



RESPOSTA DA VODAFONE PORTUGAL - COMUNICAÇÕES PESSOAIS, S.A.

AO SENTIDO PROVÁVEL DE DECISÃO SOBRE

**OS RESULTADOS DA AUDITORIA AOS CUSTOS LÍQUIDOS DO SERVIÇO UNIVERSAL DA MEO
RELATIVOS AO EXERCÍCIO DE 2014 PARA O PERÍODO ANTERIOR À DESIGNAÇÃO DO
PRESTADOR DE SERVIÇO UNIVERSAL POR CONCURSO**

Versão integralmente não confidencial

I. INTRODUÇÃO

A Vodafone Portugal - Comunicações Pessoais, S.A. (adiante apenas “Vodafone”) vem, pelo presente, pronunciar-se sobre o Sentido Provável de Decisão (“SPD”) relativo aos resultados das auditorias aos CLSU da MEO relativos ao exercício de 2014 para o período anterior à designação do prestador de serviço universal por concurso.

Os comentários ora enviados constituem a posição da Vodafone sobre a consulta em apreço, podendo sofrer alterações em virtude de uma evolução das condições do mercado ou de novas decisões ou projetos de decisão que a ANACOM venha futuramente a aprovar, neste contexto ou noutra, com ele direta ou indiretamente relacionado.

II. CONSIDERAÇÕES VODAFONE

No âmbito das consultas públicas desencadeadas pela ANACOM, acerca do apuramento dos CLSU de 2007 a 2009, de 2010 a 2011, 2012 e 2013 e o seu financiamento, a Vodafone tem vindo continuamente a manifestar expressamente a sua discordância quanto ao apuramento e à imposição aos operadores de pagamento da compensação da PT Comunicações (“PTC”), atual MEO, pela prestação do serviço universal, em todas as suas componentes, relativamente ao período anterior à designação legal, formal e adequada do prestador, a qual deveria ter ocorrido nos termos prescritos pela Diretiva 2002/22/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março (“Diretiva do Serviço Universal”) e pela Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro (“Lei das Comunicações Eletrónicas”), que procedeu à respetiva transposição daquela Diretiva para o ordenamento jurídico nacional. A necessidade de conformar o processo de designação formal e adequado do Prestador do Serviço Universal (“PSU”), nos termos da legislação supra referida, foi igualmente reconhecida pelo Tribunal Justiça da União Europeia nos respetivos Acórdãos, de 7/10/2010 (Proc. C-154/09) e de 25/06/2014 (Proc. C-76/13). Além disso, a Vodafone tem também vindo a manifestar publicamente as suas reservas em relação à metodologia proposta e decidida pela ANACOM para a determinação dos CLSU.

Não obstante o tempo decorrido desde que se operou a transposição da Diretiva do Serviço Universal para o ordenamento jurídico nacional, nomeadamente através da sexta alteração da Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro (Lei das Comunicações Eletrónicas), introduzida pela Lei n.º 51/2011, de 13 de Setembro, e desde que se desencadearam as consultas públicas sobre o financiamento do serviço universal, a sua metodologia de apuramento e a concretização dos termos para a compensação pela sua prestação (a qual culminou com a aprovação pela ANACOM da sua decisão, em 18 de agosto de 2011, sobre a definição de encargo excessivo e da metodologia para o cálculo dos CLSU), a verdade é que os factos entretanto verificados, designadamente, as decisões subsequentes da ANACOM, em nada alteraram os fundamentos das reservas e das críticas então oportunamente identificadas pela Vodafone.

Constata-se, pois, que o SPD em análise assenta sobre os mesmos factos e vicissitudes jurídicas que as decisões da ANACOM que aprovaram os CLSU da MEO relativos a exercícios anteriores, o que significa que a fundamentação então invocada pela Vodafone se mantém atual e pertinente, razão pela qual se dão por reproduzidos todos os argumentos aduzidos no âmbito da audiência de consulta pública que precederam cada uma daquelas decisões aprovadas pela ANACOM.

Em síntese, a Vodafone concluiu então - e reitera agora - o seguinte:

- A Vodafone considera inadmissível o reconhecimento de qualquer encargo excessivo suscetível de justificar a compensação à MEO, enquanto Prestador do Serviço Universal (“PSU”), na medida em que o Estado Português não promoveu um procedimento eficaz, objetivo, transparente e não discriminatório para a designação do PSU, apesar do ordenamento jurídico europeu e nacional assim o determinarem, tendo essa desconformidade sido reconhecida e sancionada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia;
- Por outro lado, constata-se que a decisão de transferir os encargos decorrentes da prestação do serviço universal para o setor das comunicações eletrónicas é posterior à referida designação ilegal da PTC, atual MEO, como PSU;
- As obrigações do serviço universal são manifestamente desadequadas ao contexto tecnológico e económico, não tendo sido assegurado, em momento algum, que estas obrigações fossem (i) prestadas através da utilização de tecnologia mais eficiente (ii) de natureza/âmbito atual, e (iii) aplicáveis às diferentes/novas necessidades da população, por referência à evolução do mercado

e da concorrência, contrariamente, aliás, ao que estabelece o disposto na alínea a) do n.º 1 do art. 96.º da Lei das Comunicações Eletrónicas ("LCE");

- Acresce, ainda, que apenas em momento posterior à seleção do PSU e da definição das obrigações de serviço universal se procedeu à determinação da metodologia de cálculo dos CLSU - e à definição do critério legal de "encargo excessivo", o que significa que a metodologia foi apurada de forma retroativa e, conseqüentemente, ilegal.

Perante esta factualidade, é inevitável concluir-se pela impossibilidade de ser reconhecida validade a qualquer decisão que aprove os montantes finais da compensação, bem como a repartição e o pagamento pelos operadores do sector dos pretensos "CLSU" verificados em período anterior à designação do PSU, nos termos legalmente prescritos e igualmente identificados pelo Tribunal de Justiça da União Europeia. Nestas circunstâncias, qualquer pagamento efetuado a este título não pode deixar de ser considerado ilegal por, entre outros vícios, violar o princípio da irretroatividade, bem como o da legalidade, e ainda por configurar um auxílio de Estado ilegal, porque não permitido à luz dos critérios fixados pelo Tratado de Funcionamento da União Europeia.

Acresce, ainda, que a Vodafone já impugnou judicialmente a decisão da ANACOM que aprovou a metodologia de cálculo dos CLSU, sendo forçoso concluir que, a ser declarada a invalidade de tal decisão, a que vier a ser tomada no presente procedimento terá também, conseqüentemente, de ser considerada nula (nulidade conseqüente, nos termos do disposto na alínea i) do n.º 2 do artigo 161.º do Código do Procedimento Administrativo).

Por sua vez, mantém-se também o entendimento da Vodafone que, na decisão de 20 de junho de 2013¹ e na decisão de 20 de novembro de 2014², a ANACOM promoveu alterações da metodologia aprovada anteriormente (veja-se o caso flagrante do critério de seleção de serviços relevantes ou, mais recentemente, a adoção de receitas brutas em vez de receitas líquidas – até então utilizadas - no cálculo da proporção das receitas dos clientes não rentáveis no total de receitas de chamadas on-net efetuadas nas áreas rentáveis), sem que tenha sido apresentada fundamentação para tal alteração e sem submeter a mesma a audiência prévia que cumprisse os requisitos legalmente exigíveis, o que constitui igualmente um vício determinante da anulabilidade de tal decisão. Tais alterações de

¹ Decisão sobre os resultados da auditoria CLSU da PTC relativos aos exercícios de 2007 a 2009

² Decisão sobre os resultados finais da auditoria aos CLSU ressubmetidos pela PTC relativos aos exercícios de 2010-2011

metodologia mantêm-se refletidas na presente decisão, sofrendo dos mesmos vícios identificados pela Vodafone nas decisões anteriores referentes ao CLSU.

Por fim, a Vodafone reitera as suas reservas sobre a aplicação da metodologia no cálculo do CLSU 2013, que reincide nas falhas/erros detalhadamente explanados em respostas da Vodafone a processos idênticos de apuramento dos CLSU para os períodos 2007-2009, 2010-2011, 2012 e 2013 e que resumidamente prendem-se com:

- A ausência de informação essencial para o cumprimento do princípio de audiência dos interessados, não sendo facultado o detalhe dos cálculos realizados por tal informação histórica ter sido erroneamente tratada como confidencial, quando a mesma é essencial para os interessados poderem aferir a adequação das premissas metodológicas aplicadas e dos cálculos efetuados;
- A adoção das mesmas abordagens alternativas de aproximação às utilizadas nos processos de apuramento dos CLSU de 2007-2009, de 2010-2011, 2012 e 2013 em detrimento da aplicação rigorosa e estrita da metodologia aprovada pela ANACOM em 2011, por alegadamente se revelar onerosa e morosa à aplicação dessa mesma metodologia, não obstante a dimensão dos valores envolvidos em cada iteração de cálculo dos CLSU e o tempo decorrido desde as decisões que definiram a metodologia a aplicar;
- A expressiva discrepância entre os valores apurados para o CLSU de anos prévios ao processo legítimo de designação dos prestadores de serviço universal (donde se inclui o período em análise no presente SPD) e os aprovados no processo de designação de PSU por concurso público que, no caso concreto dos valores em análise para 2014 e **para um período aproximado de 5 meses, corresponde a 7.721.670, 71 euros e resulta num diferencial de +59% face aos valores apresentados pelos vencedores do concurso público para um período de 12 meses**, evidenciando a falha de imposição e verificação das disposições vertida na alínea a) do n.º 1 do art. 96.º da LCE onde se refere *“Devem ser analisados todos os meios para assegurar incentivos adequados de modo que os prestadores cumpram as obrigações de serviço universal de forma economicamente eficiente”*(sublinhado nosso);
- A omissão da identificação dos serviços relevantes fora do âmbito do serviço universal que estão a ser considerados para o cálculo do CLSU e seu respetivo contributo nas receitas

perdas e os custos evitáveis, informação fulcral para uma melhor compreensão e transparência no apuramento dos custos relevantes para o CLSU;

- Os riscos decorrentes da proliferação de ofertas de serviços em pacote e a ausência de mecanismos robustos para evitar a inclusão no CLSU de acessos com custos anormalmente elevados que, pouco tempo após a sua instalação, permitam ao cliente beneficiário de tal acesso subscrever serviços adicionais da MEO ou de marcas associadas, comprometendo desta forma os objetivos políticos e sociais de inclusão e coesão nacional que a prestação do SU visa e criando artificialmente uma vantagem competitiva para a subscrição deste tipo de ofertas da MEO.
- A dispensa da implementação de um modelo LRIC para cálculo dos custos evitáveis para o apuramento rigoroso dos custos evitáveis subjacentes ao CLSU, por tal implementação ter sido considerada (injustificadamente) como onerosa e desproporcional;
- A inclusão de custos comerciais e custos comuns no cálculo do CLSU sem a identificação detalhada dos custos intrínsecos a cada uma destas rúbricas e da avaliação rigorosa do seu efetivo grau de evitabilidade para que se confirme e justifique a sua inclusão no CLSU;
- A inconsistência no método de apuramento dos benefícios indiretos associados à reputação empresarial e reforço da marca e a não consideração das marcas MEO e, em menor grau, a TMN, reduziram substancialmente e indevidamente o valor deste benefício indireto (de 6.36 milhões em 2007 para 0.1 milhões em 2014³), não sendo evidente no relatório da AXON os valores de que marcas é que foram assumidos no apuramento dos valores de benefícios indiretos de 2014 (se os da Portugal Telecom - como nos cálculos dos CLSU de anos anteriores passado –, se os da MEO ou se os das 2 marcas em conjunto, como deveria efetivamente ser);

Realce-se igualmente que, relativamente a adoção no presente SPD de uma abordagem que permite a aplicação de um processo de apuramento *pro-rata* (no caso concreto, para o apuramento dos CLSU da componente de oferta de postos públicos) a Vodafone reitera⁴ que tal não atende aos princípios que devem nortear a definição da metodologia de apuramento dos CLSU, nomeadamente o rigor e a

³ Mesmo atendendo que este valor refere-se apenas a aproximadamente 5 meses de 2014, tal não justifica a discrepância de valores considerados para este benefício indireto nos diversos anos do CLSU apurados.

⁴ Tal como o havia feito na sua resposta de 06 de julho de 2015 ao SPD da ABACOM sobre a metodologia de cálculo dos custos líquidos do serviço universal a aplicar no ano 2014

transparência, nem tão pouco às preocupações essenciais que subjazem a este tipo de procedimento, designadamente a exatidão dos montantes exigíveis, pois uma aplicação *pro-rata* tem implícito um cálculo por aproximação ou por estimativa que não se compadece com as especificidades aqui referidas, assumindo, a título de exemplo, que o perfil de tráfego efetuado em dias úteis é implicitamente idêntico ao efetuado em fins de semana ou feriados, o que não será o caso certamente.

Por todos os motivos acima explanados, a Vodafone reitera a sua discordância quanto:

- À metodologia de apuramento do CLSU a períodos anteriores à designação legal, formal e adequada do(s) prestador(es) de serviço universal e, no caso particular, aos valores apurados para 2014 prévios à designação prestador de serviço universal por concurso público;
- À forma como tal metodologia foi implementada; e,
- À previsível (mas indevida) imposição aos operadores de pagamento da compensação destes custos à MEO.