DECISÃO SOBRE A RECLAMAÇÃO
apresentada pela DSTelecom Norte, S.A.

1. Por requerimento de 28.09.2015, a DSTelecom Norte S.A., (doravante DST), nos termos do disposto no artigo 191.º do Código do Procedimento Administrativo, vem apresentar reclamação da decisão proferida pela ANACOM em 04.09.2015, relativa ao litígio existente entre a DST e a Associação de Municípios da Terra Quente Transmontana (de ora em diante AMTQT), sobre a remuneração a pagar pelo acesso às infraestruturas aptas ao alojamento de fibra ótica da Terra Quente Transmontana.

Em resposta ao pedido de intervenção acima indicado a ANACOM decidiu:

«1. Não conhecer do pedido apresentado pela DST, na parte em que esta empresa pretende que a ANACOM determine a alteração das condições contratuais acordadas para acesso às infraestruturas detidas pela AMTQT, por se considerar incompetente para a sua apreciação pelas razões descritas supra e pronunciar-se, apenas, sobre a adequação da remuneração solicitada pela AMTQT à DST pela utilização das infraestruturas aptas ao alojamento de redes de comunicações eletrónicas que detém, face ao princípio da orientação dos preços para os custos fixado no n.º 1 do artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 123/2009.

2. Considerar que a remuneração solicitada pela AMTQT à DST pelo acesso às infraestruturas aptas ao alojamento de fibra ótica não apresenta indícios de não estar orientada para os custos ou ser discriminatória.».

A DST na sua reclamação sustenta que:

- *...a ANACOM é entidade competente, como entidade reguladora, para avaliar da regularidade das condições de remuneração (incluindo as de pagamento) pelo acesso e utilização de redes de comunicações eletrónicas* e
- *...as condições de pagamento impostas pela Associação* [AMTQT] *não podem ser consideradas adequadas por referência a um princípio de orientação da remuneração para os custos.*

E conclui, requerendo:

a) *Deve a ANACOM considerar-se competente para se pronunciar sobre o pedido formulado* pela DST no âmbito do procedimento de resolução de litígios acima referenciado, *de acordo com os artigos 19.º e 88.º do Decreto-lei n.º 123/2009;*

b) *Devem ser consideradas contrárias à lei as condições de pagamento fixadas pela Associação, por violarem o princípio da orientação para os custos e restringirem o direito de acesso a infraestruturas aptas ao alojamento de redes de comunicações eletrónicas*;

c) Deve ser anulada a decisão de que a DST reclama e substituída por outra que reconheça a ilegalidade das condições de pagamento referidas, nos termos peticionados no requerimento apresentado pela DST em 16.09.2014.

2. Conforme resulta do n.º 1 do artigo 191.º e do artigo 186.º do Código do Procedimento Administrativo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro (CPA), a DST pode reclamar, para o autor, da prática ou omissão de qualquer ato administrativo.

   Prevê o n.º 3 do acima indicado artigo 191.º do CPA que [q]*uando a lei não estabeleça prazo diferente, a reclamação deve ser apresentada no prazo de 15 dias.*

   A reclamação apresentada foi deduzida tempestivamente. Com efeito,a decisão reclamada foi notificada à DST em 07.09.2015[1] e a reclamação (inicialmente transmitida por telecópia e posteriormente entregue por carta) tem registo de entrada na ANACOM a 28.09.2015, tendo, como tal, sido entregue dentro do prazo previsto no n.º 3 do artigo 191.º do CPA.

3. Nos termos do que prevê o artigo 192.º do CPA, a AMTQT foi notificada, para alegar, o que tivesse por conveniente sobre o pedido e fundamentos da reclamação apresentada pela DST. Para o efeito foi fixado um prazo de 15 dias[2].

---

[1] Através do ofício ANACOM-S063680/2015, de 04.09.2015

[2] Através do ofício ANACOM-S066729/2015, de 08.10.2015. Na mesma data a DST foi informada desta diligência através do ofício ANACOM-S066730/2015.

Tendo sido regularmente notificada, a AMTQT decorrido prazo fixado não apresentou qualquer alegação. Cumpre assim concluir a análise e apreciação da reclamação apresentada pela DST.

4. Sobre a alegada competência da ANACOM para decidir

4.1. Requerimento DST

Na ótica da DST, quando a ANACOM decide que *não tem competência para conhecer e determinar a alteração das condições contratuais acordadas para acesso às infraestruturas* da AMTQT, parte de dois pressupostos errados:

- **O Primeiro** é que a DST não pretendeu, nem requereu, que a ANACOM alterasse as disposições contratuais, mas tão só que se pronunciasse sobre a validade das condições remuneratórias (em concreto as de pagamento) impostas pela AMTQT, por referência ao princípio da orientação do preço para os custos.

  Reconhecendo, no entanto que, *concluindo pela ilegalidade dessas condições, o resultado seria o que se pede, a final, no requerimento inicial que deu origem ao presente procedimento de resolução de litígios (conforme alterado subsequentemente através do requerimento de 16/09/2014)*, muito embora não fosse a ANACOM a alterar ou rever o clausulado contratual.

  Entende, assim, a DST que é infundada a conclusão da ANACOM quando refere que não tem competência para apreciar do pedido da DST.

- **O Segundo** é que a ANACOM, *a pretexto de uma questão de pura nomenclatura, (...) acaba por não se pronunciar sobre a questão concretamente colocada pela DST e que se prendia com as condições de pagamento e não com o preço fixado pela* Associação.

  Sustenta a DST que *ao pôr em causa as condições de pagamento a DST-N está (...) a pôr em causa a orientação da remuneração para os custos* já que, acrescenta, *as condições de pagamento são elemento integrante e essencial da remuneração*, ou,

por outras palavras, *o preço ou o valor da remuneração configuram apenas e só um dos elementos que integram o conceito de remuneração.*

Acrescenta a DST que um entendimento diverso implica *uma leitura ilegal e inadmissivelmente restritiva do conceito de remuneração constante do artigo 19, n.ºs 1 e 3 do Decreto-lei n.º 123/2009.*

Entende a DST que no Decreto-Lei n.º 123/2009 existem vários **indícios literais** de que o conceito de remuneração não se circunscreve apenas ao preço ou valor da remuneração. Justifica esta conclusão com os seguintes argumentos:

- O artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 123/2009 optou pelo conceito "remuneração" em detrimento da expressão "preço";
- O artigo 18.º, n.º 1, alínea e) emprega a expressão "condições remuneratórias" para se referir ao conjunto de elementos que fazem parte da remuneração e que, naturalmente não se limitam ao preço;
- "Preço" é a locução usada na Lei das Comunicações Eletrónicas a propósito da regulação de casos semelhantes, o que não pode deixar de ser considerado a propósito da correta aplicação do artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 123/2009.

A DST alega ainda que o seu entendimento sobre a competência da ANACOM tem suporte também num "**elemento racional**" que deve ser usado na interpretação das leis - finalidade do regime criado pelo legislador e a inserção da norma em causa no sistema de leis aplicáveis.

- A exigência expressa no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 123/2009 de que as entidades que são titulares de condutas divulguem *condições remuneratórias (e demais condições contratuais aplicáveis)* e a finalidade da norma que prevê a intervenção da ANACOM em litígios sobre estes aspetos é assegurar que as condições exigidas aos beneficiários não os impedem de efetivamente aceder e utilizar as infraestruturas.
- A relevância daqueles aspetos é tão significativa que o legislador previu que também nestas situações haveria lugar a intervenção do regulador setorial para decidir o litígio, nos termos do artigo 10.º da LCE e que como prevê aquela disposição, na resolução de litígios a ANACOM deve decidir de acordo com o

disposto na lei "*e tendo em vista os objetivos de regulação estabelecidos no artigo 5.º*", acrescentando a DST que o n.º 6 do aludido artigo 5.º determina que compete à ANACOM adotar todas as medidas razoáveis e proporcionadas necessárias para garantir que qualquer empresa possa fornecer os serviços de comunicações eletrónicas ou estabelecer, alargar ou oferecer redes de comunicações eletrónicas.

- Defende a DST que as condições de pagamento reclamadas pela AMTQT são desproporcionadas e injustificadas - a exigência, no primeiro ano de vigência do contrato, do *pagamento antecipado da remuneração devida pela utilização durante um período de 20 anos é um outro modo de praticar um preço excessivo. (...) A antecipação do pagamento do preço – que tipicamente é uma prestação regular associada a um período de tempo de utilização das condutas, numa base mensal, trimestral ou anual - equivale a aumentar o próprio preço.* O beneficiário é assim obrigado a suportar o risco de pagar pela utilização das condutas por períodos de tempo que poderá nem vir a utilizar, visto ser impossível prever que, de certeza as condutas serão usadas durante todo esse período.
- Conclui a DST que a discussão sobre as condições de pagamento é também uma discussão sobre as condições de preço (ou remuneração), um domínio relevante para que sejam asseguradas condições efetivas de acesso e utilização, o que justificou a exigência de que os preços devem ser orientados para os custos.

Da argumentação que apresenta a DST sublinha que:

- *O artigo 19.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 123/2009 deve ser interpretado, por força do elemento racional, no sentido em que o conceito de remuneração ali usado inclui as condições de pagamento do preço, porque estas podem afetar tanto quanto o preço, ou mais do que o próprio preço, a possibilidade de utilizar as condutas em condições comerciais razoáveis – e esta é finalidade da norma constante desse artigo e dos poderes ali atribuídos à ANACOM;*
- *Não existe nenhuma disposição no Decreto-Lei n.º 123/2009 nem na LCE que determine expressamente que a ANACOM não pode pronunciar-se sobre as condições de pagamento, sendo que os artigos 18.º e 19.º do Decreto-Lei n.º 123/2009 usam o conceito de remuneração e condições de remuneração, conceito este mais aberto que o de "preço"*, ou seja, que existem *indícios literais*

de que o conceito usado nos citados artigos 18.º e 19.º inclui as condições de pagamento do preço.

- *O artigo 10.º da LCE, para o qual o artigo 19.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 123/2009 remete expressamente, atribui poderes à ANACOM para julgar "quaisquer litígios"(cf. n.º 1), sem restrição de matérias ou causa de pedir, e prescreve que deve decidir em vista dos objetivos de regulação (...), tendo poderes para adotar "todas as medidas razoáveis e proporcionadas necessárias" para garantir a oferta e alargamento de redes.*

Concluindo

...que a ANACOM está investida pela lei (princípio da legalidade) no poder de, no processo de resolução administrativa de litígios que lhe foi submetido, apreciar e decidir a adequação das condições de pagamento exigidas pela Associação. O elemento racional de interpretação dos artigos 18.º e 19.º do Decreto-Lei n.º 123/2009 impõe esta conclusão, sendo que este resultado interpretativo tem mais do que "um mínimo de correspondência verbal" na letra da lei (artigo 9.º, n.º 2, do Código Civil).

4.2. Entendimento ANACOM

A argumentação expendida na análise endereçada pela DST à ANACOM não deve ser considerada procedente.

Desde logo, o argumento literal da interpretação não suporta o entendimento sustentado pela DST para o n.º 1 e n.º 3 do artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 123/2009, de 21 de maio[3] (de ora em diante DL 123/2009).

As "condições remuneratórias aplicáveis" a que se refere a alínea e) do n.º 1 do artigo 18.º não correspondem à "remuneração" a que alude o n.º 1 e n.º 3 do artigo 19.º, cujo âmbito está delimitado pela definição de «*remuneração do acesso*» consagrada na alínea t) do n.º 1 do artigo 3.º do DL 123/2009. A diferença entre «*condições remuneratórias*» e «*remuneração*» é também evidenciada pela letra e pelo objetivo que

[3] Alterado e republicado pela Lei n.º 47/2013, de 10 de julho, posteriormente alterado pela Lei n.º 82-B/2014, de 31 de dezembro.

cada uma das disposições acima indicadas - artigo 18.º e artigo 19.º - pretendem alcançar.

Tratam-se evidentemente de expressões diferentes a que, pela sua proximidade e inserção sistemática, não pode razoavelmente ser conferido idêntico significado.

A consagração de uma definição legal de «remuneração do acesso» reflete uma intenção de estabelecer os limites deste conceito o que tem como efeito a circunscrição dos poderes de intervenção da ANACOM conferidos pelo artigo 19.º, n.º 3 do DL 123/2009.

A «remuneração do acesso», a que se refere o artigo 19.º do DL 123/2009, corresponde, por força da sua definição legal, [a]*o valor a pagar pelas empresas de comunicações eletrónicas acessíveis ao público pela utilização das infraestruturas instaladas aptas para alojamento de redes de comunicações eletrónicas, para efeitos de instalação, alojamento, reparação e remoção de cabos*, não tendo, por isso, a abrangência das «condições remuneratórias» a que alude a alínea e) do n.º 1 do artigo 18.º. Consequentemente, como decorre das acima indicadas disposições, os poderes conferidos à ANACOM pelo artigo 19.º, n.º 3, na medida em que incidem apenas sobre a remuneração do acesso – o valor a pagar pela utilização das infraestruturas – não têm a extensão que a DST sustenta. Caso pretendesse que as duas expressões fossem equivalentes, o legislador teria naturalmente garantido que, em ambos os artigos, seria utilizada a mesma terminologia. Nesse sentido apontam as conclusões baseadas no entendimento corrente – "condições remuneratórias" (que envolve não só o quanto, mas também o como) tem um sentido mais abrangente do que "remuneração" (o quanto).

E é também neste sentido que aponta o argumento teleológico da interpretação.

Com as exigências fixadas no artigo 18.º o legislador pretendeu assegurar que as entidades sujeitas ao dever de acesso disponibilizem informação sobre as condições de acesso e de utilização das infraestruturas, exigindo a explicitação de vários elementos que foram considerados relevantes para que os possíveis interessados possam avaliar e decidir sobre o acesso às mesmas.

Na fixação do regime do acesso às infraestruturas consagrado no capítulo III do DL 123/2009, atendeu-se, por um lado, à diversidade de infraestruturas disponíveis, tendo

em conta a sua diferente natureza dominial, bem como aos diferentes custos de construção, manutenção e exploração e, por outro lado, procurou-se fomentar a oferta destes recursos.

Adicionalmente, não pode deixar de se ter presente que as obrigações de acesso impostas pelo DL 123/2009 se aplicam a um universo de entidades que é muito mais amplo do que o visado pela LCE. As obrigações impostas no capítulo III do DL 123/2009 dirigem-se ao elenco de entidades indicadas no seu artigo 2.º (que abrange entidades da área pública e empresas privadas que não têm por objeto a atividade de comunicações eletrónicas) e não apenas, como sucede na LCE, empresas de comunicações eletrónicas. O universo e as características das várias entidades abrangidas pelas obrigações de acesso fixadas no capítulo III do DL 123/2009 determinou que, neste âmbito, o legislador tenha optado por uma abordagem menos interventiva do que aquela que está prevista na LCE para as empresas de comunicações eletrónicas[4].

Considerando estes aspetos, o DL 123/2009 procurou deixar ao detentor das infraestruturas alguma liberdade para fixar as condições de acesso e utilização das mesmas, ainda que tenha fixado um conjunto mínimo de exigências que considerou ser fundamental e adequado no contexto da regulação simétrica que é visada por este diploma – igualdade, transparência, não discriminação e orientação dos preços para os custos (*vd.* n.º 2 do artigo 13.º).

É nesta abordagem que radica a diferença entre a redação do artigo 18.º, n.º 1, alínea e) que pretende assegurar a disponibilização da informação necessária sobre condições remuneratórias que são livremente fixadas (para que as empresas de comunicações eletrónicas identifiquem e selecionem as infraestruturas a que querem aceder) e a redação do artigo 19.º[5] que visa assegurar uma regulação mínima das exigências relativas à remuneração. Não se fixa, nem se pretendeu fixar, as condições

[4] Os poderes expressamente conferidos pelos artigos 67º, 68.º e 69º da LCE à ANACOM para regular as ofertas grossistas em todos os seus aspetos não têm paralelo direto no regime consagrado no DL 123/2009. Esta diferente abordagem evidencia a intenção do legislador de conferir à ANACOM competências com diferente abrangência.

[5] A diferente abordagem entre o regime de acesso a infraestruturas aptas ao alojamento de redes de comunicações eletrónicas e o regime das ofertas grossitas reguladas no âmbito da LCE está refletida nas diferenças do regime. Ao contrário do que sucede com as ofertas reguladas no quadro da LCE, o DL 123/2009 deixa à entidade que explora as infraestruturas aptas ao alojamento de redes de comunicações eletrónicas liberdade para fixar os elementos que devem ser apresentados para instrução do pedido, para fixar os prazos dos direitos de acesso, as condições contratuais tipo, as sanções por incumprimento.

de pagamento da remuneração ou o valor da remuneração, mas estabeleceu-se uma regra a que a sua fixação deve obedecer e que dependerá dos efetivos custos de construção, manutenção e exploração.

Com o que acima é referido não se pretende afirmar liminarmente que os concretos termos das condições contratuais fixadas relativamente ao pagamento da remuneração não influam, ou não possam influir, na orientação para os custos da remuneração.

Deixando ao detentor das infraestruturas alguma liberdade para fixar as condições contratuais de que depende o acesso e utilização das mesmas (que se considerou ser necessário para fomentar a oferta de acesso), a lei pretendeu assegurar que, quaisquer que sejam as condições fixadas, seja observado o cumprimento da regra de orientação para os custos da remuneração[6]. Dito de outra forma, a entidade que detém as infraestruturas pode estabelecer as condições de acesso e utilização das mesmas, devendo porém assegurar, sempre, que a remuneração a pagar é orientada para os custos - os concretos termos em que o pagamento da remuneração é solicitado (condições de pagamento) pode, de facto, ter reflexos na orientação para os custos da remuneração – sendo esta (a remuneração) que, nos termos do artigo 19.º, se encontra regulada.

A abordagem seguida pelo legislador reflete-se, também, nos poderes de intervenção para a resolução de diferendos que são conferidos à ANACOM no âmbito do DL 123/2009. Tais poderes circunscrevem-se apenas a determinadas situações/aspetos e não, como ocorre na LCE, com o seu artigo 10.º, a quaisquer litígios relacionados com as obrigações decorrentes "deste diploma".

Tal como sucede com o artigo 16.º e com o artigo 22.º do DL 123/2009, as competências conferidas à ANACOM pelo artigo 19.º estão expressamente delimitadas – avaliar e decidir, num caso concreto, sobre a adequação do valor da remuneração solicitada face à regra de orientação para os custos. Esta competência está assim circunscrita, ou seja, incide sobre o valor da remuneração do acesso às infraestruturas – tal como definido na alínea t) do n.º 1 do artigo 3.º deste diploma – e não sobre as condições remuneratórias a que alude a alínea e) do n.º 1 do artigo 18.º. Ainda que as condições

[6] *Vd.* preâmbulo do DL 123/2009 e Resolução do Conselho de Ministros n.º 120/2008, de 30 de julho.

remuneratórias aplicadas devam ser consideradas, estas só serão relevantes na medida em que influenciem a orientação para os custos da remuneração solicitada. Não podendo determinar a alteração das condições remuneratórias, a ANACOM pode decidir que o valor da remuneração tem de ser ajustado, para que, observadas as condições remuneratórias estabelecidas, seja cumprida a regra de orientação para os custos.

Considerando a delimitação das competências da ANACOM e o princípio da legalidade a que, na sua atuação, esta Autoridade está sujeita (artigo 3.º do CPA) não pode uma decisão sobre a matéria ultrapassar os limites dos poderes que lhe foram conferidos pela lei. Não procede também por isso o argumento de que pelo facto de o DL 123/2009 ou a LCE não determinarem, expressamente, que a ANACOM não pode pronunciar-se sobre as condições de pagamento, esta Autoridade está habilitada a decidir sobre aquelas condições.

O argumento de que, ao remeter para o artigo 10.º da LCE, o DL 123/2009 confere à ANACOM um poder de decidir sobre qualquer diferendo que lhe seja apresentado no âmbito do DL 123/2009 e que as suas decisões devem ser tomadas tendo em consideração os objetivos de regulação estabelecido no artigo 5.º da LCE também não procede para sustentar uma maior amplitude das competências de decisão pretendidas pela DST para a ANACOM.

Se a intenção do legislador fosse a de conferir um poder de intervenção da ANACOM com a extensão preconizada pela DST, teria certamente previsto, em disposição genérica e expressa, uma tal capacidade de atuação, à semelhança do que fez na LCE. Ora não foi o que sucedeu, e bem se compreende que assim tenha acontecido, tendo em conta o que já foi referido sobre a diversidade de infraestruturas disponíveis, de entidades sujeitas à obrigação de acesso e a intenção de fomentar a sua oferta[7]. Esta particularidade de regime determinou, como já acima foi referido, que as possibilidades de intervenção da ANACOM para a resolução de diferendos fosse circunscrita.

[7] Tendo em conta as entidades abrangidas pela obrigação de dar acesso, seria desproporcionado conferir à ANACOM poderes de intervenção com a extensão defendida pela DST. O grau de intervenção seria excessivamente intrusivo e contrariaria a dinamização da oferta de infraestruturas aptas ao alojamento de redes de comunicações eletrónicas que se pretendeu fomentar.

No que se refere aos princípios e objetivos que enformam as decisões da ANACOM no âmbito do DL 123/2009, estes não são necessariamente coincidentes com os objetivos de regulação fixados no artigo 5.º da LCE. Tais objetivos de regulação devem fundamentar as decisões proferidas ao abrigo da LCE e não já toda e qualquer decisão da ANACOM. Ainda que o objetivo do DL 123/2009 seja também contribuir para que sejam assegurados os objetivos previstos no artigo 5.º da LCE, existem outros aspetos inerentes à construção e ao acesso a infraestruturas aptas ao alojamento de redes de comunicações eletrónicas que, a par dos objetivos de regulação previstos na lei, devem ser atendidos nas decisões que no âmbito do DL 123/2009 a ANACOM venha a adotar.

Consequentemente, como decorre do acima exposto, a argumentação apresentada pela DST não só não tem suporte na letra da lei – as expressões utilizadas no artigo 18.º e no artigo 19.º (esta última delimitada pela definição consagrada na alínea t) do n.º 1 do artigo 3.º) são distintas e com significados distintos —, como também não tem suporte na vontade do legislador que procurou deixar aos detentores das infraestruturas liberdade para definir as condições de acesso e utilização das mesmas, desde que se mostrasse satisfeito um conjunto mínimo de exigências, de entre as quais se inclui a orientação para os custos do valor da remuneração.

Também não existe qualquer disposição no DL 123/2009 que exija que as condições contratuais fixadas obedeçam a uma determinada matriz e nessa medida, obstaculize que a remuneração a pagar pelo acesso e utilização das infraestruturas seja realizado através de uma única prestação a realizar previamente ao acesso – como se assinalou, o DL 123/2009 deixa à entidade que explora as infraestruturas aptas ao alojamento de redes de comunicações eletrónicas liberdade para fixar os elementos que devem ser apresentados para instrução do pedido, para fixar os prazos dos direitos de acesso, as condições contratuais tipo e as sanções por incumprimento. Importará no entanto assegurar que tais exigências não sejam discriminatórias e que a remuneração seja orientada para os custos.

Ao contrário do que é referido pela DST, os poderes de intervenção para a resolução de diferendos conferidos à ANACOM pelo DL 123/2009 não são tão amplos quanto os poderes que são conferidos a esta Autoridade pela LCE.

Não se recusa que na análise de pedidos que lhe sejam apresentados ao abrigo do n.º 3 do artigo 19.º do DL 123/2009 a ANACOM deva ter em consideração as "condições remuneratórias" fixadas – e no caso em análise, foram. Porém, dados os poderes de intervenção que lhe são conferidos, tais condições apenas podem conduzir a que seja determinado o ajustamento da remuneração para cumprir a exigência de orientação para os custos daquele valor, mas não a alteração de condições de pagamento estabelecidas.

Dados os poderes conferidos pelo DL 123/2009 a decisão desta Autoridade apenas pode incidir sobre a adequação da remuneração solicitada pela AMTQT à DST pela utilização das infraestruturas aptas ao alojamento de redes de comunicações eletrónicas que detém, face ao princípio da orientação dos preços para os custos e não sobre as condições contratuais apresentadas pela AMTQT, ou sobre as condições remuneratórias (ou de pagamento do preço) fixadas pela entidade gestora das infraestruturas.

5. Quanto à legalidade das condições de pagamento impostas pela AMTQT – Violação do princípio da orientação dos preços para os custos

5.1. Requerimento DST

Refere a DST que a conclusão de que a remuneração solicitada pela AMTQT não apresenta indícios de não estar orientada para os custos ou de que é discriminatória assenta no facto de a ANACOM se ter recusado a apreciar a questão que lhe foi concretamente submetida pela DST e que se prende, não com o preço em si, mas com as condições de pagamento do mesmo. Para a DST *a conclusão a que a ANACOM chegou baseia-se exclusivamente numa análise que lhe não foi solicitada e demite-se de apreciar o que efetivamente foi requerido.*

Na ótica da DST a questão que coloca prende-se com a legalidade da imposição do pagamento do remanescente (do preço) logo com a conclusão da instalação da fibra ótica. Um pagamento antecipado que a DST considera ser ilegal, por violação do princípio da orientação dos preços para os custos. Para a reclamante, exigir no primeiro ano de vigência do contrato, o pagamento de um preço que é devido pela utilização das

infraestruturas por um período de 20 anos, traduz-se numa antecipação do pagamento do preço equivalendo a aumentar o próprio preço que será, afinal, o preço fixado acrescido de capitalização do valor devido por todo o período do contrato que é pago em benefício da Associação.

Segundo a reclamante, a este facto acresce que, sob pena de não poder ter acesso ou não poder utilizar as infraestruturas, as condições estipuladas pela AMTQT implicam que a DST seja obrigada a suportar o risco de pagar a utilização das condutas por um período de tempo que poderá nem vir a usar, enquanto a AMTQT beneficia de uma possibilidade de uma remuneração superior aos custos em que incorrerá caso o contrato cesse antecipadamente, o que, refere, poderá suceder por razões imputáveis à própria Associação – daí a importância do pagamento ser feito periodicamente e não logo no primeiro ano do contrato, ou de a AMTQT vir a prestar uma caução a favor da DST por forma a garantir as suas responsabilidades contratuais.

Acrescenta ainda que, boa parte dos custos em que a AMTQT irá incorrer apenas será suportada, no futuro, como será o caso dos custos de manutenção, reparação e de melhoramento, pelo que ao exigir o pagamento da totalidade do preço no primeiro ano do contrato, a AMTQT está a reclamar o ressarcimento de custos em que ainda não incorreu.

5.2. Entendimento ANACOM

Relativamente à argumentação acima exposta cumpre referir:

<u>Sobre a compatibilidade do pagamento antecipado com o princípio da orientação dos preços para os custos</u>

Como já foi referido na decisão notificada à DST, quer previamente à sua adoção, enquanto sentido provável de decisão, quer após a sua aprovação em definitivo pelo Conselho de Administração da ANACOM, não resulta da lei geral aplicável nem da legislação que especificamente rege o acesso e utilização de infraestruturas aptas ao alojamento de redes de comunicações eletrónicas, que o pagamento da remuneração devida pelo acesso e utilização das infraestruturas aptas ao alojamento de redes de

comunicações eletrónicas tenha de ser realizado em prestações regulares associadas a um período de tempo de utilização de condutas, numa base mensal, trimestral ou anual, ou que não possa ser cobrado de uma vez só em momento fixado pela entidade detentora ou gestora das infraestruturas. Tal prática – o pagamento de uma só vez do valor da referida remuneração –, por si só, não é contrária ao princípio da orientação dos preços para os custos.

Assim, não se percebe a distinção que a DST parece querer fazer entre o pagamento dos 50% aquando da celebração do contrato (que parece aceitar) e os 50% restantes com a conclusão da instalação da fibra ótica (cuja legalidade é suscitada na reclamação apresentada).

O que se verificou na decisão de 04.09.2015 é que, mesmo com o pagamento imediatamente após a conclusão da instalação da fibra ótica, há orientação dos preços para os custos.

De facto, na decisão sobre o pedido de intervenção apresentado pela DST, aprovada pela ANACOM em 04.09.2015 concluiu-se que "*O valor que resulta do somatório das componentes acima detalhadas com valores devidamente atualizados à data do contrato é compatível, numa ótica de orientação dos preços para os custos, com o valor que a AMTQT solicita à DST pelo acesso às suas condutas, nas condições de pagamento constantes do contrato assinado, não existindo, assim, qualquer indício de que o preço proposto não cumpre aquele princípio.*" (sublinhado nosso).

Ou seja, caso fosse aplicado um valor anual durante 20 anos, esse valor anual teria de ser superior ao valor que resultaria da divisão do valor pago imediatamente após a conclusão da instalação da fibra ótica – "à cabeça" – por 20 anos[8].

Existem, assim, duas aproximações possíveis: o pagamento "à cabeça" da remuneração ou o pagamento de uma remuneração regular (anual) durante um período de 20 anos, não podendo a segunda (o valor da remuneração anual) ser simplesmente 1/20 da primeira.

[8] Desde que a taxa de atualização seja superior a zero.

Analisadas as condições de remuneração de forma global, tendo em conta as condições de pagamento e o valor da remuneração, conforme analisado em secção posterior desta decisão[9], o princípio de orientação dos preços para os custos não é violado.

Sobre a obrigação de suportar o risco de pagar a utilização das condutas por um período que poderá nem vir a usar aquelas infraestruturas

A DST alude ao risco de pagar por algo antecipadamente, uma vez que o valor a pagar no final da instalação da fibra ótica por parte da DST representa o preço do acesso da DST às condutas da AMTQT por um período de 20 anos.

Sem pretender emitir qualquer decisão sobre a conveniência ou adequação das condições contratuais acordadas para o acesso às infraestruturas detidas pela AMTQT, importa referir que no contrato celebrado entre a DST e a AMTQT o n.º 3 da cláusula 9.ª,

CONFIDENCIAL

", permite, de alguma forma salvaguardar o risco incorrido pela DST

CONFIDENCIAL

Ou seja, a referida cláusula do contrato introduz um mecanismo de partilha de risco entre a DST e a AMTQT que reduz a preocupação manifestada pela DST nomeadamente se o contrato cessar antecipadamente por motivos imputados à AMTQT.

Se a cessação do contrato for imputável à DST, a acima indicada cláusula já não será aplicável. No entanto, dado que o contrato celebrado entre a DST e o Estado Português para a instalação, gestão, exploração e manutenção de uma rede de comunicações

[9] Secção "Sobre o efeito da antecipação do pagamento da remuneração da AMTQT".

eletrónicas de alta velocidade na Zona Norte, tem uma duração de 20 anos (período idêntico ao previsto no contrato entre a DST e a Associação para a utilização pela primeira das condutas da segunda), não se considera que a cessação antecipada do contrato por parte da DST venha, de facto, a colocar-se.

Sobre o pagamento à AMTQT de custos que aquela Associação ainda não incorreu

Relativamente a esta observação importa salientar que a maior parte dos custos foi já incorrida, de facto, pela Associação, aquando da construção de condutas, não sendo correta a afirmação de que boa parte dos custos em que a AMTQT irá incorrer para disponibilizar as condutas à DST (nomeadamente dos custos de manutenção, reparação e melhoramento), apenas será suportada no futuro. Refira-se porém que os custos de manutenção, reparação e melhoramento não foram incorporados no valor da remuneração apresentada pela AMTQT, tendo contudo sido considerados pela ANACOM, devidamente atualizados, na avaliação do cumprimento da obrigação de orientação dos preços para os custos.

Mesmo que as condições remuneratórias previssem o pagamento de uma remuneração mensal ("prestação regular"), em vez do pagamento de uma remuneração "à cabeça", essa remuneração mensal incluiria, sempre, uma componente de custos de manutenção, reparação e melhoramento, como acontece, por exemplo, no caso dos preços regulados de acesso a condutas da MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia, S.A. (MEO).

Ou seja, independentemente da aproximação seguida (definição de um pagamento à cabeça ou de um pagamento regular), os custos de manutenção, reparação e melhoramento teriam sempre de ser considerados.

Sobre o efeito da antecipação do pagamento da remuneração da AMTQT

Não é correta a afirmação de que a antecipação do pagamento de uma remuneração (que a DST alega assumir, tipicamente, a forma de uma "prestação regular") para um único momento à cabeça equivale a aumentar o valor da remuneração.

De facto, a remuneração definida pela Associação inclui o valor[10]:

- das "Transferências da AMTQT e das Câmaras Municipais";
- dos juros pagos e a pagar;
- da amortização do capital até à data da assinatura do contrato;
- do capital em dívida nessa data.

A ANACOM considerou que, como a AMTQT se faz remunerar por um valor que é pago uma única vez, não faz sentido considerar a totalidade dos juros a pagar ao longo de todo o período do empréstimo bancário, dado que ao receber o valor correspondente ao capital em dívida poderia amortizar o empréstimo na totalidade, não incorrendo, por isso, em pagamento de juros futuros (não existe qualquer penalização pela liquidação antecipada do capital em dívida).

Ou seja, caso se eliminem os juros futuros, o preço recebido "à cabeça" corresponde totalmente a custos já incorridos pela Associação e à quota-parte do capital em dívida que pode assim ser reembolsado, não correspondendo a qualquer "*empolamento económico e financeiro*" em benefício da Associação.

Sem prejuízo, conforme referido na decisão, na avaliação do princípio da orientação dos preços para os custos eliminaram-se os juros futuros, mas consideraram-se custos de manutenção da infraestrutura devidamente atualizados à data do contrato, tendo-se constatado que este princípio era cumprido. Assim, quando muito, a AMTQT beneficiaria do pagamento antecipado de custos na componente de manutenção da infraestrutura que poderia capitalizar, enquanto não incorresse efetivamente nesses custos e apenas caso a taxa de juro aplicável a esse investimento fosse mais favorável que a taxa de atualização utilizada.

Por outro lado, caso se viesse a aplicar uma prestação regular, em vez de um pagamento "à cabeça", ter-se-ia em conta, não só o montante referente às "Transferências da AMTQT e das Câmaras Municipais", os juros pagos e a pagar, a amortização do capital até à data da assinatura do contrato e o capital em dívida nessa data (rubricas consideradas pela Associação para cálculo da remuneração), como

[10] Na proporção da área efetivamente ocupada (um monolubo).

também custos com componentes relativas a: (i) custos de capital, (ii) custos de manutenção, reparação e melhoramento, (iii) custos comuns e (iv) custos recorrentes comerciais e de faturação e cobrança, que constam, por exemplo, do preço de acesso a condutas da MEO.

Tendo em conta os custos (detalhados) incorridos pela Associação e as condições remuneratórias solicitadas (incluindo a antecipação do pagamento da remuneração), bem como o impacto destas no valor da remuneração, conclui-se, assim, que a remuneração solicitada pela AMTQT pelo acesso e utilização das infraestruturas aptas ao alojamento de redes de comunicações eletrónicas de que é detentora não apresenta indícios de não estar orientada para os custos, sendo que se o pagamento fosse recorrente (e.g. anual) o valor inerente teria de ser superior ao valor que resultaria da divisão do valor que foi cobrado à DST por 20 anos.

6. Conclusão e decisão

Conforme decorre da análise acima realizada importa concluir:

- O n.º 3 do artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 123/2009 apenas confere à ANACOM competências para avaliar e decidir, num caso concreto, sobre a adequação do valor da remuneração solicitada à regra da orientação dos preços para os custos fixada no n.º 1 do mesmo preceito;
- No Decreto-Lei n.º 123/2009 não existe uma identidade entre os conceitos de "remuneração" e "condições remuneratórias", muito embora se reconheça que os concretos termos das condições contratuais fixadas relativamente ao pagamento da remuneração podem influir na orientação para os custos da remuneração;
- Não existe no Decreto-Lei n.º 123/2009 uma regra semelhante à que foi consagrada na Lei das Comunicações Eletrónicas que habilite a ANACOM com uma competência genérica para decidir de quaisquer litígios relacionados com as obrigações que do mesmo decorrem, pelo que em obediência aos princípios da legalidade e da especialidade, as possibilidades de intervenção da ANACOM circunscreve-se às situações específicas em que tal intervenção se encontra prevista;

- Perante os poderes conferidos pelo Decreto-Lei n.º 123/2009 não cabe à ANACOM conhecer do pedido apresentado pela DST na parte em que esta empresa pretende que seja determinada a alteração das condições contratuais acordadas para acesso às infraestruturas detidas pela AMTQT, devendo a decisão desta Autoridade incidir, apenas, sobre a adequação da remuneração solicitada pela AMTQT à DST pela utilização das infraestruturas aptas ao alojamento de redes de comunicações eletrónicas que detém, ao princípio da orientação dos preços para os custos;
- Considerando os termos concretos estipulados pela AMTQT, a remuneração devida pelo acesso e utilização das infraestruturas aptas ao alojamento de redes de comunicações eletrónicas da Rede de Banda Larga da Terra Quente Transmontana não apresenta indícios de não estar orientada para os custos;
- As condições estabelecidas no contrato contemplam mecanismos de partilha do risco de, por facto imputável à AMTQT, o contrato vir a cessar e, por esse motivo a DST vir a ser privada do aceder e utilizar as infraestruturas aptas ao alojamento de redes de comunicações eletrónicas da Rede de Banda Larga da Terra Quente Transmontana.

Perante o acima exposto e tendo presente que a DST não apresenta, nem novos factos, nem elementos adicionais, que determinem a alteração da decisão proferida em 04.09.2015, o Conselho de Administração da ANACOM, prosseguindo as atribuições previstas nas alíneas b) e g) do n.º 1 do artigo 8.º dos Estatutos aprovados pelo Decreto-Lei n.º 39/2015, de 16 de março e no exercício das competências que lhe são conferidas no n.º 1 do artigo 191.º e no n.º 2 do artigo 192.º do Código do Procedimento Administrativo, delibera:

I. Não dar provimento à reclamação apresentada pela DST sobre a decisão aprovada em 04.09.2015 relativa ao litígio existente entre aquela empresa e a AMTQT relacionado com a remuneração a pagar pelo acesso à infraestruturas aptas ao alojamento de fibra ótica da Terra Quente Transmontana.

II. Manter inalterada aquela decisão, com os fundamentos de facto e de direito que na mesma são expressos.

III. Determinar a notificação da DSTelecom Norte, S.A e da Associação de Municípios da Terra Quente Transmontana da presente decisão.

12/11/2015
Fátima Barros