

Resposta da Vodafone Portugal-Comunicações Pessoais, S.A.
ao Sentido Provável de Decisão sobre os resultados finais da auditoria aos Custos Líquidos do
Serviço Universal ressubmetidos pela PT Comunicações relativos aos exercícios de 2007 a 2009

ÍNDICE

I.	Introdução.....	3
II.	Comentários Gerais: Da omissão de elementos essenciais ao cumprimento do dever de fundamentação e ao exercício do direito de audiência prévia.....	5
III.	Análise na especialidade aos resultados da auditoria aos valores ressubmetidos pela PTC.....	6
	1. Sobre a evolução dos CLSU no triénio 2007-2009	6
	2. Dos resultados da anualização de custos não recorrentes sobre o número de clientes não rentáveis	7
IV.	Conclusões.....	9

I. INTRODUÇÃO

A Vodafone Portugal - Comunicações Pessoais, S.A. ("Vodafone Portugal") constatou, com desapontamento, que os argumentos aduzidos por diversos operadores de comunicações electrónicas no âmbito do presente procedimento não foram adequadamente considerados na decisão tomada pelo ICP-ANACOM em 20 de Junho de 2013.

A correcta ponderação de tais argumentos, entre os quais os aduzidos pela Vodafone Portugal, teria conduzindo à adopção de uma decisão de conteúdo totalmente diverso, assegurando a conformidade da mesma com o ordenamento jurídico, quer português, quer comunitário.

Com efeito, a Vodafone Portugal considera ser inadmissível o reconhecimento de qualquer encargo excessivo de que deva ser compensado o actual Prestador do Serviço Universal (PSU), conforme já anteriormente expressou e detalhadamente descreveu, para o que remete, pelo que apenas indica agora, sumariamente, as seguintes razões:

- O facto de, no passado, o Estado Português não ter promovido, conforme era sua obrigação (e conforme já confirmado e reiterado pelas mais altas instâncias comunitárias), um procedimento eficaz, objectivo, transparente e não discriminatório para a designação do PSU;
- A decisão posterior de transferir os encargos decorrentes da designação ilegal do PSU para o sector das comunicações electrónicas;
- A manifesta desadequação das obrigações do serviço universal face ao contexto tecnológico e económico, sem que tenha sido assegurado que estas obrigações fossem (i) prestadas através da utilização da tecnologia mais eficiente (ii) de natureza/âmbito actual, e (iii) aplicáveis às diferentes/novas necessidades da população, por referência à evolução do mercado e da concorrência, contrariamente ao que exige o disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 96.º da LCE;
- O facto de apenas em momento posterior à selecção do PSU e da definição das obrigações de serviço universal se ter procedido à determinação da metodologia de cálculo dos Custos Líquidos do Serviço Universal ("CSLU") - e à definição do critério legal de "encargo excessivo"- o que determina que esta metodologia é aplicada de forma retroactiva e, conseqüentemente, ilegal.

Tais elementos são decisivos para concluir no sentido de que não pode ser reconhecida validade a qualquer decisão que aprove o pagamento pelos operadores do sector dos pretensos "CLSU".

Nestas circunstâncias, qualquer pagamento efectuado a este título não pode deixar de ser considerado um auxílio de Estado, ilegal porque não permitido à luz dos critérios do Direito da União Europeia.

Acresce ainda que a Vodafone Portugal já impugnou judicialmente a decisão do ICP-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 133.º do Código do Procedimento Administrativo).

Por sua vez, mantém-se também o nosso entendimento de que, na decisão de 20 de Junho de 2013, o ICP-ANACOM promoveu alterações à metodologia aprovada anteriormente (veja-se o caso flagrante do critério de selecção de serviços relevantes), 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 igualmente constitui um vício determinante da anulabilidade de tal decisão, vício esse que se mantém no Sentido Provável de Decisão ("SPD") aprovado na deliberação de 1 de Agosto de 2013, ora sob consulta pública.

Tendo por assentes os factos acima referidos, constata-se que o SPD agora sob escrutínio tem um âmbito muito limitado, restringindo-se à auditoria a determinados valores ressubmetidos pelo PSU na sequência da decisão de 20 de Junho de 2013.

Nessa medida, a Vodafone Portugal, dando aqui por reproduzida a argumentação já expendida em sede de audiência prévia anterior neste procedimento, limitar-se-á a apresentar, de seguida, as razões pelas quais considera que a decisão quanto a este estrito escopo (valores ressubmetidos pelo PSU) deveria ser diferente.

II. COMENTÁRIOS GERAIS: DA OMISSÃO DE ELEMENTOS ESSENCIAIS AO CUMPRIMENTO DO DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO E AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE AUDIÊNCIA PRÉVIA

A Vodafone Portugal considera não estarem reunidas as condições para que se possa pronunciar adequadamente sobre a auditoria realizada e, em concreto, para poder exercer cabalmente o seu direito ao contraditório no presente procedimento.

Com efeito, conforme estipula o n.º 2 do artigo 101.º do Código do Procedimento Administrativo, a notificação para o exercício do direito de audiência dos interessados deveria facultar os elementos necessários para que os interessados pudessem conhecer todos os aspectos relevantes para a decisão.

Ora, no caso do presente SPD, tal comando claramente não foi cumprido, agravando-se mesmo o incumprimento já verificado na decisão intercalar de 20 de Junho de 2013.

Para além das já aludidas alterações à metodologia anteriormente aprovada, as quais não se encontram suficientemente fundamentadas, os elementos disponibilizados quanto às modificações decorrentes dos valores ressubmetidos pela PTC padecem da mesma insuficiência.

Com efeito, continua a não ser facultado o detalhe dos cálculos realizados, sendo tal informação tratada como confidencial, quando a mesma é essencial para se poder aferir a adequação das premissas metodológicas aplicadas e dos cálculos efectuados, que dão origem ao valor a ser exigido aos operadores. Não pode, por conseguinte, esta informação histórica deixar de ser fornecida aos interessados – chamados a custear tais valores – sob a argumentação de que a mesma é informação confidencial.

A omissão desses elementos essenciais viola, assim, o dever de fundamentação constante do artigo 124.º do Código de Procedimento Administrativo, bem como o dever de notificação aos interessados de todos os elementos para efeitos de exercício do direito de audiência prévia, previsto no n.º 2 do artigo 101.º do mesmo Código, gerando a anulabilidade do acto administrativo que venha a ser praticado.

III. ANÁLISE NA ESPECIALIDADE AOS RESULTADOS DA AUDITORIA AOS VALORES RESSUBMETIDOS PELA PTC

1. SOBRE A EVOLUÇÃO DOS CLSU NO TRIÉNIO 2007-2009

Independentemente da abordagem metodológica aplicada, é com estranheza que a Vodafone Portugal observa que continua a não existir uma análise do padrão evolutivo dos CLSU.

De facto, a Vodafone Portugal não entende, nem aceita, como é possível apresentar ao sector uma factura, aliás tão pesada, sem que sejam partilhadas com os principais interessados, de forma detalhada, as razões que motivam clivagens tão significativas dos valores apresentados para os CLSU nos diversos anos considerados.

Com efeito, observa-se que, depois de um ano (o de 2007) em que o CLSU totaliza 23,5 milhões de euros, este se reduz para 20,1 milhões de euros em 2008 - uma queda de cerca de 15% - para, no ano seguinte, estranhamente voltar a crescer para um valor próximo do de 2007. Isto, quando não são conhecidas quaisquer evidências empíricas nem elencadas fundamentações nos relatórios disponibilizados para a verificação deste comportamento não-intuitivo, o qual, em particular, tem um efeito tão significativo na rúbrica "custos evitáveis de clientes não rentáveis em áreas rentáveis", rubrica esta que é a principal contribuinte para tais flutuações. Impõem-se, pois, do ponto de vista da Vodafone Portugal, uma clarificação específica sobre o comportamento evolutivo das diversas rúbricas que compõem o CLSU do período em análise.

Note-se, neste particular, a omissão dos dados de base relativos à anualização de custos não recorrentes, que impede o escrutínio de um resultado totalmente incompreensível como aquele que se revela num aumento súbito dos custos com clientes não rentáveis em áreas rentáveis entre os anos de 2008 e 2009. Tal aumento é apresentado como resultado de um aumento, igualmente súbito, do número de tais clientes (não rentáveis em áreas rentáveis), conforme se retira do Gráfico 5, na página 19 do Sentido Provável de Decisão ("SPD"). Ora, este aumento é manifestamente inverosímil, pois sabe-se que o número de clientes de voz na PTC teve uma evolução estável de queda (caíram continuamente entre 2007 e 2009). Como será, pois, possível que, nessa medida, tenha ocorrido um aumento de clientes não rentáveis em áreas rentáveis de 54.122, de 2008 para 2009? A resposta a esta

pergunta implicaria a disponibilidade de dados que são ocultados, por alegada confidencialidade, quando, na realidade, nada justifica a sua ocultação.

Os dados em causa seriam essenciais para que a Vodafone Portugal, assim como os demais interessados, pudessem exercer o seu direito de audiência prévia e escrutinar o método utilizado para calcular tais custos com clientes não rentáveis em áreas rentáveis. O que se pode afirmar é que é manifestamente inverosímil que a PTC tenha, no ano de 2009, aumentado o número de clientes que beneficiam do Serviço Universal (telefónico em local fixo) em mais de 54.000. Pelo que, tal aumento só pode ser explicado por um método de cálculo desadequado.

2. DOS RESULTADOS DA ANUALIZAÇÃO DE CUSTOS NÃO RECORRENTES SOBRE O NÚMERO DE CLIENTES NÃO RENTÁVEIS

A Vodafone Portugal tem sérias reservas sobre a forma como foi efectuada a anualização dos custos de instalação, as quais decorrem do facto de os resultados apresentados serem totalmente inesperados, bem como do facto de, uma vez mais a pretexto de confidencialidade, serem ocultados dados essenciais à determinação da forma como foi calculada tal anualização.

Considerando o processo de anualização descrito nas páginas 30 a 37 do relatório de Auditoria elaborado pela Axon Partners, fica-se com a ideia de que os custos de instalação estão, de facto, repartidos pela vida útil do cliente, pelo que, necessariamente, a rentabilidade no ano de instalação do cliente tem de melhorar. É também verdade que, ao repartir os custos pelos anos seguintes, a rentabilidade dos clientes nesses outros anos descerá. Mas a expectativa é que este movimento seja positivo, ou seja, que os clientes que passam a ser rentáveis no ano de instalação sejam em maior número do que os que ficaram negativos por terem agora recebido 1/5 dos custos de instalação de um ano anterior.

Ora, contra esta expectativa, na página 24 do relatório de Auditoria, mostra-se que a anualização dos custos de instalação levou a um acréscimo dos clientes não rentáveis em todos os anos sob análise. Tal resultado é, no mínimo estranho, não podendo ser validado e escrutinado pelos interessados sem a revelação concreta dos dados que estiveram na sua origem e respectiva forma de cálculo.

Ainda em relação a este ponto, a Vodafone Portugal reitera que considera totalmente injustificada a inclusão dos custos anuais de instalações ocorridas no período 2003-2006, uma vez que, durante esse

período, a PTC era o operador com força de mercado dominante, que via ressarcidos quaisquer custos incorridos na prestação do Serviço Universal através das tarifas que conseguia impor por força da sua posição de mercado. Transcrevemos, a esse propósito, a decisão do ICP-ANACOM de 9 de Junho de 2011, relativa ao conceito de "encargo excessivo", na qual afirmou que "até ao ano 2006 o PSU apresentou uma boa capacidade económico-financeira que, no cômputo geral, e em particular até ao ano 2006, lhe permitiu deter poder de influência nas condições de mercado e suportar os encargos decorrentes da obrigação de prestação do SU na base de uma tarifa uniforme para todo o país". Daqui se conclui que, também por esta razão, nenhum encargo assumido até final de 2006 pode ser considerado excessivo, o que necessariamente exclui os custos de instalação de clientes até essa data de qualquer consideração nos CLSU relativos ao período 2007-2009.

IV. CONCLUSÕES

- A. A Vodafone Portugal reitera e aqui dá por reproduzidos os argumentos anteriormente apresentados, neste e noutros procedimentos administrativos respeitantes à prestação do Serviço Universal e à compensação dos alegados custos líquidos da respectiva prestação, no sentido de que o modo como vem sendo regulada a prestação de tal Serviço Universal criará distorções no mercado e dificultará a verdadeira liberalização e evolução do sector, particularmente, das comunicações electrónicas fixas, cuja situação competitiva é deficiente e, conseqüentemente, preocupante.

Nestas circunstâncias, uma decisão que opte pela atribuição ao PSU de uma compensação pelo alegado “encargo excessivo” constituirá um acto nulo (na sequência da anulação do acto administrativo que definiu a metodologia de cálculo dos CLSU) e que conduzirá à criação de um auxílio de Estado incompatível com o ordenamento jurídico da União Europeia.

- B. A adopção de uma decisão equivalente ao SPD agora sob consulta pública consubstanciará ainda a prática de um acto administrativo inválido, nomeadamente por não estarem reunidas as condições para que os interessados se possam pronunciar adequadamente sobre a auditoria realizada e, em concreto, para que exerçam plenamente o seu direito ao contraditório no presente procedimento.

Impõe-se, nomeadamente, uma clarificação específica sobre a flutuação do número de clientes não rentáveis ao longo do período de 2007 a 2009, assim como sobre os resultados da anualização dos custos não recorrentes sobre o número total de clientes não rentáveis, mostrando-se essencial para tal análise a disponibilização do detalhe dos cálculos realizados, o que, de forma alguma, se encontra abrangida por qualquer direito legítimo do PSU à reserva de dados confidenciais.

O não fornecimento de elementos que permitam fazer tal escrutínio constitui uma violação do disposto nos artigos 101.º, n.º 2 e 124.º do Código do Procedimento Administrativo, padecendo, assim, o acto administrativo que venha a ser praticado do vício de anulabilidade.

- C. Por último, a Vodafone Portugal considera inaceitável, face ao conceito de “encargo excessivo” aprovado pelo próprio ICP-ANACOM, por deliberação de 9 de Junho de 2011, a inclusão de custos e receitas referentes a anos anteriores a 2007, que não são elegíveis para apuramento dos CLSU dos anos 2007 a 2009, por ser claro que, até final de 2006, o PSU tinha capacidade de internalização de todos os custos em que incorreu para cumprimento do Serviço Universal, razão pela qual a utilização de tais custos no cálculo dos CLSU constituirá igualmente uma violação da lei (artigo 96.º da Lei das Comunicações Electrónicas).