3G e a cobertura nacional dessas redes, e o 3.º operador móvel ter alcançado mais de 20% de quota de mercado em idêntico período temporal (1998-2002), dificilmente se concebe, actualmente, que um operador que inicie a sua actividade em 2007 consiga atingir esta quota no mesmo lapso de tempo. Para esta conclusão concorrem, entre outros aspectos, o aumento da taxa de penetração entretanto ocorrida e o nível de desenvolvimento do mercado.
194. Adicionalmente, e como já referido no ponto 3.1.1. *supra* desta resposta, antes de se verificar a determinação de qual o «*tipo de operador*» a considerar no modelo, deverão ser avaliadas, na sua totalidade, as implicações e consequências de tal decisão, apontando-se, também, a solução para os constrangimentos que advêm de tal posição.

3.2. TECNOLOGIA

195. Em termos gerais, a TMN gostaria de referir que estando em causa o desenvolvimento de um modelo de custeio LRIC do tipo *bottom-up* (em teoria, uma opção metodológica correcta para estimar os custos de um operador eficiente), seria essencial garantir que a rede a modelar retrata com fiabilidade e credibilidade a rede de um «*hipotético operador eficiente*», sob pena dos resultados do modelo serem desajustados da realidade.
196. A Recomendação não permite a flexibilidade necessária para este efeito e acaba por determinar, com um detalhe excessivo, o tipo de rede a modelar, em desrespeito, também, para com o princípio da neutralidade tecnológica. No entender da TMN, seria importante que este aspecto fosse corrigido no modelo a desenvolver pelo ICP-ANACOM.
197. Feito este comentário, vejamos agora os princípios abordados na consulta a este propósito.

3.2.1. Rede de rádio e atribuição de espectro

198. A TMN entende que os operadores presentes no mercado têm todos os incentivos necessários para efectuarem uma utilização eficiente do espectro, dado que a sua não realização acarreta custos relevantes de OPEX.
199. Tendo em consideração este facto, a TMN, com base na informação disponibilizada e sem prejuízo da adopção de posição diversa aquando da apresentação, em detalhe, do modelo de custeio, admite como correcta a aplicação da proposta do ICP-ANACOM em que o operador a modelar, para efeitos do modelo de custeio da terminação de chamada nas rede móveis, opera num espaço radioelétrico igual ao que actualmente os operadores móveis nacionais se encontram a operar.

200. No entanto, há que salientar que esta utilização do espaço radioeléctrico não tem em consideração os efeitos do leilão que irá decorrer para a atribuição de direitos de utilização de frequências nas faixas dos 450, 800, 900, 1800 MHz e 2,1 e 2,6 GHz. Estas frequências destinam-se à prestação de serviços de comunicações electrónicas terrestres acessíveis ao público, mediante a utilização de qualquer tecnologia, sendo a TMN da opinião de que um modelo prospectivo, como o que se pretende implementar pelo ICP-ANACOM, deveria obrigatoriamente contemplar tal espaço radioeléctrico.

3.2.2. Valor do espectro

201. No que se refere a este tema, a TMN considera que o custo que deve constar no modelo de custeio a implementar é o custo corrente prospectivo de longo prazo, incorrido pelo operador móvel hipotético, e não o custo histórico efectivamente pago pelos operadores.

202. Uma vez que se encontra actualmente a decorrer um leilão para a atribuição de direitos de utilização de frequências, os valores obtidos através deste leilão, poderão servir de *proxy* para a determinação do valor de espectro, a considerar no modelo de custeio.

203. Mesmo se, por hipótese, o ICP-ANACOM considerar que o valor do espectro deverá ser apurado com base no valor efectivamente pago pelos operadores móveis — o que não se considera ser a solução mais correcta — a TMN entende que o custo que deve constar no modelo de custeio é o custo integral que os operadores móveis suportam para que possam proceder à utilização do espectro, ou seja, por outras palavras, o custo total deve incorporar (i) o valor inicial pago para atribuição dos direitos de utilização de frequências e (ii) os valores anuais devidos pela utilização do espectro.

204. De facto, o pagamento de parte da utilização do espectro aquando da concessão dos direitos de utilização, acrescido do pagamento de uma base anual, reflecte apenas uma opção legislativa, não tendo qualquer relação com a utilização do bem ou dos direitos

em questão. O modelo de custeio deve, por isso, considerar como custos o consumo dos bens em termos económicos e não em termos contabilísticos. Efectivamente, poderia ter sido definido que não existiam quaisquer custos para acesso ao espectro, sendo, neste caso, a prestação anual mais elevada, ou, diversamente, o valor inicial poderia ser mais elevado e a prestação anual quase inexistente. Todos estes cenários têm como pressuposto o valor intrínseco e económico dos direitos de utilização de frequências, e não apenas o valor anual.

205. Para além do apuramento dos custos do espectro, é também essencial é compreender qual o mecanismo de alocação de tais custos aos produtos e serviços considerados. A TMN alerta para o facto de que este aspecto é fundamental para uma melhor percepção do modelo, sendo que na Consulta Pública, assim como no relatório da *Analysys*, nada é referido sobre esta matéria.
206. Sendo relevante a sustentação conceptual do modelo de custeio a implementar, também o é, por maioria de razão, a sua aplicação prática, pelo que se solicita ao ICP-ANACOM que os aspectos atrás indicados sejam divulgados e seja apresentada a respectiva fundamentação.

3.2.3. Rede de comutação a modular

207. A TMN é da opinião que, nos documentos da consulta, a arquitectura de rede a considerar é apresentada de forma confusa, sendo que a posição do ICP-ANACOM indicia que se está a considerar uma única rede, sem discriminação dos nós de voz e de dados.
208. Gostaríamos de notar que, embora numa arquitectura NGN parte da infra-estrutura IP seja comum, o facto de existirem elementos de rede específicos para voz e para dados introduz diferenças significativas em termos de topologia da rede. Estas diferenças derivam, entre outras, da diferente capacidade dos elementos de rede (que se reflecte

no seu número), da natureza do tráfego que processam e dos pontos de interligação a outras redes.

209. Todos estes factores levam a que a eficiência da utilização de uma infra-estrutura IP comum seja claramente reduzida, existindo, na prática, um número significativo de componentes dedicados exclusivamente a um dos tipos de tráfego, voz ou dados. Ora, a TMN entende que estes aspectos devem ser tomados em linha de conta na elaboração do modelo de custeio.

3.2.4. Rede de transmissão a modular

210. A TMN entende que a informação disponibilizada é insuficiente para comentar de forma sustentada as opções consideradas a este nível pelo Regulador.
211. Para que se possa analisar com maior rigor a orientação manifestada no documento de consulta, a TMN considera que deveriam ser identificadas e quantificadas, de forma precisa, as diferentes opções que estão a ser analisadas pelo ICP-ANACOM, uma vez que estas têm um impacto significativo no modelo de custeio a implementar.

3.2.5. Metodologia de topologia de rede

212. Quanto a este ponto, refere-se igualmente que as informações disponibilizadas não permitem fazer uma avaliação completa da proposta apresentada do documento de consulta. Para permitir esta avaliação, seria fundamental esclarecer de que forma será reflectida ou quantificada no modelo a não linearidade do posicionamento de novos *sites* por capacidade, sobretudo em ambientes urbanos, tendo em consideração condicionantes de instalação, como por exemplo de ordem prática e legal.

3.2.6. Dimensionamento da rede

213. Em relação à orientação preliminar seguida neste ponto pelo ICP-ANACOM, a TMN não compreende o motivo pelo qual se exclui o tráfego de dados no dimensionamento da rede de acesso. De facto, a posição assumida no documento de consulta, no sentido de que o “*desenvolvimento da rede de acesso (...) tenderá a ocorrer primordialmente em função da evolução do tráfego de voz, ao passo que o tráfego total e voz e de dados é preponderante ao nível da rede de transmissão e da rede de comutação*”, não se afigura inteiramente correcta.
214. Com efeito, existem vários exemplos relativos à importância do tráfego de dados no dimensionamento da rede de acesso, tais como:
- (i) Número de portadoras necessárias para cada fase do *roll out* de banda larga;
 - (ii) Impacto de EDGE e GPRS no dimensionamento das portadoras de rádio 2G; e
 - (iii) Assimetrias na distribuição do tráfego de dados.
215. Desta forma, a TMN admite que exista nesta matéria um erro de partida, o que importaria esclarecer antes de se prosseguir no desenvolvimento do modelo de custeio.

3.3. SERVIÇOS DISPONIBILIZADOS

3.3.1. Serviços modelados

216. Face aos dados disponibilizados no âmbito da Consulta Pública, à partida, a TMN não encontra razões relevantes para questionar a abordagem do ICP-ANACOM em considerar a totalidade dos serviços actualmente disponibilizados pelos operadores designados com Poder de Mercado Significativo (PMS) no modelo de custeio.

217. No entanto, é de notar que os diferentes operadores móveis terão, com toda a certeza, perfis de utilização distintos para os diversos serviços que disponibilizam, pelo que será imprescindível que o ICP-ANACOM, para além de considerar a totalidade dos serviços disponíveis no mercado, explicita a forma como irá determinar o peso desses diferentes serviços, e respectiva evolução, no âmbito do conceito de «operador móvel hipotético».
218. Uma outra dimensão desta questão, a acrescer à referida atrás, diz respeito à evolução dos serviços por tecnologia de suporte. Por outras palavras, para além de ser imprescindível a determinação do peso relativo dos diversos serviços oferecidos pelos operadores móveis, a TMN considera que é de extrema importância a definição da plataforma tecnológica em que tal evolução se irá processar.
219. Os serviços de dados são um bom exemplo deste aspecto. De facto, se hoje em dia a quase totalidade do tráfego está assente em tecnologia 3G, no futuro, é muito provável que venham a ser assegurados através do LTE. No entanto, nos documentos de consulta a questão do LTE não surge minimamente reflectida, supostamente por a tecnologia ainda não estar disponível. Contudo, a verdade é que o futuro modelo de custeio terá de prever os devidos ajustamentos de forma a que, ainda que não considere especificamente o LTE, a estimativa de evolução de dados seja consistente com a mais que provável adopção do LTE num futuro próximo.
220. Há também que salientar que a definição dos serviços a incorporar no modelo de custeio é de extrema importância para a definição dos *drivers* ou métodos a utilizar na repartição de alguns custos, como, por exemplo, o custo anual do espectro. Na opinião da TMN, este aspecto não se encontra expresso nos documentos de Consulta Pública nem no relatório da *Analysys*, pelo que seria fundamental que o ICP-ANACOM explicasse como vai considerar este elemento no modelo a implementar.

221. Por fim, acresce referir que como uma parte significativa dos serviços disponibilizados pelos operadores móveis são mensurados através de unidades totalmente distintas (minutos, chamadas, Kb's, etc.), será necessário efectuar uma conversão dessas unidades numa medida comum, que traduza comparativamente a utilização dos diversos recursos por cada um dos serviços. A TMN entende que só desta forma será possível a aplicação de um *driver* de custos pelos diversos serviços disponibilizados. Para que tal análise seja possível, considera-se que será necessário definir quais os factores de conversão das unidades iniciais nas unidades comparativas.
222. A TMN gostaria de salientar que esta informação é, no seu entender, de extrema importância para qualquer modelo de custeio. Assim, considera-se que a avaliação dos serviços a incorporar no modelo de custeio de terminação de chamada não se poderá realizar sem que os factores de conversão atrás referidos estejam definidos.

3.3.2. Volume de tráfego

223. Quanto a este princípio metodológico, à partida, e sem prejuízo de vir a efectuar uma análise mais detalhada aquando da divulgação do modelo de custeio propriamente dito, a TMN considera razoável que a base inicial dos volumes totais de tráfego a utilizar sejam os valores médios actuais.
224. No entanto, o ICP-ANACOM não explica no documento de consulta como é que os valores apresentados na p. 28 foram calculados, pelo que a TMN não os pode aceitar sem conhecer em detalhe a metodologia seguida pelo Regulador, tanto mais que não se revê nesses valores Assim, de forma que seja possível à TMN avaliar e pronunciar-se mais em detalhe sobre os valores apresentados, tal informação deverá ser disponibilizada.
225. Sem prejudicar o que se refere atrás, no que respeita ao perfil desses volumes de tráfego e à sua evolução, a TMN gostaria ainda de comentar dois aspectos:

226. *Em primeiro lugar*, o perfil de tráfego terminado *versus* o originado revela-se totalmente desadequado face ao perfil de tráfego de um operador hipotético que tenha uma quota de mercado de 20%.
227. Tal como já comentado no ponto 3.1.3. *supra* desta resposta, num operador com uma quota de mercado de 20% o peso do tráfego terminado será superior ao perfil médio de mercado, uma vez que o número de chamadas terminadas na sua rede terá, com certeza, um peso superior na globalidade do seu tráfego.
228. Assim, com os dados disponíveis, na opinião da TMN, não considera credível que o valor do tráfego terminado se situe nos 21% da totalidade do tráfego, tal como proposto pelo ICP-ANACOM.
229. *Em segundo lugar*, a TMN considera altamente improvável que o peso do tráfego terminado *versus* o tráfego total se mantenha inalterado ao longo do período em análise, tendo como pressuposto uma redução da tarifa de terminação de chamada nas redes móveis.
230. Neste âmbito, considera a TMN que o ICP-ANACOM está a assumir, ao contrário do que sempre fez até aqui, que as tarifas de terminação de chamada não estão sujeitas a qualquer elasticidade preço-procura, mantendo-se, portanto, a sua procura inalterada independentemente da tarifa que vier a ser estabelecida. Ora, com base no pressuposto assumido pelo Regulador, quase se poderia referir, como conclusão, que numa óptica de maximização do bem-estar do mercado (clientes e empresas), o serviço de terminação de chamadas não deveria sequer ver as suas tarifas reduzidas, já que segundo a regra dos preços de Ramsey o *mark-up* dos preços sobre o custo marginal deve manter uma relação inversa e proporcional à elasticidade preço-procura.
231. Não sendo este o objectivo do modelo de custeio que o ICP-ANACOM se encontra a desenvolver, a TMN entende que este pressuposto de evolução do tráfego de terminação de chamada deverá ser revisto.

232. A TMN entende que o que é expectável que se verifique é um aumento do peso do tráfego terminado ao longo do período de aplicação do modelo, à medida que a tarifa de terminação de chamada vá decrescendo, o que resultará, invariavelmente, num aumento do tráfego total dos clientes, o qual ocorrerá não só por via da terminação de chamadas, como também por via do tráfego originado com destino às outras redes móveis, cuja tarifa de terminação decresce assim como tenderão a decrescer as correspondentes tarifas *off-net*.
233. Por outro lado, e como referido no ponto 3.3.1. desta resposta, tendo em consideração que existe um conjunto de serviços cujas quantidades serão determinantes para a construção de *drivers* que permitam a alocação dos custos a esses serviços, não só é premente conhecer a evolução do tráfego de voz estimada pelo ICP-ANACOM, como de todos os outros serviços englobados no modelo.
234. Com efeito, sendo o modelo a implementar baseado na metodologia *bottom-up*, para um período de 45 anos, é imprescindível conhecer a evolução prevista para todos os serviços modelizados.

3.3.3. Migração da rede de acesso 2G para 3G

235. Como já salientado no ponto 3.1.1. desta resposta, apesar de o documento de consulta propor uma migração progressiva da tecnologia 2G para 3G, não é consubstanciada qualquer dimensão dessa migração, o que deixa uma elevada incerteza quanto ao impacto deste princípio. De modo a que seja possível apresentar comentários mais detalhados e assumir uma posição mais assertiva nesta matéria, é imprescindível conhecer na íntegra todos os pormenores e detalhes das opções que se pretendem validar com esta Consulta Pública.
236. No que respeita à utilização de serviços 3G, tal como se reporta no último relatório trimestral do ICP-ANACOM sobre os serviços móveis (4.º trimestre 2010), actualmente, a percentagem de utilizadores de serviços 3G sobre o total de estações

móveis com utilização efectiva é de apenas 30,2%. Este dado evidencia a não linearidade e os *timings* de migração do tráfego de uma rede 2G para uma rede 3G.

237. Assim, face à evolução recente de tráfego nas redes 2G e 3G e considerando também a evolução dos equipamentos terminais, a TMN considera que é cada vez menos realista considerar uma migração substancial para 3G no curto prazo.
238. De facto, estima-se que em Portugal os equipamentos 2G constituam ainda cerca de 80% das vendas totais de equipamentos, tendo este valor estabilizado ao longo dos últimos 3 anos (2008-2010). É portanto questionável se e quando existirão condições para uma utilização substancial da rede 3G por parte dos operadores. De realçar ainda que, independentemente das políticas de equipamentos dos operadores móveis, a decisão quanto ao tipo de equipamento cabe, em última análise, aos consumidores. Adicionalmente, num contexto de maturidade do mercado, a substituição do parque de equipamentos fica dependente da rotação de equipamentos dos clientes existentes, sendo mais difícil de influenciar. Por fim, haverá ainda que ter em atenção que o actual contexto macroeconómico irá certamente condicionar as opções tomadas pelos consumidores quanto ao tipo de equipamento terminal que irão escolher.
239. No entanto, talvez mais relevante do que a discussão em torno do grau de migração entre as duas redes actualmente existentes é o lançamento da nova tecnologia LTE. De facto, atendendo à flexibilidade da tecnologia LTE e à sua previsível disponibilidade a curto prazo, a verdade é que o cenário de migração progressivo da tecnologia 2G para 3G já não é o mais plausível. A TMN considera que qualquer cenário prospectivo, mesmo que a médio prazo, deve considerar a introdução do LTE e as alterações ao nível dos pressupostos na estratégia de migração entre tecnologias.
240. Para além do LTE, existe ainda um conjunto de variáveis relevantes que deveriam ser consideradas e que o documento de consulta nada indica sobre qual irá ser o seu

tratamento e o modo como influenciarão essa migração. Tal é o caso, por exemplo, da existência de tecnologias concorrenciais, como o Wi-Fi.

3.3.4. Custos retalhistas e grossistas

241. Quanto a este princípio metodológico, uma vez que o que se pretende modelar é um modelo de custeio que suporte a definição de tarifas de terminação, definidas ao abrigo do modelo de negócio CPP, cujo objectivo será a remuneração da rede do operador de destino, a TMN concorda com o princípio de que os custos suportados pelas actividades retalhistas deverão ser excluídos da formação dos custos da terminação móvel.
242. Aceitando este princípio, a TMN considera que o passo seguinte deveria ser o de definir, com todo o rigor, o que se deveria considerar por custos de terminação móvel. Com efeito, existem diversos custos que podem parecer, à primeira vista, desligados do serviço de terminação de chamadas ou estar apenas associados às actividades retalhistas, mas que, na verdade, estão relacionados com o serviço de terminação de chamadas, pelo que devem ser considerados no modelo de custeio. Tal é o caso, por exemplo, dos sistemas de monitorização e controlo de tráfego, plataformas de extracção, tratamento e contabilização de CDR's ou das taxas do ICP-ANACOM devidas pelos proveitos relevantes associados ao serviço de terminação de chamada.
243. Assim, a TMN entende que, mais do que definir à partida que os custos das actividades retalhistas deverão ser excluídos da formação dos custos do serviço de terminação móvel, o ICP-ANACOM deverá definir com o necessário detalhe quais as actividades ou custos que irá considerar na actividade de terminação móvel, assim como os respectivos *drivers* de alocação.

3.4. IMPLEMENTAÇÃO

3.4.1. Incremento relevante

244. Sem prejuízo dos comentários ao longo desta resposta sobre a adopção de um modelo LRIC puro e sobre o desconhecimento do modelo de custeio a implementar, a TMN gostaria de frisar que a análise deste ponto é realizada com base, única e exclusivamente, na informação disponibilizada pelo ICP-ANACOM no âmbito da Consulta Pública.
245. No entender do ICP-ANACOM, o critério de elegibilidade dos custos a afectar ao serviço de terminação de chamadas depende do facto de estes estarem relacionados com o tráfego de terminação, considerando apenas aqueles que são incrementais.
246. No que respeita aos custos associados ao tráfego, e apesar de o documento de consulta nada referir a esse respeito, a TMN salienta que a Recomendação esclarece que estes custos devem, em primeiro lugar, ser imputados aos serviços que não o de terminação de chamadas. Só posteriormente é que os custos residuais associados ao tráfego devem ser imputados ao serviço de terminação de chamadas.
247. Ora, a TMN não entende que tal metodologia possa ser aplicada. Na verdade, estando estes custos directamente relacionados com o tráfego e variando a maior parte deles de forma directa com os volumes de tráfego associados, considera-se que os mesmos devem obrigatoriamente ser imputados a todos os serviços na proporção do seu consumo, incluindo, assim, o serviço de terminação de chamadas.
248. De facto, não se admite que possam existir excepções a esta regra. A TMN faz notar que a não imputação destes custos ao serviço de terminação de chamadas penalizaria de forma inexplicável a valorização deste serviço, traduzindo-se numa estrutura de custos que nem incluiria a totalidade dos custos directos incorridos com a sua prestação, o que não é minimamente aceitável.

249. Para além disto, salienta-se também que na estrutura de custos de um operador móvel o serviço de terminação de chamadas não só tem associado custos directamente relacionados com o tráfego, nomeadamente custos referentes a componentes de rede, como também custos que, apesar de não estarem associados ao tráfego, são incorridos na prestação do serviço. Nestes termos, revelam-se incrementais relativamente ao serviço de terminação de chamadas, por exemplo, os custos com plataformas de *billing*, facturação e cobrança a operadores e os custos de *call centers* a operadores. Estes custos, face ao serviço de terminação de chamadas, são incrementais e portanto evitáveis.
250. Assim, não se pode concordar com o entendimento do ICP-ANACOM a este respeito. A TMN é da opinião que devem ser considerados como incrementais e evitáveis todos os custos associados ao serviço de terminação de chamada, independentemente de estes serem directa ou indirectamente relacionados com o tráfego do serviço em causa. Considera-se que a tónica do critério de elegibilidade deve ser colocado no serviço e não no tráfego associado.
251. Apesar de o ICP-ANACOM ainda não ter tornado público o modelo de custeio a adoptar, a TMN não pode deixar de alertar desde já para o facto de que, ao considerar-se como incremento relevante a diferença entre, por um lado, os custos totais de longo prazo de um operador hipotético eficiente que preste a totalidade dos serviços considerados e, por outro, os custos totais de longo prazo de um operador hipotético eficiente que preste a totalidade dos serviços considerados, à excepção do serviço de terminação de chamadas a terceiros, este cálculo irá ter implicações muito relevantes ao nível do dimensionamento da rede e arquitectura do operador em causa. A TMN considera que o que deveria ser realizado era um dimensionamento rigoroso das duas situações acima descritas, de modo a que se acautele a recuperação total dos investimentos efectuados pelos operadores.
252. De facto, não será realista assumir, mesmo para um operador eficiente, que a sua rede se encontre sempre dimensionada para os níveis de utilização registados em cada

momento. Como é sabido, o desenvolvimento de infra-estruturas no sector das comunicações electrónicas obedece a uma lógica de investimento em degraus, resultando na existência, ao longo do tempo, de algum nível de capacidade não utilizada, devendo o custo associado ser considerado na valorização de todos os produtos e serviços disponibilizados, incluindo a terminação de chamadas.

3.4.2. Metodologia de depreciação de activos

253. A TMN entende que a utilização de uma depreciação económica é a metodologia que melhor repercute a utilização efectiva dos bens, reflectindo de uma forma mais fidedigna o seu valor económico ao longo do tempo.
254. No entanto, a aplicação desta metodologia por parte do ICP-ANACOM é efectuada com base em valores estimados, tanto dos valores dos activos ao longo do tempo, como da sua vida útil, pelo que a definição de tais parâmetros deverá ser efectuada com recursos a análises que os fundamentem de uma forma mais robusta.
255. Salienta-se também que a adopção de um modelo de custeio com um horizonte temporal tão alargado (45 anos) tem um impacto determinante no cálculo das depreciações económicas dos bens, pelo que, face à existência de total incerteza de procura durante o período considerado, deve ser tido em consideração um alinhamento dos custos a partir de determinado período no tempo. Caso contrário, corre-se o risco de os custos serem literalmente atirados para um futuro totalmente incerto, não existindo quaisquer garantidas da sua recuperação por parte dos operadores móveis.
256. Por outro lado, a análise do relatório da *Analysys* deixa antever que o método de cálculo das depreciações económicas se revela complexo, devendo o ICP-ANACOM efectuar um esforço na sua simplificação, explicação e demonstração da sua aplicação prática.

257. A TMN entende ainda que, mesmo estando perante um modelo de custeio de um operador hipotético, o cálculo das depreciações económicas deverá assegurar a recuperação total dos investimentos efectuados, como seja o caso do valor a preços correntes de um determinado activo ao longo dos anos se revelar inferior ao valor inicial do investimento.

3.4.3. Horizonte temporal

258. Em relação a esta matéria, a TMN considera que realizar estimativas para um longo período de tempo, como o proposto pelo ICP-ANACOM, pode revelar-se, num sector sujeito a constante evolução como o das telecomunicações, uma actividade infrutífera e sem qualquer aderência à realidade.

259. A TMN compreende que a utilização de um horizonte temporal de longo prazo tem como objectivo acomodar a vida útil dos bens com maior longevidade. No entanto, nesse caso, o modelo deveria utilizar, como horizonte temporal relevante, o período do bem com maior vida útil, com expressão no modelo de custeio do serviço de terminação de chamadas, seguindo os pressupostos das depreciações económicas.

260. Para além das estimativas da procura — que não nos parece que sejam credíveis para um horizonte temporal de 45 anos — não é de esperar que, em termos tecnológicos, tudo se mantenha igual ao modelizado para o período actual, sendo que tais evoluções tecnológicas não se encontram incorporadas no modelo, nem o poderiam ser, dado o grau de incerteza quanto às opções e evoluções que irão ocorrer durante esse período.

261. Actualmente, e como já foi referido atrás, o cenário de migração da tecnologia 2G para 3G já não é o mais plausível, face à flexibilidade da tecnologia LTE e a sua previsível disponibilidade no curto prazo. Qualquer cenário, mesmo a médio prazo, não pode assim deixar de considerar a introdução de LTE e as alterações ao nível dos pressupostos na estratégia de migração entre tecnologias.

262. Em resumo, a TMN é da opinião que o horizonte temporal considerado é demasiado lato. Se a médio prazo é difícil realizar estimativas no sector das comunicações electrónicas, a longo prazo tais estimativas podem revelar-se muito pouco credíveis. Além disto, há a notar a total desconsideração do LTE no modelo a implementar.

3.4.4. Remuneração do custo de capital

263. O custo de capital a incorporar num modelo de custeio revela-se uma das componentes de maior importância no desenho destes modelos, devendo o cálculo da sua taxa ser realizado através de uma metodologia que traduza, o mais fidedignamente possível, a margem de remuneração correcta associada aos activos em causa.

264. De acordo com o que se encontra implementado no Sistema de Contabilidade Analítica (SCA) da PT Comunicações, S.A. (PTC), a taxa de custo de capital é apurada através da metodologia do Custo Médio Ponderado de Capital, na variante antes de imposto (*pre-tax*), e a metodologia CAPM para cálculo da taxa de custo de capital próprio.

265. A TMN considera que esta é a metodologia correcta para utilização no modelo de custeio de terminação de chamadas nas redes móveis, uma vez que este método é usualmente utilizado em sectores com actividades reguladas, permitindo efectuar comparações de forma relativamente simples, inclusive a utilização da variante *pre-tax*, que permite que o custo do imposto sobre o rendimento seja alocado aos produtos e serviços por via do custo de capital e não através dos custos comuns. Por outro lado, a simplicidade deste modelo, quando comparado com outras metodologias, permite uma melhor aferição dos valores apurados, mitigando eventuais assimetrias de informação.

266. Para além da metodologia a utilizar no cálculo do custo de capital, outro aspecto de extrema importância, no entender da TMN, é o cálculo dos diversos parâmetros dessa taxa.

267. Num modelo LRIC, a preços correntes, os parâmetros deverão ser modelizados com base numa análise de *benchmarking* que traduza o valor económico dos activos e consequentemente o valor de mercado dos capitais próprios.
268. Salienta-se, no entanto, que as análises de *benchmarking* deverão ser utilizadas com as devidas cautelas, uma vez que poderão incorporar erros que colocarão em causa a aderência dos valores apurados. Assim, de forma a minimizar a ocorrência de eventuais desajustamentos, a TMN entende que os *benchmarks* só deverão ter em consideração as empresas que apresentem uma estrutura de negócios semelhante às dos operadores móveis nacionais e que se encontram a operar em mercados semelhantes ao nacional, tanto ao nível da oferta de produtos e serviços, taxa de crescimento, grau de competitividade, bem como no que diz respeito às condições económicas envolvidas, nomeadamente o PIB *per capita*.
269. É de referir que no caso da determinação da taxa de custo de capital da PTC, o ICP-ANACOM recorreu a um excesso de fontes de informação e critérios para efeitos de recolha de dados para a construção de alguns dos parâmetros dessa taxa. Esta circunstância, conduziu a que se tornasse muito complexo e confuso algo que deveria ser simples, com prejuízo para a transparência de todo o processo, e fazendo além disso com que o custo de capital encontrado seja de muito difícil reprodução para os anos subsequentes.
270. Tendo o modelo proposto pelo ICP-ANACOM um horizonte temporal alargado, a TMN considera que a taxa de custo de capital associada a cada um dos exercício não deverá manter-se constante, pelo que se entende que não bastará ao ICP-ANACOM realizar uma análise pura e simples de *benchmarking* para o período actual, devendo, pelo contrário, realizar uma estimativa de evolução dos diversos parâmetros da taxa de custo de capital.

271. Notamos que esta evolução não foi realizada na análise da taxa custo de capital da PTC. Neste caso, esta taxa foi fixada apenas para um período de 3 anos, facto com o qual se discorda, já que, definida a metodologia de apuramento dos parâmetros, o seu cálculo deveria ser efectuado anualmente, traduzindo as variações macroeconómicas e empresariais verificadas em cada um dos exercícios.
272. Assim, a TMN é da opinião que uma evolução dos parâmetros da taxa de custo de capital deve ser estimada para os diversos exercícios incorporados no modelo, com base em pressupostos de evolução macroeconómica, que terão de ser efectuados pelo ICP-ANACOM.
273. A proposta do ICP-ANACOM refere ainda que esta taxa de custo de capital deverá ser *“apurada em termos reais por forma a eliminar a necessidade de fazer estimativas de longo prazo sobre os valores da inflação”*. A TMN não entende o alcance desta afirmação. Por conseguinte, solicitam-se os necessários esclarecimentos ao ICP-ANACOM.
274. Na perspectiva da TMN, num modelo prospectivo a 45 anos a preços correntes, a taxa de inflação para o período em análise deverá ser sempre estimada, não se entendendo como tal poderá ser obviado através do apuramento de uma taxa de custo de capital real.

3.5. RELATÓRIO DA ANALYSYS

275. No Anexo B do relatório da Analysys são apresentados múltiplos algoritmos de dimensionamento da rede 2G/3G (cobertura, capacidade rede acesso, rede transmissão, *backhaul* GSM/UMTS, RNCs, BSCs, Gb, PCU, etc.), mas não há detalhes sobre a forma como as diferentes variáveis se relacionam entre si, tendo ainda em consideração que o modelo sugere a desagregação por *geotypes*.

276. Aliás, nos algoritmos também não são evidenciados critérios quanto ao estabelecimento de fronteiras entre os recursos básicos de cobertura e os de capacidade, tendo em conta que a rede também tem de estar preparada para suportar a prestação de serviço aos clientes em condições de tráfego de pico, diferente de *site* para *site*, incluindo perfis horários e os casos dos projectos de cobertura/capacidade dedicada *indoor*.
277. A TMN considera que o acesso a esta informação é de extrema importância para que se possa ter uma visão global do modelo agora proposto e para que se possam validar os pressupostos assumidos.

4. DILIGÊNCIAS COMPLEMENTARES

278. Segundo o n.º 3 do artigo 101.º do CPA, na resposta à audiência prévia, “*os interessados podem pronunciar-se sobre as questões que constituem o objecto do procedimento, bem como requerer diligências complementares e juntar documentos*”. De acordo com o disposto no artigo 104.º do mesmo Código, “*após a audiência, podem ser efectuadas, oficiosamente ou a pedido dos interessados, as diligências complementares que se mostrem convenientes.*”
279. Destas disposições resulta, de forma clara, que os interessados podem solicitar as diligências complementares que entenderem necessárias para a correcta instrução do procedimento, devendo as mesmas acompanhar a sua resposta.
280. A realização de diligências instrutórias complementares destina-se a consubstanciar ou a comprovar aspectos de facto ou de direito que sejam relevantes para a boa decisão do procedimento. É importante nesta matéria reter o que se dispõe no artigo 87.º do CPA, o qual determina que “*o órgão competente deve procurar averiguar todos os factos cujo conhecimento seja conveniente para a justa e rápida decisão do procedimento, podendo, para o efeito, recorrer a todos os meios de prova admitidos em direito.*”

281. Deve, assim, haver lugar a diligências complementares, oficiosamente ou a pedido dos interessados, sempre que a instrução já existente do processo não seja suficiente para comprovar determinados aspectos que relevem para a boa decisão da causa ou sempre que, existindo esses elementos, estes careçam de melhor substanciação.
282. Ora, a TMN entende que é este precisamente o caso, relativamente aos actuais documentos da Consulta Pública.
283. Tal como se evidenciou ao longo da presente pronúncia, esta Consulta Pública tem subjacente um erro de abordagem que, no entender da TMN, retira sustentação ao sentido preliminar de orientação assumido pelo ICP-ANACOM e afecta os objectivos desta consulta. Com efeito, considera-se que o Regulador não devia ter assumido, como pressuposto da Consulta Pública, que o modelo de custeio de terminação móvel tem necessariamente de ser LRIC puro, só pelo facto de esta ser a recomendação — não vinculativa, recorde-se — da Comissão.
284. Considera-se, sobretudo, que o ICP-ANACOM não deveria ter aceite o modelo sugerido pela Comissão sem fazer uma análise do respectivo impacto e, em função dos resultados dessa análise, fundamentar, de forma detalhada e rigorosa — como é exigível que faça nos procedimentos administrativos — por que razão entende: (i) que o modelo LRIC puro é preferível face a modelos alternativos, como o LRIC+ e (ii) porque é que o modelo LRIC puro é o mais adequado face às características específicas do mercado nacional.
285. É precisamente neste âmbito que é mais notória a insuficiência de diligências instrutórias que permitam sustentar a aplicação do modelo LRIC puro em Portugal. De facto, cabia ao ICP-ANACOM demonstrar porque razão é este o modelo escolhido e cabia ainda ao Regulador explicar quais os fundamentos que o levam a referir que, à *partida*, não existem razões atendíveis em Portugal para se afastar da Recomendação. Nenhuma destas matérias surge devidamente reflectida nos documentos da consulta.

286. Acresce referir que o Regulador não devia ter decidido sobre qual o modelo de custeio a aplicar sem ouvir os interessados nesta matéria, ou seja, sem primeiro lhes dar a oportunidade de discutir o mérito das *opiniões* da Comissão expressas na Recomendação e sem lhes conferir a possibilidade de discutir qual a metodologia de contabilização de custos mais adequada à luz das especificidades nacionais.
287. Infelizmente, o ICP-ANACOM decidiu, sem que a isso a Recomendação obrigasse, definir de antemão que a metodologia de custeio a aplicar em Portugal deveria ser a de LRIC puro, e agora apenas pretende permitir aos operadores participar na definição dos termos em que este modelo vai ser aplicado.
288. No entanto, certamente que o ICP-ANACOM está ciente de que para pôr em prática algo que não pode deixar de ser visto como uma revolução no mercado de terminação móvel — a passagem de um controlo de preços baseado em *benchmarking* para um assente num modelo de custeio de LRIC puro — não é suficiente uma simples “cola-gem” a uma recomendação da Comissão. Por outras palavras, a mera invocação da Recomendação não isenta o ICP-ANACOM da obrigação de levar a cabo as necessárias análises de mercado, nem de fundamentar a sua posição/decisão nos termos que lhe são legalmente exigidos.
289. Desta forma, a TMN considera que tem de ser realizada uma análise de impacto (*impact assessment*), detalhada, rigorosa e aprofundada, sobre o modelo de custeio de terminação móvel a aplicar no mercado nacional. E é neste sentido que surgem as diligências complementares que aqui se requerem, cuja não realização poderá, no entender da TMN ferir de ilegalidade a deliberação final do Regulador nesta matéria.
290. Note-se que, o facto de se propor uma alteração tão drástica em termos de terminação móvel como aquela que o ICP-ANACOM submeteu a consulta, torna ainda mais justificado o desenvolvimento de um estudo de impacto robusto que evidencie as vantagens da escolha de um tal modelo (que não meramente a circunstância de ser o

modelo recomendado pela Comissão) e que avalie as reais consequências deste modelo no mercado nacional. Recorde-se que este foi o entendimento seguido pelo OFCOM.

291. Ao não ter adoptado uma perspectiva deste tipo, o ICP-ANACOM não cumpriu, no entender da TMN, as exigências que sobre si recaíam em termos legais.
292. Para efeitos de diligências complementares a realizar, é de atentar, em especial, no caso do OFCOM, que dedicou toda uma secção da sua decisão a explorar questões que deveriam ser analisadas na determinação de uma metodologia de custeio aplicável, realizando um *impact assessment* global (testando nomeadamente se o modelo LRIC puro correspondia ou não ao modelo mais adequado face a outros existentes, como o LRIC +). A TMN crê assim que a prática seguida pelo OFCOM nesta matéria, pode, e deve, ser tida em consideração como um exemplo do tipo de análise que deve ser realizada.
293. Por conseguinte, requer-se, nos termos previstos nos artigos 101.º, n.º 3, 104.º e 87.º, n.º 1, do CPA, a realização de diligências complementares que evidenciem porque razão o modelo LRIC puro é preferível face a modelos alternativos (como o LRIC+), e porque razão o modelo LRIC puro é o mais adequado face às características nacionais mais específicas.
294. Neste seguimento, e sem prejuízo de outras diligências que sejam, oficiosamente, consideradas relevantes para o apuramento ou concretização dos diversos aspectos relevantes para a boa decisão do procedimento, **requer-se, em termos gerais, ao abrigo das disposições atrás citadas, uma análise exaustiva de todos os pressupostos assumidos para o modelo, com validação junto dos operadores móveis da sua aplicabilidade.**
295. Em especial, requer-se ainda as seguintes diligências complementares e a análise dos seguintes aspectos:

- (i) Construção de um modelo *top-down*, em colaboração com os operadores móveis nacionais, que permita uma validação dos resultados e de todos os pressupostos assumidos no modelo LRIC *bottom-up*;
- (ii) Eficiência assegurada pela metodologia de contabilização de custos (nomeadamente, em termos de eficiência estática e de eficiência dinâmica, com avaliação dos incentivos para que os operadores móveis continuem a investir);
- (iii) Impactos na concorrência causados pela metodologia de contabilização de custos (tanto no que se refere a concorrência entre operadores móveis, como a concorrência entre operadores fixos e móveis); e
- (iv) Impactos nos diferentes segmentos de consumidores causados pela metodologia de contabilização de custos (incluindo, especificamente, os consumidores mais vulneráveis).

5. CONCLUSÕES¹⁴

- A. No entender da TMN, os documentos da consulta padecem de diversos erros de abordagem, assim como de deficiências de análise, que afectam a consistência da orientação apresentada pelo ICP-ANACOM.
- B. O primeiro erro de abordagem manifesta-se na escolha, por parte do ICP-ANACOM, do tipo de modelo de custeio LRIC puro sem que tivesse sido apresentada qualquer análise, avaliação ou estudo de impacto que pudesse fundamentar esta opção e, assim, dar consistência às orientações propostas pelo Regulador.

¹⁴ A TMN apresenta aqui as suas conclusões relacionadas com os aspectos transversais aos documentos da consulta. Em relação aos aspectos específicos sobre os princípios colocados a consulta, remete-se para o que ficou indicado no Capítulo 3 supra.

- C. Como se evidenciou ao longo desta resposta, ao invés de realizar um exame prévio e exaustivo sobre qual o tipo de modelo de custeio mais adequado em termos nacionais – como se impunha em termos legais –, o ICP-ANACOM decidiu-se pela implementação de um modelo LRIC puro sem qualquer fundamentação atendível. Com efeito, esta decisão não assenta em qualquer evidência, teórica ou empírica, da adequação deste modelo à realidade nacional. Pelo contrário, o ICP-ANACOM funda a sua decisão, apenas e só, no facto de o modelo LRIC puro ser a metodologia de contabilização de custos recomendada pela Comissão, o que não é admissível.
- D. No entender da TMN, esta perspectiva é errada e não preenche os requisitos legais exigíveis a qualquer actuação do ICP-ANACOM. De facto, impunha-se que o Regulador (i) explicasse detalhadamente as razões pelas quais entende que o modelo LRIC puro é preferível face a outras metodologias igualmente válidas; (ii) explicasse as razões pelas quais considera que o modelo LRIC puro garante mais eficazmente os objectivos de promoção da concorrência e de aumento do bem-estar dos consumidores do que outros modelos igualmente aplicáveis e, ainda, (iii) justificasse por que razão entende que o LRIC puro é o modelo mais adequado à luz das especificidades nacionais.
- E. Nestes termos, a TMN considera que o ICP-ANACOM não pode meramente referir – como faz nos documentos da consulta – que, *à partida*, não vê razões atendíveis no mercado nacional para divergir da Recomendação. É fundamental que o Regulador justifique este entendimento e, antes de decidir qual o tipo de modelo a implementar, dê oportunidade aos interessados para se pronunciarem sobre esta questão e para apresentarem a sua visão desta matéria, sobretudo sendo certo que estamos perante uma modificação radical no paradigma de regulação dos preços de terminação.
- F. No entender da TMN, o ICP-ANACOM não pode decidir aplicar *ipsis verbis* a Recomendação, como se o seu conteúdo fosse vinculativo, pois juridicamente não estamos, de facto, perante um instrumento vinculativo para o Regulador.

- G. Considera por outro lado a TMN que compete às ARN garantir que a margem de autonomia que lhes foi assegurada pelos Estados-Membros, com a rejeição das propostas de reforço dos poderes da Comissão, não é desperdiçada por uma “colagem” excessiva às recomendações da Comissão ou por uma atribuição a estes instrumentos de uma carga injuntiva que os mesmos manifestamente não têm.
- H. Além disso, mesmo que pretendesse seguir na íntegra os termos da Recomendação, seria sempre da responsabilidade do Regulador, à luz das regras previstas na CRP e no CPA, analisar o impacto da aplicação de cada uma das suas regras à luz das características do mercado português, bem como explicitar, de forma suficientemente fundamentada, as razões que, no seu entender, justificam o acompanhamento integral da visão da Comissão nesta matéria.
- I. Neste sentido, a TMN entende que é imprescindível realizar mais diligências instrutórias, sob pena de as deliberações que o ICP-ANACOM venha a tomar nesta matéria ficarem feridas de invalidade por violação do princípio da fundamentação plena dos actos administrativos.
- J. Adicionalmente, a Consulta Pública padece, no entender da TMN, de uma deficiência grave relacionada com o facto de o ICP-ANACOM não ter disponibilizado, em conjunto com os documentos da consulta, uma versão *draft* do modelo de custeio em que a *Analysys* tem vindo a trabalhar.
- K. Tal como a TMN teve oportunidade de chamar à atenção, face à complexidade da matéria em causa e atendendo ao pouco detalhe das opções metodológicas que estão a ser consideradas, existe uma compreensível dificuldade em entender com precisão os termos em que tais princípios vão ser reflectidos nos algoritmos e na estrutura do modelo de custeio. Tal é o caso, por exemplo, dos princípios referidos a propósito da “rede de comutação a modular” (ponto 3.2.3.), “rede de transmissão a modular” (ponto 3.2.4.) e “metodologia de topologia de rede” (ponto 3.2.5.).

- L. A opção assumida pelo ICP-ANACOM prejudica a possibilidade da participação esclarecida da TMN (bem como certamente dos outros operadores) neste procedimento, impedindo-a de contribuir de forma tão construtiva e aprofundada como decerto faria caso tivesse tido acesso a uma versão *draft* do modelo de custeio que a *Analysys* tem estado a desenvolver, facto que prejudicará, por sua vez, uma decisão fundamentada e esclarecida por parte do ICP-ANACOM.
- M. A TMN gostaria, por isso, de deixar claro que não se considera vinculada aos comentários apresentados neste documento, no sentido em que reserva a possibilidade de vir a adoptar posições diferentes das agora assumidas aquando da tomada de conhecimento do modelo de custeio de terminação móvel.
- N. Em todo o caso, e sem prejuízo das críticas tecidas à abordagem metodológica seguida pelo ICP-ANACOM, a TMN gostaria de salientar que a adopção de um modelo LRIC puro que não prevê a aplicação de nenhum *mark-up* que permita cobertura dos custos conjuntos e comuns não é aceitável. De facto, ao ser eliminado do apuramento dos resultados um conjunto significativo de custos – que são indispensáveis para a disponibilização do próprio serviço (*i.e.*, o serviço de terminação de chamadas) – cria-se uma situação que não é razoável, nem na óptica da imputação de custos, nem no âmbito da economia empresarial, colocando em causa a viabilidade financeira do serviço, dos operadores e do próprio mercado.
- O. Ao prever que os preços de terminação de chamadas nas redes móveis não devem incorporar qualquer parcela relativa a custos conjuntos e comuns, o ICP-ANACOM está a forçar um novo equilíbrio de preços, já que os operadores terão de ajustar os restantes preços grossistas e retalhistas de forma a recuperarem a totalidade dos custos em que incorrem.
- P. Esta alteração irá exigir uma subida de preços no retalho, daí resultando um conjunto de desvantagens para os clientes móveis, em particular no contexto português, que se

caracteriza por reduzidos preços de retalho, em particular *on-net* e por um elevado peso deste tipo de tráfego. Os clientes de baixos rendimentos serão particularmente penalizados já que, à partida, não terão possibilidade de compensar este efeito nas comunicações efectuadas para outras redes móveis.

- Q. Por outro lado, o modelo de custeio LRIC puro não assegura devidamente a capacidade de investimento dos operadores móveis, podendo colocar em causa a sua viabilidade financeira. Neste contexto, a TMN é da opinião que o sentido preliminar da orientação não assegura devidamente as condições necessárias para garantir a sustentabilidade do investimento em infra-estruturas e um retorno adequado do capital aplicado. Em última análise, a abordagem sugerida pelo ICP-ANACOM é prejudicial para a própria eficiência dinâmica do mercado.
- R. Tal como foi sugerido pelo ERG e seguido pelo OFCOM, seria fundamental avaliar com todo o detalhe qual o modelo de custeio que incentiva os operadores móveis a continuar a investir, não apenas nos serviços que já prestam actualmente, mas também no lançamento de serviços inovadores, sendo patente que esta matéria não está devidamente reflectida nos documentos da consulta.