

**COMENTÁRIOS DA ZON AO SENTIDO PROVÁVEL DE DECISÃO DO ICP-ANACOM SOBRE OS
RESULTADOS FINAIS DA AUDITORIA DOS CUSTOS LÍQUIDOS DO SERVIÇO UNIVERSAL
RESUBMETIDOS PELA PT COMUNICAÇÕES, S.A. RELATIVOS AOS EXERCÍCIOS DE 2007 A 2009**

A. NOTAS PRÉVIAS

No quadro da consulta pública relativa ao “*Sentido Provável de Decisão sobre os resultados finais da auditoria aos custos líquidos do serviço universal (CLSU), resubmetidos pela PT Comunicações, S.A. (PTC) relativos aos exercícios de 2007 a 2009*”, aprovado por deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM, de 1 de Agosto de 2013 (doravante designado por “SPD”), vem a ZON TV Cabo Portugal, S.A., em seu nome e em nome das suas participadas (doravante conjuntamente designadas por “ZON”), apresentar os seus comentários, o que faz nos termos seguintes:

A ZON tem as maiores reservas relativamente à presente consulta pública, desde logo porque a adjudicação do serviço universal (“SU”) ao seu atual prestador teve lugar à margem do quadro legal aplicável e sem que tivesse havido uma definição prévia, fundamentada e transparente do montante de eventual compensação a pagar àquele prestador.

O apuramento de eventuais custos líquidos na prestação do serviço universal (“SU”), não pode, em circunstância alguma, acarretar um qualquer impacto financeiro negativo para os operadores presentes no mercado português das comunicações eletrónicas e, em particular, para a ZON. Este entendimento refere-se tanto aos exercícios de 2007 a 2009 em análise, quanto aos exercícios ulteriores, até que tenha lugar o início da prestação do SU pelas empresas selecionadas no quadro dos concursos que, para o efeito, foram lançados pelo Governo em 2012.

Com efeito, os custos líquidos em causa no SPD respeitam à atividade de um prestador do SU escolhido em termos que contrariam, de forma manifesta, o quadro jurídico europeu e português da oferta de redes e prestação de serviços de comunicações eletrónicas. Essa circunstância, por si só, prejudica necessariamente a credibilidade de qualquer apuramento de eventuais custos líquidos do SU incorridos pelo seu prestador nos exercícios de 2007 a 2009, sendo que, além do mais, se encontram volvidos mais de quatro anos sobre o final do último exercício considerado (2009).

A este título, recordamos que a ZON apresentou a sua posição sobre o tema do financiamento de eventuais custos líquidos do SU no quadro de pronúncia apresentada em consulta pública do ICP-

ANACOM sobre o conceito de encargo excessivo e sobre a metodologia a aplicar no cálculo dos custos líquidos do serviço universal, para a qual se remete. Igualmente pronunciou-se a ZON sobre este tema nos seus comentários apresentados no âmbito da consulta lançada pelo Governo sobre o “*Projecto de Decreto-Lei sobre a criação do Fundo de Compensação para o Serviço Universal de Comunicações Electrónicas*”.

Dada a importância de que se reveste para a ZON o financiamento de eventuais custos líquidos do SU, importa, nesta sede, sublinhar de modo bem vincado o que constitui o entendimento da ZON sobre o tema.

B. DO FINANCIAMENTO DE EVENTUAIS ENCARGOS DO SERVIÇO UNIVERSAL INCORRIDOS PELO ATUAL PRESTADOR

1. A ZON considera fundamental nesta sede, mais do que exprimir-se sobre os resultados da auditoria aqui em causa, voltar a abordar o tema do financiamento de eventuais custos líquidos apurados na prestação do SU pelo atual prestador, uma vez que é sua firme intenção opor-se a qualquer iniciativa tendente a impor a repartição desse encargo pelos operadores, *maxime* pela ZON. Em tal hipótese, a ZON não hesitará em recorrer aos meios legais disponíveis em ordem a fazer valer os seus direitos.

2. De referir que o facto de a escolha do prestador de SU não ter respeitado o Quadro Legal Europeu da Oferta de Redes e Serviços de Comunicações Eletrónicas, nomeadamente a Diretiva 2002/22/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 7 de Março de 2002, alterada pela Diretiva 2009/136/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações eletrónicas (“Diretiva Serviço Universal) inquina qualquer processo de apuramento de eventuais custos líquidos do mesmo SU. Aquela escolha desrespeitou igualmente a Lei n.º5/2004, de 10 de Fevereiro, com alterações (“Lei 5/2004”), que transpôs aquela diretiva para o direito português.

Note-se que a violação da Diretiva Serviço Universal foi claramente constatada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, no seu Acórdão de 7 de Outubro de 2010, Comissão/Portugal, C-154/09, nomeadamente em virtude de Portugal não ter “*transposto adequadamente, para o direito nacional, as disposições do direito da União que regulam a designação do prestador ou prestadores do serviço universal e, em qualquer caso, [por] não ter assegurado a aplicação prática dessas disposições*”.

Sublinhe-se, a este título, que o modo de designação do prestador SU e o modelo de financiamento das obrigações daquele serviço foram concebidos como um todo indissociável, uma vez que a determinação do modelo de financiamento pressupõe necessariamente que a designação do prestador haja ocorrido através de um mecanismo de designação eficaz, objetivo, transparente e não discriminatório, nos termos da Diretiva Serviço Universal (veja-se os artigos 3.º, n.º 2, e 8.º, n.º 2). Acresce que o regime da mesma Diretiva, quanto ao modo de financiamento dos “*encargos excessivos*” (art. 13.º, n.º1), pressupõe que a escolha do prestador do SU designado haja respeitado os mecanismos ali previstos para esse efeito. Ora, tal não sucedeu comprovadamente com a designação do atual prestador do SU.

Note-se que um sistema de financiamento em que a existência de encargo excessivo e o respetivo montante são aferidos face à atividade de um prestador do SU que não foi escolhido através de mecanismo eficaz, objetivo, transparente e não discriminatório, não poderá também oferecer quaisquer garantias de transparência, mínima distorção do mercado, não discriminação e proporcionalidade (art. 13.º, n.º3), como é legalmente exigido. Um tal contexto, aliás, “*exacerba a ambiguidade jurídica*”, contribuindo também para “*manter os operadores em causa num estado de incerteza, em violação de exigências de segurança jurídica*” (Acórdão do TJUE, Comissão/Portugal, C-154/09, par. 49).

Nessa medida, a eventual aplicação de um sistema de repartição pelos operadores do financiamento de custos líquidos nos exercícios de 2007 a 2009 e até à designação dos novos prestadores, no quadro dos concursos lançados para o efeito em 2012, violará gravemente a Diretiva Serviço Universal e a Lei 5/2004, bem como os princípios da objetividade, da transparência, da não discriminação e da proporcionalidade. A aprovação e subsequente entrada em vigor, entretanto, da Lei n.º 35/2012, de 23 de Agosto, não altera este quadro. Bem pelo contrário, agrava-o, na medida em que, para além da patente violação à Diretiva do Serviço universal já referida, a contribuição extraordinária que pela mesma lei é imposta ganha contornos de inconstitucionalidade a merecerem censura em local próprio.

No caso de ter lugar a imposição do referido sistema, a Comissão Europeia irá aferir necessariamente da respetiva compatibilidade com a Diretiva Serviço Universal, estando vinculada a iniciar um processo por incumprimento e, em última instância, a recorrer ao Tribunal de Justiça da União Europeia, caso conclua – como é manifesto – pela incompatibilidade de tal sistema de financiamento com a aludida Diretiva.

3. Acresce, igualmente, que o modo como o atual prestador do SU foi designado possibilitou-lhe diversas vantagens de acesso e de presença nacional, distorcendo claramente a concorrência a seu favor, sobretudo num período temporal em que os demais operadores procuravam desenvolver a sua atividade e impor-se com ofertas alternativas.

4. A ZON entende que a aplicação retroativa aos operadores de obrigações de financiamento de custos líquidos do SU, num quadro em que esses operadores não tiveram oportunidade de se apresentar a “*um mecanismo de designação eficaz, objetivo, transparente e não discriminatório, em que nenhuma empresa esteja a priori excluída da possibilidade de ser designada*”, representa também um grave atropelo aos princípios da equidade e da confiança dos cidadãos na administração pública, que impede a retroatividade de normas jurídicas, nomeadamente geradoras de encargos financeiros que não eram previsíveis à data da verificação dos factos.

Nessa medida, o ICP-ANACOM deve tomar em consideração o facto de os planos de negócio dos operadores do Serviço Telefónico em Local Fixo não terem previsto esse eventual custo, e por isso ficarem impedidos de o fazer refletir nos seus produtos também de forma retroativa e de o considerar nas suas estratégias comerciais, ao contrário do que sucedeu com o atual prestador do SU.

5. Acresce que uma eventual repartição pelos operadores de eventuais custos líquidos suportados no passado constituirá um favorecimento ilegítimo do atual prestador do SU em violação do princípio da igualdade e da não discriminação. De referir também que tal favorecimento reveste a natureza de auxílio de Estado incompatível com o Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia, suscetível de desencadear uma medida de recuperação por parte da Comissão Europeia.

6. Por outro lado, a prestação do SU nos termos atuais também não garante que o mesmo esteja a ser prestado da forma mais eficiente para o mercado, pelo que eventuais custos líquidos poderiam ter sido evitados se a atribuição tivesse seguido um procedimento em observância da Diretiva Serviço Universal. De referir, aliás, que um tal procedimento também não evitaria o empolamento dos custos apresentados pelo prestador designado, o que a própria Diretiva Serviço Universal reconhece no seu considerando (24), ao referir que “*existem incentivos para que os operadores designados aumentem o custo líquido avaliado das obrigações de serviço universal*”, acrescentando, a justo título, que os Estados-Membros “*devem assegurar a transparência e o controlo efetivos dos montantes cobrados para financiar as obrigações de serviço universal*”. Nessa medida, resulta muito difícil proceder a uma análise séria dos custos que efetivamente estão relacionados com o SU e respetivas receitas dele provenientes, considerando todo o histórico e a interdependência dos vários serviços do atual prestador do SU.

7. De todo o modo e sem prejuízo do já exposto, a ZON considera que os custos líquidos que resultaram dos concursos lançados pelo Governo em 2012 para a designação de novo(s) prestador(es) do SU, revelam que os custos expressos no SPD são manifestamente excessivos.

8. Os eventuais custos líquidos (e margens negativas), no período de 2007 a 2009 (e após esta data, até à designação dos novos prestadores do SU), não podem ser suportados pelos operadores e, em caso algum, pela ZON, devendo, por isso, ser absorvidos pelo atual prestador do SU. Uma tal solução atende ao facto de este prestador ter obtido durante largos anos relevantes vantagens pelo simples facto de prestar aquele serviço. De notar, igualmente, que a designação do prestador do SU possibilitou ao atual prestador diversas vantagens de acesso e de presença nacional, distorcendo claramente a concorrência em seu favor, sobretudo num período temporal em que os demais operadores procuravam desenvolver a sua atividade e impor-se com ofertas alternativas. A este título, refira-se que a existência de margens positivas em algumas componentes associadas à prestação do SU deve compensar a existência de eventuais margens negativas noutras componentes da prestação do SU.

Em alternativa, os eventuais custos líquidos do SU, num contexto económico menos restritivo, poderiam ser suportados pelo Estado Português.

C. CONCLUSÃO

Em conclusão, a ZON considera que:

- A aplicação de um sistema de financiamento de eventuais custos líquidos nos exercícios de 2007 a 2009 e no período até ao início da prestação do serviço pelos novos prestadores do SU, designados para o efeito no quadro dos concursos lançados em 2012, violará gravemente a Constituição da República Portuguesa, a Diretiva Serviço Universal e a Lei 5/2004, bem como os princípios da objetividade, da transparência, da não discriminação e da proporcionalidade;
- Nessa medida, os custos líquidos do SU anteriores ao início de atividade dos novos prestadores, a existirem, deverão constituir um encargo do atual prestador daquele serviço, ou, em alternativa, um encargo a suportar pelo próprio Estado.