

**RELATÓRIO DA AUDIÊNCIA PRÉVIA E DO PROCEDIMENTO GERAL DE CONSULTA
RELATIVO AO SENTIDO PROVÁVEL DE DECISÃO SOBRE FATURAÇÃO E
COBRANÇA DE PENALIDADES ÀS BENEFICIÁRIAS DA OFERTA DE REFERÊNCIA
DE ACESSO A POSTES DA PT COMUNICAÇÕES, S.A.**

1. Enquadramento.....	2
2. Análise dos comentários recebidos.....	2
2.1. Comentários genéricos	2
2.2. Comentários específicos	5
2.2.1. Alteração do valor limite máximo da penalidade com efeitos retroativos	5
2.2.2. Retificação dos valores já faturados a título de penalidades por incumprimento	20
2.2.3. Prazo para a PTC apresentar pedidos de compensação às Beneficiárias	21
2.2.4. Remoção de condição para que a PTC fique vinculada ao pagamento de compensações	23
2.2.5. Outras matérias	24
3. Conclusão.....	28

1. Enquadramento

A 16 de maio de 2013, o Conselho de Administração do ICP-ANACOM aprovou o sentido provável de decisão sobre faturação e cobrança de penalidades às Beneficiárias da oferta de referência de acesso a postes (ORAP), por parte da PT Comunicações, S.A. (PTC), ao abrigo do estabelecido naquela oferta¹, deliberando proceder à audiência prévia das entidades interessadas ao abrigo dos artigos 100.º e 101.º do Código de Procedimento Administrativo (CPA) e do procedimento geral de consulta previsto no artigo 8.º da Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro, alterado pela Lei n.º 51/2011, de 13 de setembro (LCE), fixando um prazo, para ambos os casos, de 20 dias úteis para os interessados se pronunciarem.

Em resposta aos procedimentos de consulta foram recebidos, dentro do prazo fixado, os comentários do Grupo PT (PT)², da OniTelecom – Infocomunicações, S.A. (Oni)³, da Cabovisão – Televisão por Cabo, S.A. (Cabovisão)⁴, da Vodafone Portugal – Comunicações Pessoais, S.A. (Vodafone)⁵ e da ZON TV Cabo Portugal, S.A. (ZON)⁶.

Nos termos da alínea d) do n.º 3 dos “Procedimentos de Consulta do ICP-ANACOM”, aprovados por deliberação de 12 de fevereiro de 2004, esta Autoridade disponibiliza no seu sítio na Internet as respostas recebidas, salvaguardando qualquer informação de natureza confidencial⁷.

De acordo com a mesma disposição dos referidos “Procedimentos de Consulta”, o presente documento contém referência a todas as respostas recebidas e uma apreciação global que reflete o entendimento desta Autoridade sobre as mesmas e constitui parte integrante da decisão a que respeita. Atendendo ao carácter sintético deste relatório, a sua análise não dispensa a consulta das respostas recebidas.

2. Análise dos comentários recebidos

2.1. Comentários genéricos

A Oni acolhe de forma positiva o SPD uma vez que elimina aspetos da ORAP desequilibrados, sem razão justificável a favor da PTC. A Oni considera que a assimetria resultante (i) da existência de prazo para as Beneficiárias reclamarem penalidades e (ii) da ausência de prazo para a PTC aplicar penalidades por atrasos de envio de cadastros

¹ Doravante designado por SPD.

² Mensagem de correio eletrónico do Grupo PT de 21 de junho de 2013. Esta resposta constitui a posição da Portugal Telecom SGPS, S.A., da PT Comunicações, S.A. e da TMN – Telecomunicações Móveis Nacionais, S.A.

³ Mensagem de correio eletrónico da Oni, de 20 de junho de 2013.

⁴ Carta da Cabovisão, de 19 de junho de 2013.

⁵ Mensagem de correio eletrónico da Vodafone, de 21 de junho de 2013.

⁶ Mensagem de correio eletrónico da ZON, de 21 de junho de 2013.

⁷ Vide www.anacom.pt.

é injustificável e inaceitável, sendo desproporcionado o valor máximo que as penalidades podem atingir. Acresce que, segundo a Oni, a PTC conhece o projeto de instalação na fase de análise de viabilidade, pelo que, em caso de atraso na receção do cadastro, o impacto para a PTC será reduzido ou nulo.

A Vodafone considera que o SPD é globalmente positivo por eliminar aspetos desadequados da ORAP e que existe desproporcionalidade entre penalidades por atrasos na entrega dos cadastros pelas Beneficiárias (e condições de aplicação das mesmas) e o prejuízo para a PTC decorrente daqueles atrasos, pelo que é adequada a introdução de um maior equilíbrio na ORAP, relativamente aos prazos de reclamação de penalidades e à delimitação do valor das mesmas.

A Cabovisão, sem conceder quanto ao seu entendimento sobre a nulidade das penalidades e sobre a inexistência de qualquer dano da PTC que justifique a sua aplicação, reconhece a bondade da posição do ICP-ANACOM quando entende que o valor fixado é excessivo (podendo atingir os 3.000 euros por cadastro) e determina um novo limite máximo e um prazo para a PTC pedir as compensações.

A ZON considera que, embora a “*validação prévia*” pelo ICP-ANACOM das ofertas de referência e das suas revisões subsequentes não conste do artigo 26.º da LCE, a necessidade de tal validação seria uma consequência necessária dos poderes conferidos ao ICP-ANACOM que, ao sujeitar (no n.º 4 do artigo 26.º) a oferta da concessionária aos “*termos a definir pela ARN*”, pressupõe que deve haver um controle *ex-ante* dos termos da oferta⁸. Assim, a ZON considera que, apesar de o ICP-ANACOM poder usar a todo o tempo os seus poderes de supervisão, tal validação seria fundamental de modo a que a PTC não defina à partida condições prejudiciais às Beneficiárias ou em seu próprio benefício, introduzindo desequilíbrios no mercado. Neste contexto, a ZON reitera que o ICP-ANACOM deveria ter encetado um processo de consulta autónomo relativo à ORAP, de modo a que as Beneficiárias pudessem pronunciar-se previamente e alertar para todas as questões relevantes como as que presidem à presente consulta.

A PT considera que a intervenção do ICP-ANACOM se afigura oportuna e está convicta de que uma decisão dotando de maior legitimidade a atuação da PTC⁹ contribuirá para eliminar, a título definitivo, atrasos no envio de cadastros, com benefícios para a PTC e para as Beneficiárias da ORAP. A PT regista com apreço a concordância do ICP-ANACOM relativamente à consagração da faturação e cobrança de penalidades por atrasos no envio dos cadastros pelas Beneficiárias da ORAP¹⁰. Segundo a PT, a utilização da ORAP pelas Beneficiárias deve ter um nível de cuidado e diligência que permita à PTC prestar os respetivos serviços, uma vez que, tanto a instalação de cabos, como os levantamentos de cadastro¹¹ são efetuados pelas Beneficiárias, havendo

⁸ A ZON refere que, de outro modo, deixar-se-ia um poder demasiado importante nas mãos da concessionária, que esta poderá utilizar – como o fez, aliás – em detrimento dos interesses das Beneficiárias.

⁹ Que, em todo o caso, considera ter cumprido a deliberação de 28.10.2010.

¹⁰ Segundo a PT, tal confirma a sua convicção de que a PTC cumpriu na íntegra o determinado na deliberação do ICP-ANACOM de 28.10.2010 relativamente às alterações a introduzir na Oferta de Referência de Acesso a Condutas (“ORAC”) da PTC.

¹¹ Realizados no final das instalações, intervenções e desvios de traçados.

obrigações que têm de ser cumpridas por estas para que a operacionalização da ORAP seja efetiva e eficiente. Segundo a PT, atrasos no envio de informação cadastral pelas Beneficiárias são suscetíveis de impactar o cumprimento dos parâmetros de qualidade de serviço (PQS) da ORAP e das obrigações que recaem sobre a PTC, pelo que se justifica a criação de um regime de penalidades a aplicar às Beneficiárias por atrasos no envio de cadastros. A PT invocando a experiência da Oferta de Referência de Acesso a Condutas (ORAC)¹², refere a necessidade de, na ORAP, não se penalizar apenas o atraso no envio de cadastros, mas também quando estes contêm informação incompleta ou inexata face aos trabalhos realizados pelas Beneficiárias.

A PT considera que a atuação da PTC em 2012 minorou o incumprimento na ORAP até agosto de 2012. Contudo, dado que o ICP-ANACOM teria entendido que a PTC protelou a faturação e cobrança das penalidades, a PT esclarece que procurou sempre atuar de boa-fé e de forma transparente, sendo que apenas a ZON e a Cabovisão discordaram das penalidades, tendo as restantes Beneficiárias procedido ao seu pagamento sem manifestarem discordância quanto às mesmas.

A PT informa que está sempre disponível para celebrar um contrato ao abrigo da ORAP num quadro de equilíbrio contratual desde que a outra Parte se disponha a tal, o que não teria acontecido nos casos da ZON e da Cabovisão, sendo que o acesso aos postes da PTC está, e sempre esteve, plenamente assegurado, estando apenas em causa o cumprimento de uma obrigação informativa das Beneficiárias e as consequências da sua falta. A PT, sem questionar a oportunidade do SPD, questiona a proporcionalidade do mesmo e discorda da revisão do limite das penalidades com efeitos retroativos (considerando que os infratores serão beneficiados) e do prazo para a PTC apresentar pedidos de compensações, pelo que considera que a decisão final deverá ser alterada.

Entendimento do ICP-ANACOM

Regista-se a reação globalmente positiva da Oni e da Vodafone às medidas apresentadas no SPD. Verifica-se também que a PT considerou que o SPD se afigurou oportuno, tendo registado com apreço o reconhecimento por parte do ICP-ANACOM da necessidade de manter as penalidades por atrasos no envio dos cadastros pelas Beneficiárias da ORAP.

Em relação aos argumentos da ZON, importa reiterar, como aliás a respondente reconhece, que a LCE não prevê um mecanismo de aprovação de ofertas de referência grossistas previamente à sua publicação, mas sim a possibilidade de intervenção a todo o tempo por parte do ICP-ANACOM, inclusivamente com eficácia retroativa.

Neste contexto, impõe-se ainda referir que as Beneficiárias das ofertas de referência podem pronunciar-se, a qualquer momento e não só em sequência de um processo de

¹² A PTC informou o ICP-ANACOM em 30.04.2013 (Refª 20346160) que **[Início de Informação Confidencial - IIC]**
[Fim de Informação Confidencial - FIC].

consulta, “e alertar para todas as questões relevantes”, como aliás o fez a ZON na altura, mas sem que tivesse identificado a questão concreta objeto do SPD.

Os comentários às medidas específicas objeto do SPD são analisados de seguida.

2.2. Comentários específicos

Nesta secção, a síntese e interpretação das respostas recebidas e a correspondente análise do ICP-ANACOM seguirá a ordem das matérias abordadas no SPD. Inicia-se cada subsecção pelas deliberações fixadas no SPD, seguindo-se os comentários dos interessados e a apreciação do ICP-ANACOM.

2.2.1. Alteração do valor limite máximo da penalidade com efeitos retroativos

D 1. Deve a PTC alterar o ponto 6.2 da ORAP com efeitos à data da publicação da sua primeira versão, fixando o limite de 325 euros para a penalidade estabelecida por incumprimento, pelas Beneficiárias, do prazo fixado para envio dos cadastros.

Dado este ponto do SPD determinar, por um lado, a alteração do valor limite (máximo) da penalidade e, por outro lado, a sua aplicação com efeitos retroativos à data da publicação da primeira versão da ORAP, entende-se ser preferível subdividir a análise nesses dois subtópicos.

Contudo, e por se relacionar de uma forma transversal com este ponto decisório, analisa-se previamente a questão da aplicação do regime das cláusulas contratuais gerais (CCG) à relação contratual resultante da ORAP, suscitada pela Cabovisão e pela ZON.

2.2.1.1. Aplicação do regime das cláusulas contratuais gerais (CCG) à relação contratual resultante da ORAP

A Cabovisão argumenta que a PTC carecia de legitimidade para estatuir a penalidade por incumprimento do prazo de envio de cadastros, que apenas competia ao ICP-ANACOM.

Para o efeito, refere que, nos termos da ORAC, nomeadamente do ponto 2.6.2.¹³, o ICP-ANACOM refere, a respeito do prazo para envio de cadastros, que a “*beneficiária está obrigada a remeter à PTC, no prazo de 30 dias de calendário, a informação atualizada do cadastro de ocupação de condutas, podendo vir o ICP-ANACOM a definir medidas que incentivem a esse envio, caso venha a ter conhecimento que este procedimento não está a ser cumprido*”. Daí a Cabovisão defende que só o ICP-ANACOM pode definir medidas do tipo que a PTC introduziu no ponto 6.2 da ORAP.

¹³ Assinala-se, desde já, que esta referência ao ponto “2.6.2. da ORAC” se trata naturalmente de um lapso, pois a passagem que seguidamente é citada pela Cabovisão refere-se ao ponto 2.6.2 da deliberação de 28.10.2010 relativa a alterações à ORAC.

Acresce que a Cabovisão considera, tal como referiu em 08.11.2012, que o ponto 6.2 da ORAP é ilegal na medida em que viola o regime das CCG, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, nomeadamente o seu artigo 19.º, alínea c), que proíbe a consagração de "*cláusulas penais desproporcionadas aos danos a ressarcir*", sendo, também por isso, as penalidades aplicadas na decorrência da aplicação do ponto 6.2, nulas.

Segundo a Cabovisão, o ponto 6.2 da ORAP é nulo em face do regime das CCG, o qual é no seu entender aplicável aos contratos celebrados no âmbito da ORAP, por estarem verificados os pressupostos da sua aplicação e por não se poder considerar que estejam excluídos ao abrigo da alínea c) do artigo 3.º do referido regime, que exclui a sua aplicação a "*contratos submetidos a normas de direito público*". Invoca a Cabovisão que, ainda que os contratos estivessem submetidos a normas de direito público, o regime das CCG aplicar-se-ia sempre aos aspetos privados do contrato, como é a penalidade introduzida pela PTC no ponto 6.2 da ORAP¹⁴.

A Cabovisão releva que a aplicação do regime decorre de os contratos-tipo celebrados no âmbito da ORAP serem contratos de adesão - a não aplicação do referido regime derivaria apenas das situações de exclusão referidas no artigo 3.º, cuja alínea c) refere que este regime não se aplica a "*contratos submetidos a normas de direito público*". Mas o facto de a oferta de referência ser publicada por imposição do ICP-ANACOM não significa, no entender da Cabovisão, que os contratos estejam submetidos a normas de direito público. Acrescenta a Cabovisão que, como refere o ponto 2.4.1 do SPD, o ICP-ANACOM não procedeu a uma "aprovação" da oferta de referência, nem prevê a LCE tal mecanismo. Assim, a Cabovisão defende que os contratos-tipo celebrados no âmbito da ORAP são contratos de direito privado cujas estipulações são determinadas por uma parte que é uma entidade privada, a PTC, e não por qualquer entidade pública. Ainda que algumas regras possam ser determinadas diretamente pelos poderes públicos, para a Cabovisão o regime das cláusulas contratuais gerais aplica-se às normas cuja iniciativa foi privada, como é o caso do ponto 6.2 da ORAP. Para corroborar tal interpretação, a Cabovisão invoca e cita um Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Sul de 25.11.2008.

Adicionalmente, a Cabovisão refere que foi para obstar a entendimentos semelhantes ao do ICP-ANACOM que a lei foi sujeita a alterações, em concreto a eliminação de anterior exclusão relativa às "*cláusulas impostas ou expressamente aprovadas por entidades públicas com competência para limitar a autonomia privada*", invocando para este efeito doutrina e um Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 20.01.2010, sobre contratos de seguro obrigatório¹⁵.

¹⁴ Segundo a Cabovisão, o ICP-ANACOM entendeu no SPD que o regime das CCG não é o quadro adequado para análise e decisão sobre esta matéria - apesar de as cláusulas da ORAP transpostas para o contrato-tipo celebrados constituírem um clausulado predeterminado pela PTC sem prévia negociação individual pelas Beneficiárias - dado que este regime jurídico não se aplica a "*contratos submetidos a normas de direito público*" (cf. artigo 3.º alínea c) do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro). E sendo a ORAP publicada em cumprimento das obrigações impostas pelo ICP-ANACOM ao abrigo das suas competências legais, está condicionada por normas com a referida natureza.

¹⁵ Também invocado pela ZON na sua pronúncia.

Sobre a aplicabilidade do regime das CCG, conclui a Cabovisão que apenas se poderia entender de modo diferente caso tivesse sido o ICP-ANACOM a determinar a inclusão do ponto 6.2 da ORAP e o seu conteúdo à data da publicação da ORAP, o que não aconteceu, embora se preveja que venha a acontecer para o futuro, nos termos do SPD.

Posto isto, a Cabovisão defende que as cláusulas são nulas por abusivas, uma vez que estabelecem uma indemnização excessiva sem qualquer relação com um eventual dano ou custos que a PTC pudesse ter sofrido ou incorrido. Considera a Cabovisão que o cadastro apenas reflete a informação anteriormente enviada e além disso a PTC não deixa de ser ressarcida mensalmente pelo facto de não receber o cadastro, uma vez que assume para efeitos de faturação (pelo uso das infraestruturas) a informação anteriormente enviada.

A ZON considera que o SPD confirmou¹⁶ a existência de um desequilíbrio em desfavor das Beneficiárias da ORAP, que consiste em condições de acesso às infraestruturas geridas ou detidas pela PTC manifestamente desproporcionadas, tendo referido também que o ICP-ANACOM já tinha sido alertado várias vezes pelas Beneficiárias da ORAP. Segundo a ZON, os operadores (e em particular a ZON), consideram, ao contrário do que parece ser o entendimento do ICP-ANACOM, que a ORAP se encontra sujeita ao regime do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, com modificações (regime das CCG), uma vez que não existe qualquer possibilidade de negociação dos termos aplicáveis à contratualização do acesso a postes, sendo pressuposto destes termos, aliás, serem idênticos para todos os operadores, sob pena de violação do princípio da igualdade. Atenta a desproporção existente entre a posição das Beneficiárias e a da concessionária, a ZON considera que a cláusula do ponto 6.2 da ORAP preenche a previsão da alínea c) do artigo 19.º do regime das CCG, sendo proibida.

Mais considera a ZON que não se deve invocar a sujeição da ORAP (ou das suas cláusulas, transpostas para contratos-tipo), a normas do direito público, como faz o ICP-ANACOM.

A ZON considera que a análise do ICP-ANACOM sobre esta matéria encerra um erro de base pois desconsidera que o contrato é celebrado entre duas entidades privadas, não se aplicando o direito público a essa relação, e, se assim não fosse, quaisquer contratos que os operadores e prestadores de serviços de comunicações eletrónicas celebrassem com os seus clientes, por serem supervisionados pelo ICP-ANACOM, não estariam sujeitos ao regime das CCG, o que não se verifica¹⁷. Para a ZON, admitindo-se a não aplicabilidade

¹⁶ Refere, para o efeito, que na secção 2.4.1 do SPD é referido que “O ponto 6.2 da ORAP pode ser considerado uma cláusula penal desproporcionada face aos danos que pretende ressarcir. Como referido, as penalidades previstas - que podem atingir 3.000,00 euros por cada cadastro omissivo - afiguram-se desproporcionadas em relação ao impacto negativo decorrente do não envio da informação cadastral”.

¹⁷ A ZON, sobre este aspeto, recorda que o ICP-ANACOM, em deliberação de 11.12.2008, sobre as “Linhas de Orientação Sobre o Conteúdo Mínimo a Incluir nos Contratos para a Prestação dos Serviços de Comunicações Eletrónicas”, entende que os contratos com clientes deveriam obedecer ao aludido regime. Com efeito, nas “Linhas de Orientação”, o ICP-ANACOM determinou expressamente que: “Deve ser incluída nos contratos informação exigida por outros diplomas legais aplicáveis, nomeadamente o regime das Cláusulas Contratuais Gerais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 220/95, de 31 de Agosto, (...)”.

do regime das CCG ao contrato celebrado no âmbito da ORAP, o mesmo aconteceria a um contrato regulado celebrado entre particulares, e considera que os contratos sujeitos a supervisão, para prestação de serviços de comunicações eletrónicas ou de seguros, ou de serviços de saneamento, de água, gás, eletricidade, devem também respeitar o regime das CCG.

Segundo a ZON, acresce que, em caso de litígio no quadro da ORAP, a competência para a sua resolução é dos tribunais judiciais e não administrativos, como se depreenderia da cláusula 29.º do contrato anexo à ORAP, que atribui jurisdição ao “*Tribunal da Comarca de Lisboa*”.

A ZON refere ainda que **[IIC]**

[FIC]

Por estes motivos, a ZON considera que a penalidade por atraso na entrega de cadastros constante do ponto 6.2 da ORAP está sujeita ao regime das CCG, devendo o ICP-ANACOM determinar a sua eliminação, por ser “*desproporcionada face aos danos que pretende ressarcir*”¹⁸. Atenta essa desproporção, a ZON defende que a cláusula que prevê a penalidade em causa é relativamente proibida e, por esse facto, nula.

Entendimento do ICP-ANACOM

Sobre a invocação da Cabovisão, no sentido de que a PTC carecia de legitimidade para estatuir a penalidade por incumprimento do prazo para envio de cadastros, importa referir que a Cabovisão, apesar de se referir à ORAP, se suporta em elementos, nomeadamente em determinações desta Autoridade, que respeitam à ORAC. Esses elementos não são, pois, linearmente transponíveis para a ORAP, por se tratar de uma oferta distinta. Essa distinção foi desde sempre assumida pelo ICP-ANACOM, desde logo na deliberação de 28.10.2010, pela qual determinou à PTC a publicação de uma oferta de referência de acesso a postes. Na altura, e como se referiu já no SPD, “(...) o ICP-ANACOM admitia que a ORAP pudesse ter particularidades que a distinguissem da ORAC, sendo que a justificação que a PTC apresenta para a imposição de uma penalidade às Beneficiárias por atraso no envio de cadastros é razoável (...)”.

¹⁸ A ZON refere que tal foi afirmado pelo ICP-ANACOM no SPD de 16 de maio.

Por outro lado, e especificamente no que respeita à ORAC, a invocação da Cabovisão parece assentar numa leitura excessiva do que o ICP-ANACOM afirmou na deliberação de 28.10.2010 a propósito de uma possível intervenção relativa ao envio atempado de informação cadastral pelas Beneficiárias à PTC. À data, esta Autoridade concebeu a possibilidade de vir a intervir para promover o envio atempado de informação cadastral, caso tivesse conhecimento de que o procedimento previsto para o efeito não estaria a ser cumprido, sendo que até ao momento não tinha recebido qualquer informação que pudesse levar a essa conclusão. Releve-se ainda que o ICP-ANACOM não excluiu nem admitiu, nessa sede, a possibilidade de vir a fixar penalidades por incumprimento do prazo previsto para o envio de informação cadastral, podendo optar por outra forma de intervenção. Acrescente-se que o ICP-ANACOM também não excluiu, nem admitiu a possibilidade de ser a própria PTC a fixar penalidades por incumprimento do prazo previsto para envio de cadastro, mas no caso concreto não reconheceu, na altura, que se justificasse a sua previsão.

A ZON e a Cabovisão apresentam comentários que se referem especificamente à aplicabilidade, no âmbito da ORAP, do regime das CCG, o qual resulta do Decreto-Lei n.º 446/85, objeto de posteriores alterações.

Em suma, e conforme acima descrito, a ZON e a Cabovisão parecem alinhadas na posição manifestada quanto à aplicabilidade do regime das CCG no âmbito da ORAP e, conseqüentemente, quanto à nulidade da penalidade, considerando a sua desproporção face aos danos que pretende ressarcir.

Em resposta a essa posição, dá-se desde já nota de que a mesma não altera o entendimento do ICP-ANACOM, que se mantém, no sentido de o regime das CCG não ser o quadro adequado para a análise e decisão desta Autoridade relativa à ORAP.

No âmbito da sua atuação e, como tal, no contexto dos pedidos de intervenção que lhe são dirigidos, o ICP-ANACOM, como é evidente, apenas atua no quadro das suas competências legais.

Ora, no caso concreto, a aplicação do regime das CCG não se insere nessa esfera de competências. Não só a sua aplicação, traduzida na declaração de nulidade, depende de decisão judicial, pelo que, como resulta desse mesmo regime, o ICP-ANACOM sempre seria incompetente para esse efeito, como também esta Autoridade carece de legitimidade ativa para intentar ação destinada a obter a condenação na abstenção do uso ou da recomendação de cláusulas contratuais gerais.

Assim, no âmbito em que se insere a intervenção do ICP-ANACOM, afigura-se que a análise sobre a aplicabilidade do regime das CCG ao caso perde utilidade, pois, reitera-se, não é esse o quadro próprio da decisão desta Autoridade.

Realça-se, contudo, que esta conclusão não afeta a capacidade de intervenção do ICP-ANACOM quer para avaliar a proporcionalidade das penalidades em causa, quer para as corrigir, na medida do necessário e com efeitos retroativos, como aliás se propõe fazer.

Com efeito, entendendo-se que os pedidos de intervenção em causa *convocavam* um juízo de proporcionalidade sobre as penalidades previstas na ORAP por incumprimento, por parte das Beneficiárias, do prazo previsto para o envio à PTC de cadastro válido, esta Autoridade, analisada a matéria, concluiu conforme consta do SPD que “o ponto 6.2 da ORAP poder ser considerado uma cláusula penal desproporcionada face aos danos que pretende ressarcir”, bem como que “as penalidades previstas (...) *afigram-se desproporcionadas em relação ao impacto negativo decorrente do não envio da informação cadastral*”.

E nesse contexto, também nos termos que constam do SPD, o ICP-ANACOM determinou a redução para 325 euros do valor máximo a cobrar a título de penalidade, com efeitos retroativos na medida do que se entendeu ser necessário para repor o equilíbrio nas condições da oferta, ao abrigo das suas competências próprias previstas no n.º 3 do artigo 68.º da LCE.

2.2.1.2. Alteração do valor limite (máximo) da penalidade

Como referido na secção anterior, a Cabovisão e a ZON, baseando-se no regime das CCG, defendem a eliminação, na íntegra, das penalidades cobradas pela PTC por incumprimento do prazo de envio de cadastros, propondo assim a eliminação do ponto 6.2. da ORAP¹⁹.

A ZON acrescenta que considera que o desequilíbrio entre a PTC e as Beneficiárias justificaria a inexistência de penalidades a cobrar às Beneficiárias da ORAP. Caso se mantenham as penalidades, a ZON considera ainda assim o valor máximo de 325 euros fixado no SPD excessivo e desproporcional, dado que no seu entender a PTC não tem qualquer dano com o atraso no envio de cadastros. A ZON refere que a PTC dispõe da informação dos pedidos de acesso que lhe são formulados, pelo que o cumprimento pelas Beneficiárias do prazo de 30 dias não contribuirá para evitar à PTC um prejuízo que não se verifica.

A PT discorda do entendimento do ICP-ANACOM, segundo o qual a acumulação durante um ano e meio de casos de incumprimento afetou a proporcionalidade das penalidades, permitindo que os incumprimentos se multiplicassem e prolongassem, o que não teria acontecido se as penalidades fossem aplicadas em prazo razoável. A PT considera que a ORAP constitui as Beneficiárias no direito de acederem às infraestruturas abrangidas e no dever de cumprirem as obrigações que sobre elas recaem²⁰, pelo que, ao não remeterem o cadastro atempadamente, sabem que estão em incumprimento e que incorrem no pagamento de penalidades, bastando a sua previsão na ORAP para ter um efeito dissuasor²¹. A PT considera que não pode inferir-se do facto de não ter atuado

¹⁹ Tal como referido nas suas comunicações de 08.11.2012, 16.11.2012 e 12.12.2012.

²⁰ Tais como o envio atempado do cadastro refletindo as ocupações realizadas, estando as Beneficiárias no âmbito do contrato com a PTC, obrigadas a atuar com zelo e diligência.

²¹ Ou seja, segundo a PT, à semelhança do que ocorre quando o próprio ICP-ANACOM determina a inclusão de compensações em ofertas grossistas de referência da PTC, ou mesmo noutros campos do Direito, como no âmbito do Direito Penal, Direito Tributário ou outros, o facto de determinado comportamento ser suscetível de penalidade deverá bastar para dissuadir a adoção do mesmo.

imediatamente após a omissão das Beneficiárias, que tal atuação afetou a proporcionalidade e o efeito dissuasor das penalidades, porque tal equivaleria a não valorar o incumprimento grave e reiterado das Beneficiárias da ORAP até agosto de 2012, do qual se infere que as Beneficiárias não recebiam as penalidades.

A PT refere que são as penalidades dissuasoras que incentivam²² o cumprimento das obrigações, pelo que não seria razoável responsabilizar a PTC pela minimização do seu efeito dissuasor, quando a sua aplicação decorreu do incumprimento grave e reiterado²³ pelas Beneficiárias da ORAP, ou seja, que o facto de a PTC não ter interpelado as Beneficiárias ao pagamento de tais penalidades conduziu a comportamentos reincidentes destas que levaram, isso sim, à necessidade de a PTC faturar num único momento todas as penalidades correspondentes às situações de incumprimento verificadas.

A PT refuta a alegação da ZON de ter existido uma ação (“*expediente*”) de acumulação de situações de atraso, acrescentando que essa alegação demonstraria que a ZON admite tais penalidades, pois se tivesse havido um processamento fracionado das mesmas, a ZON limitaria o seu volume, o que seria também revelador de negligência da ZON em relação ao cadastro. A PT esclarece que devido à entrada em vigor da ORAP e a alterações na ORAC em 2011, com impacto nos processos internos e na interação entre API, o apuramento das penalidades teve uma prioridade inferior, tendo apenas sido retomado em meados de 2012.

A PT discorda da argumentação do ICP-ANACOM para justificar a necessidade de revisão do limite das penalidades e da alegação de que o impacto na PTC do atraso no envio de cadastros pelas Beneficiárias resume-se à não atualização da informação sobre a sua rede de postes, o que pode ser sanado por uma deslocação dos técnicos para verificação do que, e como, foi instalado. A PT considera que a proporção 1:120, decorrente da proposta de decisão do ICP-ANACOM, entre a penalidade sobre o prestador de serviços da PTC e a Beneficiária da ORAP baseia-se em “*pressupostos não alinháveis*”, já que à penalidade de 25 euros teria de se juntar o não recebimento pela prestação efetuada, o que, segundo a PT, apenas seria comparável se a Beneficiária (que incumprir o prazo de entrega do cadastro) ficasse cumulativamente impedida de prosseguir a instalação (na zona de ação da instalação), tendo de se contabilizar a penalização do prestador de serviços da Beneficiária num montante que, por via da assunção parcial do custo pelo prestador da Beneficiária, induz um decréscimo da penalidade.

A PT considera ainda que o limite das penalidades deveria ser maior, contabilizando o esforço (não incremental) para verificar todas as instalações cujo cadastro não seja enviado (e não apenas o valor máximo para o acompanhamento e supervisão de

²² Fazendo a analogia com o Direito Tributário, a PT refere que são as penalidades dissuasoras que incentivam a entrega atempada de declarações de rendimentos.

²³ A PT invoca a seguinte afirmação da ZON (“*o atraso no envio de cadastro após os 30 dias de calendário não causa qualquer prejuízo à PTC*”), que, no seu entender, seria reveladora da pouca preocupação da ZON pelos aspetos de cadastro associados à segurança das infraestruturas, o que deveria motivar uma reflexão do ICP-ANACOM sobre a necessidade de as penalidades serem dissuasoras. A PT afirma compreender assim que na ORAC, face à inexistência de penalidades, se verifiquem atrasos no envio de cadastros pelas Beneficiárias, as quais desprezam os prejuízos para a PTC daí decorrentes.

trabalhos na ORAP), o que, adicionado ao fator de dissuasão (dobro do custo em que a PTC incorre), faria que o limite da penalidade fosse superior aos 325 euros.

A PT refere que algumas ofertas de referência preveem penalidades com potencial de incumprimento ilimitado e que recaem sobre a PTC. Assim, a PT considera que o valor total de 3.000 euros não se afigura desproporcionado em prejuízo das Beneficiárias da ORAP, quando noutras situações de atrasos ou incumprimentos da PTC não existem limites para a aplicação de penalidades. A PT refere que, na ORAC, é contabilizado um período de 60 dias úteis para apurar as penalidades por atraso na resposta da PTC a pedidos de informação, de acesso e instalação ou de orçamento de desobstrução, sendo no caso da resposta a um pedido de análise de viabilidade de 90 dias de calendário (o que poderá implicar uma penalidade potencial de 4.500 euros) e, no caso da indisponibilidade da *Extranet* ORAC, não existe limite para essa acumulação, sendo o valor diário da penalidade de 50 euros para todas as situações. Tendo o ICP-ANACOM entendido que o valor das penalidades a pagar pela PTC é proporcional e adequado, mesmo sendo de valor superior ao prejuízo das Beneficiárias²⁴, a PT considera que a abordagem do ICP-ANACOM é distinta relativamente às penalidades a cobrar pela PTC²⁵.

A PT sublinha que o limite do seu prejuízo com a entrega tardia de cadastros não seria apenas o custo da deslocação de uma equipa ao local, já que, para tal, teria de ocorrer um reforço das equipas. A PT não compreende a metodologia do SPD, nomeadamente no que respeita a avaliar se o tarifário de acompanhamento e supervisão de trabalhos (com a ponderação de horários efetuada) representa a estrutura de custos da PTC com o reforço das equipas operacionais²⁶ e considera ser incompatível com os procedimentos previstos na ORAP verificar-se a ocupação dos postes sempre que houver atrasos no envio de cadastros. Segundo a PT, enquanto uma Beneficiária não remeter o cadastro das ocupações, as outras Beneficiárias podem ficar impedidas de aceder aos postes, o que deveria implicar a impossibilidade daquela Beneficiária operar os meios instalados.

Para a PT, o limite de 325 euros seria inconsistente²⁷ com o valor da penalidade diária (50 euros), não parecendo existir racional para o fator de dissuasão ser o dobro do custo da PTC em verificar o que foi instalado/removido e teme que os incumprimentos aumentem para níveis de agosto de 2012, porque aquele limite não seria dissuasor. A PT

²⁴ Segundo a PT, tal não constitui questão meramente académica, porquanto as Beneficiárias não necessitam de demonstrar os prejuízos efetivamente decorrentes do incumprimento da PTC, não existindo igualmente uma análise económica que quantifique, ainda que por estimativa, os prejuízos em que as Beneficiárias podem incorrer.

²⁵ A PT considera que a fixação pelo ICP-ANACOM de um limite das penalidades não está fundamentada, por contraposição com a determinação imposta pelo ICP-ANACOM no âmbito de outras ofertas grossistas quanto aos valores das penalidades que podem recair sobre a PTC, que não prevê qualquer limite ou não demonstra, de forma fundamentada, que a mesma seria adequada face aos prejuízos que as Beneficiárias podem sofrer.

²⁶ Aspeto que, segundo a PT, o ICP-ANACOM deverá esclarecer na decisão final, sob pena de a PTC suportar indevidamente custos decorrentes de uma atuação desconforme das Beneficiárias.

²⁷ A PT considera que passando o valor máximo para 325 euros, e mantendo-se a penalidade diária em 50 euros, o número de dias de incumprimento não corresponderá a um número inteiro, pelo que, o número máximo de dias de acumulação da penalidade seria de 6 dias, sendo o valor máximo de acumulação de 300 euros, o que acarretaria incerteza aos montantes de reembolso.

considera que o limite de 325 euros seria desproporcionado e não teria em conta o tratamento não-discriminatório entre a PTC e as Beneficiárias²⁸, contrariando o entendimento do ICP-ANACOM na determinação das compensações a pagar pela PTC às Beneficiárias.

A Vodafone e a Oni não se pronunciaram sobre este aspecto específico.

Entendimento do ICP-ANACOM

O ICP-ANACOM reconhece a importância do envio atempado dos cadastros pelas Beneficiárias no âmbito da ORAP, por razões que se prendem, entre outras, com a integridade da rede de postes (tal como referido pela PTC, o desconhecimento do cadastro relativo às atividades das Beneficiárias na rede de postes pode projetar uma dinâmica de tensões suscetível de rapidamente criar condições de instabilidade estrutural do próprio traçado). Não obstante, sendo tais dinâmicas de tensões críticas no traçado aéreo, não o são relativamente ao traçado subterrâneo. Assim, a acrescida importância para a integridade da rede de postes resultante do envio atempado de cadastros contendo informação correta, consubstancia, de *per se*, um *desvio* relevante face à rede de condutas (onde, eventuais atrasos no envio de cadastros não implicarão perigos para a sua integridade). Relewa-se que na deliberação de 28.10.2010 sobre alterações à ORAC que promoveu a criação e publicação de uma ORAP, referiu-se que eventuais disposições na ORAP que consubstanciem desvios face ao previsto na ORAC deveriam ser devidamente justificados. Em todo o caso, tal não implica que também em relação ao traçado subterrâneo não possam haver certas condicionantes (de menor impacto) resultantes dos atrasos no envio de cadastros.

Tal envio, e as respetivas penalidades por incumprimento do prazo de envio, encontra-se plasmado desde a primeira versão da ORAP, pelo que as Beneficiárias tinham conhecimento das consequências caso incumprissem essa obrigação.

Em todo o caso, reitera-se que os motivos que estiveram na base da intervenção do ICP-ANACOM foram, tal como referido no SPD:

- a acumulação, durante cerca de ano e meio, de casos de incumprimento justificativos da aplicação das penalidades (reduzindo o seu efeito dissuasivo), não evitando que os mesmos se multiplicassem e prolongassem no tempo, ao contrário do que teria acontecido se as penalidades fossem aplicadas em prazo razoável;
- o carácter excessivo do valor máximo da penalidade estabelecido (face ao prejuízo decorrente do atraso ou do não envio de cadastros por parte das Beneficiárias), que resultou na faturação de valores desproporcionais.

²⁸ Segundo a PT, o ICP-ANACOM não demonstrou os prejuízos das Beneficiárias para determinar a obrigação de pagamento de compensações, pela PTC, de determinadas obrigações previstas nas ofertas, e sem que fossem previstos limites máximos para as compensações a que as Beneficiárias tenham direito, independentemente do prejuízo que estas sofram.

Ao contrário do referido pela PT, o ICP-ANACOM entende que o efeito dissuasor das penalidades não se basta com a mera previsão das mesmas na ORAP, mas sim com a sua faturação e cobrança atempada. A referência da PT a que a aplicação das penalidades decorreu do incumprimento grave e reiterado não parece adequada, uma vez que a ORAP não prevê que o incumprimento grave e reiterado dos prazos seja um fator que justifique a faturação e cobrança das penalidades. Acresce que, de acordo com comunicações anteriores da PTC, foram várias as Beneficiárias que incumpriram os prazos, não tendo a PTC identificado quais teriam sido as que tinham incumprido grave e reiteradamente essa obrigação. Ainda a este respeito, e como se referiu no SPD, perante um incumprimento “grave e reiterado”, e sem prejuízo de as Beneficiárias terem o “dever de cumprir” a obrigação de envio atempado dos cadastros, seria uma boa prática a PTC ter alertado e instado as Beneficiárias para a necessidade de cumprimento dessa obrigação, o que nunca aconteceu.

Em relação à afirmação da PT de que a fixação de um limite máximo de 325 euros para as compensações por incumprimento do prazo de envio de cadastros contraria o entendimento do ICP-ANACOM na determinação de compensações a pagar pela PTC às Beneficiárias, no âmbito da qual não foram demonstrados os prejuízos das Beneficiárias para determinar a obrigação de pagamento das compensações, pela PTC, esclarece-se o seguinte:

- (a) Tendo a PTC obrigações de orientação dos preços para os custos, o limite máximo de 325 euros para as compensações por incumprimento do prazo de envio de cadastros foi definido tendo em conta o custo que a própria PTC teria em elaborar o cadastro, já agravado por um fator de dissuasão.
- (b) As penalidades a serem pagas pela PTC por incumprimento dos PQS da ORAP foram definidas pela PTC na primeira versão da ORAP, em linha aliás com as que se encontravam definidas na ORAC. Relembra-se que, em 2006, no âmbito da ORAC, o ICP-ANACOM previligiou o efeito dissuasor e proporcional do valor das compensações, considerando que o valor de 50 euros diários cumpria esse requisito.

Em todo o caso, sobre o facto de estarem previstas no contexto de ofertas de referência, penalidades ilimitadas a pagar pela PTC às Beneficiárias, entende-se que, em geral, as situações de incumprimento de um fornecedor de uma oferta grossista são distintas (por poderem ser mais gravosas impedindo por exemplo o acesso a serviços grossistas e, conseqüentemente, impedindo a prestação de serviços aos clientes finais, com a conseqüente perda de receitas que se acumulam no tempo e também com prejuízo a nível da imagem do operador e, indiretamente, com conseqüências para a concorrência e escolha dos consumidores) das situações de incumprimento de uma Beneficiária.

A PT não identificou os custos de deslocação de uma equipa sua ao local para aferir da ocupação dos postes (atualizando o cadastro) - que, em todo o caso, deverá ser um processo mais expedito do que o do acompanhamento de uma instalação, relevando-se que os custos tidos em conta no SPD, para a fixação do limite em causa, representam mais de quatro horas, o que será um valor adequado mesmo tendo em conta os argumentos suscitados pela PTC -, a não ser que ocorresse uma eventual (e à partida não previsível) necessidade de reforço das equipas operacionais, que aliás não

quantificou. Por outro lado, estranha-se que a PTC invoque não estar dotada de meios humanos para fazer face a todas as ocorrências de ausência de envio de cadastro pelas Beneficiárias. De facto, julga-se que a situação mais gravosa – decorrente da entrada em vigor de uma nova oferta e do número de incumprimentos que a própria PT considerou relevante e que no seu entender justificou a aplicação das penalidades – já terá sido ultrapassada, não sendo economicamente racional que uma Beneficiária opte deliberadamente por pagar à PTC uma penalidade de 325 euros por cada ausência de atraso face à opção de elaborar esse cadastro e entregá-lo no prazo fixado. Em todo o caso, havendo mais incumprimentos das Beneficiárias e conseqüente necessidade de reforço das equipas da PTC, esse pessoal será utilizado e, sendo o preço (neste caso do acompanhamento) função do custo de mão-de-obra, o respetivo custo será recuperado por via da multiplicação das penalizações.

Também não há qualquer inconsistência entre o valor limite das compensações e o seu valor diário. Assim, o valor diário mantém-se em 50 euros, enquanto o valor máximo passa a ser de 325 euros. Deste modo, um atraso de 6 dias úteis resulta numa compensação de 300 euros (6 dias úteis × 50 euros por dia útil de atraso) e um atraso de 7 dias úteis resulta numa compensação de 325 euros (7 dias úteis × 50 euros por dia útil de atraso, mas limitado a um valor máximo de 325 euros).

Quanto à questão da incorreção ou incompletude dos cadastros remetidos pelas Beneficiárias da ORAP, o ICP-ANACOM entende que o cadastro é válido caso tenha informação correta e completa, de acordo com o definido na ORAP sobre os elementos a constar do cadastro.

Sobre as alegações da Cabovisão e da ZON relativamente à eliminação, na íntegra, das penalidades a cobrar às Beneficiárias por incumprimento nas suas obrigações, remete-se para a secção 2.2.1.1.

Já em relação à redução do valor diário da penalização de 50 para 25 euros, solicitado pela ZON, entende-se não estar fundamentada nem ser razoável essa proposta, sendo aquele valor igual ao valor diário de penalidade aplicável na ORAC e na ORAP para os próprios incumprimentos da PTC. A extensão, solicitada pela ZON, do prazo de envio de cadastros pelas Beneficiárias da ORAP, é analisada na secção 2.2.5.2 sobre outras matérias desta oferta.

O ICP-ANACOM não aceita o argumento suscitado pela ZON de que do atraso no envio dos cadastros (ou no seu não envio em absoluto), não decorre qualquer prejuízo para a PTC. De facto, o prejuízo para a PTC resulta, pelo menos, de desconhecer o que, em concreto e em que moldes, foi definitivamente instalado pelas Beneficiárias na rede de postes da sua propriedade ou sob sua gestão.

Face ao exposto, o ICP-ANACOM entende dever manter o valor limite previsto no SPD, i.e., **o limite de 325 euros para a penalidade estabelecida por incumprimento pelas Beneficiárias, do prazo fixado para envio dos cadastros à PTC, no âmbito da ORAP.**

2.2.1.3. Aplicação da alteração com efeitos retroativos (à data da publicação da primeira versão da ORAP)

A Vodafone considera que a revisão do valor previsto como limite das penalidades por incumprimento do prazo de envio de cadastro pelas Beneficiárias da ORAP deve ser retroativa, propondo que se determine que a PTC retifique os valores que foram faturados/reclamados fora do prazo que assistiria (e assiste) às Beneficiárias para reclamar penalidades, caso a situação fosse inversa.

A Cabovisão, no que respeita ao efeito retroativo da definição do limite máximo das penalidades (que reitera ser despropositado), considera que, dada a nulidade da cláusula atual, qualquer penalidade por incumprimento do prazo de envio de cadastros, apenas pode ser aplicada, a partir da data da decisão final, por ser o ICP-ANACOM que a estatui.

A ONI sugere que seja clarificado que a deliberação D.1 deve ser cumprida no mesmo prazo de 10 dias úteis das deliberações D.3 e D.4, para que todas as alterações à ORAP sejam introduzidas de uma vez só.

A PT considera que as Beneficiárias da ORAP poderiam, nos 20 meses posteriores à publicação da ORAP, ter comentado ou contestado a metodologia prevista para o cálculo de penalidades por incumprimento das Beneficiárias, mas não o fizeram (tendo a ZON e a Cabovisão contestado apenas a sua inclusão e não o seu valor), pelo que considera que as Beneficiárias não teriam considerado que a aplicação daquelas penalidades conduziria a situações de desequilíbrio. Segundo a PT, o ICP-ANACOM poderia ter-lhe pedido esclarecimentos sobre a matéria, o que não ocorreu e contribuiu para a PTC perceber que a ORAP cumpria a deliberação de 28.10.2010.

A PT considera que a retroatividade tem de ser vista em conjugação com a certeza e previsibilidade regulatórias, sendo contraditório que o ICP-ANACOM ponha em causa o período entre o incumprimento de envio de cadastros e a interpelação da PTC às Beneficiárias, mas considere proporcional uma intervenção retroativa²⁹. Assim, para a PT, não seria sustentável retroagir a 22.12.2010 a aplicação do novo limite de 325 euros e reembolsarem-se os valores pagos pelas Beneficiárias³⁰. Acrescenta a PT que a aceitação das penalidades ocorreu no âmbito da liberdade contratual das Partes contratantes, carecendo de fundamento legal a aplicação retroativa do novo valor limite das penalidades aceites, faturadas e cobradas naquela sede. A PT mais invoca que em sede de Direito Administrativo as decisões retroativas têm que obedecer a um conjunto de requisitos obrigatórios, o que em sua opinião não acontece no caso concreto.

Assim, a PT discorda de **D.2**, porque se basearia numa fixação desproporcional e injustificada do valor máximo das penalidades e numa aplicação retroativa ilegal, pelo

²⁹ Sobre um aspeto da ORAP publicada e disponibilizada pela PTC há mais de 2 anos.

³⁰ Segundo a PT, a Vodafone e a Optimus pagaram as penalidades sem contestação, o que indicaria ter existido por parte da ZON e da Cabovisão uma expectativa de que não iria ocorrer o processamento das penalidades por parte da PTC.

que, se o novo limite for aprovado, deverá ser aplicado apenas desde a data de notificação da decisão final.

Em resumo, a PT discorda da alteração, com efeitos à data de entrada em vigor da ORAP (22.12.2010), do limite de 325 euros para a penalidade por atraso no envio de cadastros pelas Beneficiárias, uma vez que tal poria em causa a certeza e previsibilidade regulatória, mais de 2 anos depois, e favoreceria a Cabovisão e a ZON, por contraposição a Beneficiárias (como a Optimus e a Vodafone) que, tendo consciência do incumprimento, acordaram no pagamento das penalidades, no âmbito do contrato celebrado com a PTC, sendo que, segundo a PT, também não se encontrariam verificados os requisitos que permitem dotar o ato administrativo que o ICP-ANACOM se propõe adotar de eficácia retroativa.

Entendimento do ICP-ANACOM

Em primeiro lugar, atendendo às solicitações iniciais da ZON e da Cabovisão junto do ICP-ANACOM sobre as penalidades a pagar à PTC no âmbito da ORAP, discorda-se do entendimento da PT de que aquelas Beneficiárias não teriam contestado o valor das penalidades, pois tal como se pode constatar das alegações daqueles operadores (vide secções 2.1 e 2.2 do SPD de 16 de maio), ambos consideraram os montantes máximos “excessivos” ou “elevadíssimos”. A este propósito, é também de sublinhar o exposto pela Vodafone, ao afirmar que existe uma notória desproporcionalidade entre penalidades por atrasos na entrega dos cadastros pelas Beneficiárias (e inerentes condições de aplicação das mesmas) e o prejuízo decorrente para a PTC da morosidade na referida entrega, pelo que é adequada a introdução de um maior equilíbrio na oferta de referência em questão, nomeadamente, no que se refere aos prazos de reclamação de penalidades por incumprimento de obrigações e à delimitação adequada do valor das penalidades

Em relação aos princípios da certeza e previsibilidade regulatórias, invocados pela PTC, reitera-se o que houve já oportunidade de referir no SPD, e que não é infirmado pela PT, a saber:

(a) A LCE não prevê um mecanismo de aprovação de ofertas de referência grossistas previamente à sua publicação, mas sim a possibilidade de intervenção a todo o tempo por parte do ICP-ANACOM, inclusivamente com eficácia retroativa;

(b) O ICP-ANACOM tem o poder, que é simultaneamente o dever, de supervisão, o qual exerce em permanência;

(c) Perante os pedidos de intervenção da ZON e da Cabovisão, não poderia o ICP-ANACOM, no exercício das suas competências, deixar de proceder à análise e procurar esclarecer, junto da PTC, enquanto responsável pela ORAP, todos os aspetos que os mesmos suscitaram, direta e indiretamente, tendo face aos mesmos um dever de decisão;

(d) *Os pedidos de intervenção da ZON e da Cabovisão, na qualidade de Beneficiárias da ORAP, são recentes, tendo sido submetidos à apreciação do ICP-ANACOM apenas no final de 2012, claramente como reflexo de só em agosto do mesmo ano a PTC ter procedido à faturação dos montantes a cobrar por atrasos no envio de cadastros; só quando confrontadas com as primeiras faturas relativas a penalidades devidas no âmbito da ORAP as Beneficiárias reagiram àquela condição e apelaram à intervenção do ICP-ANACOM.* Ainda neste contexto remete-se para o disposto no SPD que, de forma resumida, refere que o valor máximo da penalidade para cada incumprimento, já de si excessivo, em conjunto com a demora que presidiu à interpelação das Beneficiárias para o seu pagamento, só possível devido ao facto de inexistir um prazo para a PTC poder apresentar às Beneficiárias os pedidos de compensação por incumprimento, ao mesmo tempo que pôs em evidência o carácter excessivo do valor máximo estabelecido, resultou na faturação de valores desproporcionais, que suscitaram a contestação justificada de algumas Beneficiárias da ORAP junto desta Autoridade, uma vez que provocaram uma situação de desequilíbrio com claro benefício para a PTC, a nível das penalidades por incumprimento, situação que importa corrigir.

Assim, foi a própria atuação da PTC que levou à necessidade de uma intervenção retroativa.

Acresce que os princípios da certeza e previsibilidade regulatórias não podem ser vistos isoladamente, sendo também importante compaginar aqueles princípios com o princípio da orientação dos preços para os custos, não devendo a PTC poder cobrar valores superiores aos custos em que incorre. Neste caso, o valor máximo de 3.000 euros a título de penalidade por incumprimento do prazo de envio de cadastros é várias vezes superior ao custo que a PTC teria se elaborasse, ela própria, os cadastros caso as Beneficiárias não os enviassem, pelo que os valores recebidos a este título pela PTC desde a entrada em vigor da ORAP são excessivos. Deste modo, justifica-se dar prevalência ao princípio da orientação dos preços para os custos, sendo certo que a certeza e previsibilidade regulatórias estão asseguradas pelo facto de a PTC saber que não pode cobrar preços excessivos e desproporcionais face aos danos a ressarcir. Justifica-se, pois, a intervenção com efeitos retroativos.

É por esse motivo que a alteração do valor limite (vide secção 2.2.1.2 do presente relatório) da penalidade por incumprimento do prazo de envio de cadastros pelas Beneficiárias da ORAP deve ter efeitos retroativos à data de publicação da primeira versão da ORAP.

O facto de outras Beneficiárias da ORAP (a PT referiu a Vodafone e a Optimus, por exemplo) terem pago à PTC as penalidades por incumprimento do prazo de envio de cadastros, não implica que o valor das mesmas fosse proporcional e adequado. Acresce que os contratos-tipo celebrados entre a PTC e as Beneficiárias de uma oferta de referência seguem o que está estipulado nessa oferta grossista, pelo que estando um ponto específico da oferta (no caso o ponto 6.2) desconforme, os contratos-tipo também o estarão na(s) cláusula(s) que refletem aquele ponto. Por outro lado, determinando-se a restituição àquelas Beneficiárias (tal como referido pela PT, por exemplo, a Vodafone e a Optimus) dos valores de penalidades cobrados em excesso pela PTC, relativamente aos

valores resultantes da presente deliberação, o problema invocado pela PT deixa basicamente de se colocar.

Ao mesmo tempo, e ainda que não seja de contestar que a adesão das Beneficiárias às condições contratuais fixadas pela PTC para acesso e utilização da sua rede de postes se tenha dado no exercício da sua liberdade contratual, não poderá a PTC ignorar o facto de as cláusulas da ORAP transpostas para os contratos-tipo celebrados no respetivo âmbito constituírem um clausulado predeterminado pela PTC sem prévia negociação individual por parte das Beneficiárias, isto é, caso as empresas interessadas tenham necessidade de recorrer à rede de postes da PTC para desenvolver a sua oferta retalhista terão as mesmas, inevitavelmente, de aderir às condições fixadas pela PTC, num quadro em que a respetiva liberdade contratual está, inegavelmente, condicionada.

Quanto à não verificação dos requisitos que permitem dotar o ato administrativo de eficácia retroativa, realça-se que a PT não concretiza esta alegação, não aduzindo argumentos que demonstrem a inaplicabilidade do quadro legal que fundamenta a decisão que o ICP-ANACOM se propõe adotar.

Reitera-se, assim, o que oportunamente se expôs no SPD, isto é, *a atribuição de efeitos retroativos à determinação em causa suporta-se no disposto na alínea a) do n.º 3 do artigo 68.º da LCE, nos termos do qual “A ARN pode ainda determinar alterações às ofertas de referência publicitadas, a qualquer tempo e se necessário com efeito retroativo, por forma a tornar efetivas as obrigações impostas em conformidade com o disposto no artigo 66.º ” (destaque nosso) e é consentida pelo disposto no artigo 128.º, n.º 2, alínea c) do CPA.*

Por último, é de sublinhar que, em sede de audiência prévia e do procedimento geral de consulta, a PTC tenha finalmente esclarecido a razão pela qual a primeira faturação das penalidades devidas por incumprimento do prazo fixado para o envio atempado de cadastro apenas tivesse ocorrido em agosto de 2012, o que não fez em sede de resposta ao pedido de esclarecimento que o ICP-ANACOM lhe dirigiu a 11 de janeiro deste ano.

Quanto a este aspeto, considera-se de referir que a gestão de prioridades no que respeita às diferentes ofertas de referência publicadas é tarefa da exclusiva responsabilidade da PTC, cabendo-lhe decidir da calendarização de tarefas e da afetação de recursos que as ofertas exigem. Por conseguinte, a PTC terá também de se conformar com as consequências que as decisões a esse nível tenham na gestão das ofertas de referências – ao relegar por tanto tempo para segundo plano a cobrança das penalidades devidas ao abrigo do ponto 6.2 da ORAP, a PTC poderá ter dado um sinal às Beneficiárias de que o cumprimento do prazo para o envio de cadastro seria igualmente aspeto de importância menor no quadro dessa oferta.

Por fim, e tendo-se verificado que não estava definido qualquer prazo para que a PTC procedesse à alteração da ORAP em relação a este ponto decisional (nomeadamente D1 e D4), define-se o mesmo em 20 dias úteis, se bem que neste caso o mais importante seja a aplicação retroativa do mesmo.

Face ao exposto, **entende-se que se deve manter o previsto no SPD relativamente à data de aplicação da alteração ao ponto 6.2 da ORAP, aditando-se um prazo de 20 dias úteis para que a PTC proceda à alteração da ORAP (prazo esse que passa a ser aplicado aos vários pontos decisoriais, D1, D3 e D4).**

2.2.2. Retificação dos valores já faturados a título de penalidades por incumprimento

D 2. Deve a PTC retificar os valores que foram faturados ao abrigo do que constava do ponto 6.2 da ORAP, a título de penalidades por incumprimento do prazo de envio de cadastro (tendo por base o limite fixado no ponto D1 *supra*) e reembolsar as Beneficiárias dos montantes que tenham sido já pagos e que ultrapassem os novos valores que venham a ser apurados na sequência daquela retificação.

A Vodafone considera que se deve determinar que a PTC retifique os valores que foram faturados/reclamados fora do prazo que assistiria (e assiste) às Beneficiárias para reclamar penalidades, caso a situação fosse inversa.

A ONI e a ZON sugerem que se imponha um prazo razoável (que entendem ser de 30 dias após a decisão final do ICP-ANACOM) para cumprimento da decisão D.2 pela PTC (i.e. para que a PTC proceda ao crédito dos referidos montantes).

A PT, pelos mesmos motivos que referiu relativamente ao ponto D.1, discorda da determinação D.2, porque no seu entender esta seria baseada numa fixação desproporcional e injustificada do valor máximo das penalidades por incumprimento do prazo de envio de cadastros pelas Beneficiárias da ORAP e na aplicação da retroatividade a qual não cumpriria os requisitos legais.

Entendimento do ICP-ANACOM

A questão da proporcionalidade e fundamentação do valor máximo das penalidades por incumprimento do prazo de envio de cadastros pelas Beneficiárias da ORAP e da aplicação da retroatividade foi já analisada em secção anterior.

Quanto à proposta de definição de um prazo para que a PTC cumpra a obrigação de retificação (e eventual reembolso) dos montantes faturados ao abrigo do que constava do ponto 6.2 da ORAP, a título de penalidades por incumprimento do prazo de envio de cadastro, entende-se razoável que essa regularização ocorra para cada uma das Beneficiárias envolvidas, e tendo em conta a necessidade de proceder aos necessários ajustamentos no processamento das faturas, na primeira fatura dos serviços grossistas da ORAP que seja emitida após um prazo de 20 dias úteis contados a partir da data de notificação da decisão final.

Assim, **entende-se aditar ao disposto em D.2, que a retificação e reembolso aí referidos devem ser feitos na primeira fatura dos serviços grossistas da ORAP que**

seja emitida após um prazo de 20 dias úteis contados a partir da data de notificação da decisão final:

D 2. Deve a PTC retificar, na primeira fatura dos serviços grossistas da ORAP que seja emitida após um prazo de 20 dias úteis contados a partir da data de notificação da decisão final, os valores que foram faturados ao abrigo do que constava do ponto 6.2 da Oferta, a título de penalidades por incumprimento do prazo de envio de cadastro (tendo por base o limite fixado no ponto D.1 supra) e, simultaneamente, reembolsar as Beneficiárias dos montantes que tenham sido já pagos e que ultrapassem os novos valores que venham a ser apurados na sequência daquela retificação.

2.2.3. Prazo para a PTC apresentar pedidos de compensação às Beneficiárias

D 3. Deve a PTC alterar a ORAP, no prazo de 10 dias úteis a contar da data da decisão final, por forma a alinhar o prazo de que dispõe para efetuar o respetivo pedido de compensação às Beneficiárias com o prazo que estas têm para apresentar os pedidos de compensação à PTC.

A Cabovisão reconhece a bondade da posição do ICP-ANACOM quando fixa um prazo dentro do qual a PTC pode pedir a referida compensação.

A Vodafone considera que o alinhamento do prazo para a PTC apresentar os pedidos de compensação às Beneficiárias com o prazo que as Beneficiárias dispõem para o mesmo procedimento deve ser retroativo, por tais realidades não justificarem tratamentos diferenciados.

A ZON, no caso de não serem eliminadas da ORAP as compensações a aplicar pela PTC às Beneficiárias, concorda com a aplicação à PTC de um prazo para apresentação dos pedidos de compensação semelhante ao previsto na ORAP para as Beneficiárias (até ao final do segundo mês do trimestre seguinte ao da ocorrência), devendo tal alteração ter efeito retroativo, com efeitos à entrada em vigor da ORAP, sob pena de não ser possível corrigir as faturas já emitidas, que se admitem como as mais relevantes.

A PT, sem prejuízo de reiterar que o ponto D.3 consubstancia uma intromissão injustificada na autonomia contratual da PTC e no exercício dos seus direitos, entende que o prazo de 10 dias úteis (para a PTC *“alinhar o prazo de que dispõe para efetuar o respetivo pedido de compensação às Beneficiárias com o prazo que estas têm para apresentar os pedidos de compensação à PTC”*) seria insuficiente porque implicaria a revisão de processos e procedimentos, bem como a adaptação dos sistemas de suporte à faturação e cobrança dos serviços ORAP. Nesse sentido, defende que o prazo para cumprimento de D.3 não deveria ser inferior a 20 dias úteis após a notificação da decisão final.

Entendimento do ICP-ANACOM

Os argumentos expressos pela PT não são de molde a alterar o entendimento apresentado pelo ICP-ANACOM no ponto D.3 do SPD. Com efeito, a ORAP, na sua redação atual, permite de forma desequilibrada que a PTC, muito tempo depois de ter ocorrido um incumprimento do prazo de envio de cadastros pelas Beneficiárias, possa exigir-lhes compensações, independentemente da data a que se referem as instalações/intervenções relativamente às quais se suscitou o envio do cadastro atualizado com as ocupações dos postes da PTC.

Torna-se assim importante que o ICP-ANACOM corrija esse desequilíbrio, definindo e alinhando o prazo máximo para a PTC poder exercer, nos termos do previsto no ponto 6.2 da ORAP, o seu direito de cobrança de penalidades por incumprimento do prazo de envio de cadastros pelas Beneficiárias, com o prazo que as Beneficiárias têm para apresentar os pedidos de compensação à PTC, o que faz no contexto das obrigações impostas à PTC no quadro da análise de mercado em causa (Mercado 4 - mercado de fornecimento grossista de acesso (físico) à infraestrutura de rede num local fixo), conforme exaustivamente exposto e fundamentado no SPD.

Relativamente à pretensão da Vodafone para que o alinhamento dos prazos (para a PTC e as Beneficiárias efetuarem os respetivos pedidos de compensação por incumprimento) seja efetuado retroativamente, esclarece-se que, apesar de, neste caso, a retroatividade poder ser também aplicada com base no n.º 3 do artigo 68.º da LCE e no artigo 128.º do CPA, o ICP-ANACOM entende que, de acordo com o princípio da proporcionalidade, a sua aplicação não se justifica. Com efeito, considerou-se que a atribuição de efeitos retroativos ao alinhamento dos prazos não seria necessário para repor o equilíbrio do sistema de cobrança e pagamento de compensações previsto na ORAP, entendendo-se como suficiente para repor tal equilíbrio a revisão do limite máximo a cobrar a título de penalidade por incumprimento do prazo previsto para o envio de cadastro, atribuindo a essa revisão efeitos retroativos. Neste sentido, clarifica-se que o alinhamento dos prazos referidos entra em vigor para incumprimentos que se registem a partir da data de notificação da presente decisão final.

Por fim, atendendo aos argumentos suscitados pela PTC, e porque o impacto daí decorrente é mínimo, altera-se o prazo para cumprimento do ponto D.3 para vinte (20) dias úteis.

Assim, relativamente ao SPD, entende-se alterar o prazo para cumprimento do disposto em D.3, passando de 10 para 20 dias úteis, e aditando-se que o alinhamento dos prazos referidos entra em vigor para incumprimentos que se registem a partir da data de notificação da presente decisão final.

2.2.4. Remoção de condição para que a PTC fique vinculada ao pagamento de compensações

D 4. Deve a PTC remover do ponto 6.1 da ORAP, no mesmo prazo definido em D3, a condição prevista na alínea iii) (de envio, pelas Beneficiárias, da informação de cadastro no prazo fixado naquela Oferta), que introduziu para que se encontre vinculada ao pagamento, às Beneficiárias, das compensações pelo incumprimento dos PQS1 e PQS2.

A Cabovisão concorda com a pertinência da eliminação da condição prevista na alínea iii) do ponto 6.1 da ORAP (o envio, pelas Beneficiárias, da informação de cadastro no prazo fixado naquela Oferta).

Para a Vodafone é salutar que se elimine a dependência entre a entrega dos cadastros pela Beneficiária e a obrigação da PTC se vincular ao pagamento de penalidades.

Relativamente à alegada dupla penalização das Beneficiárias a partir da conjugação do disposto nos pontos 6.1 e 6.2 da ORAP, a PT considera que a manutenção atualizada da informação de cadastro só é possível com a entrega atempada do cadastro pelas Beneficiárias, assumindo-se a PTC vinculada ao pagamento de penalidades quando ocorra uma entrega atempada de cadastro.

A PT considera que, sendo o cumprimento pontual dos PQS1 (prazo para resposta a pedido de informação) e PQS2 (prazo para resposta a pedido de análise de viabilidade) decisivamente influenciado pelo envio atempado do envio de cadastros pelas Beneficiárias da ORAP, não existe qualquer fundamento para a remoção do ponto 6.1. da ORAP, da condição prevista na alínea iii) para o pagamento das compensações previstas pelo incumprimento dos PQS1 (prazo para resposta a pedido de informação) e PQS2 (prazo para resposta a pedido de análise de viabilidade), porque tal não consubstanciaria uma penalidade, afastando apenas a obrigação de pagamento pela PTC, de penalidades decorrentes do incumprimento de parâmetros de qualidade com origem na própria atuação das Beneficiárias.

Entendimento do ICP-ANACOM

Não se justifica que a PTC mantenha na ORAP a condição (de envio atempado de cadastros pelas Beneficiárias) para afastar a sua obrigação de pagamento de penalidades decorrentes dos incumprimentos dos PQS1 e PQS2 os quais teriam origem na atuação das Beneficiárias.

De facto, há que separar o incentivo ao envio atempado de cadastros pelas Beneficiárias da ORAP, o qual já é efetuado através da introdução de uma compensação por incumprimento (vide ponto D.1), dos incumprimentos pela PTC dos PQS1 e PQS2 que são penalizados autonomamente e são exclusivamente dependentes da atuação da PTC após a receção dos respetivos pedidos de informação e de análise de viabilidade remetidos pelas Beneficiárias.

Ou seja, se, na sequência de um pedido de informação e de análise de viabilidade remetido por uma Beneficiária, a PTC responder fora de prazo, não pode alegar que esse seu incumprimento se deveu a um eventual anterior incumprimento por parte da Beneficiária no prazo de envio de cadastro – que, ainda assim, lhe caberia suprir, dispondo para o efeito do valor das penalidades em que incorre a Beneficiária que não cumpra –, não havendo deste modo, ao contrário do que a PT defende, qualquer relação entre o incumprimento da Beneficiária no prazo de envio de cadastros e o incumprimento da PTC na resposta aos pedidos de informação e de análise de viabilidade anteriores remetidos por essa Beneficiária. Acresce que na ORAP nem sequer era estabelecida uma relação direta entre a falta de envio da informação cadastral e o incumprimento de um prazo de resposta pela PTC, já que, na redação atual, a falta de envio de informação cadastral pode ser relativa a qualquer outro troço que não aquele a que o incumprimento se reporta. Relevase-se que o eventual incumprimento pela Beneficiária do prazo de envio de cadastros também não afeta os prazos de resposta da PTC a pedidos de informação ou de análise de viabilidade de outras Beneficiárias para o mesmo troço, uma vez que a resposta da PTC deve ser dada com os dados de que dispõe na altura.

Assim, entende-se que não existem motivos para alterar o disposto em D.4, pelo que se mantém o seu articulado.

2.2.5. Outras matérias

Os respondentes, designadamente a PT, a ZON, a Cabovisão e a Vodafone, deram contributos relativamente a outras matérias que não estão diretamente relacionadas com os pontos decisoriais do SPD do ICP-ANACOM de 16 de maio.

A Cabovisão solicita (tal como fez em 08.11.2012), que o prazo para comunicação dos cadastros seja alargado para 90 dias. A ZON considera que, se a decisão final mantiver a redução da penalidade (vide D.1), o prazo de 30 dias poderá não permitir o envio dos cadastros (relevase-se que no seu pedido de intervenção inicial de 24.09.2012, a ZON também havia solicitado o alargamento daquele prazo para 90 dias).

A Vodafone considera útil, por uma questão de economia e eficiência procedimentais, que a ORAP seja analisada na totalidade, porque existiriam aspetos³¹ que determinariam uma operacionalização pobre da mesma e um desequilíbrio entre as posições negociais das Beneficiárias e da PTC. Assim, segundo a Vodafone, deveria impor-se na ORAP a obrigação de a PTC proceder proactivamente ao cálculo e pagamento das penalidades às Beneficiárias, e ser definido um mecanismo eficaz de reconciliação das informações das Beneficiárias e da PTC, que impossibilitasse esta última de impor a sua própria informação e raramente aceitar dados da Vodafone e das restantes Beneficiárias. Para a Vodafone, a PTC deveria efetuar o pagamento das penalidades por incumprimento dos níveis de serviços da ORAP sempre que:

- (a) a Beneficiária tenha remetido à PTC o plano de previsões, nos termos e com a fiabilidade especificados na ORAP (beneficiando da totalidade das penalidades);

³¹ Para além das questões identificadas pela ZON e pela Cabovisão.

- (b) a Beneficiária não tenha remetido à PTC o plano de previsões, nos termos e com a fiabilidade especificados na ORAP, beneficiando de 75% do valor das penalidades.

A Vodafone considera que seria adequada a aplicação subsidiária das ofertas de referência que já foram objeto de revisões e de um escrutínio relativamente à adequabilidade, propondo na ORAP:

- (a) A substituição das métricas de dias/horas úteis para dias/horas corridos;
- (b) A aplicação dos PQS a 100% das ocorrências;
- (c) A definição de penalidades para o PQS3 (*prazo para agendar o acompanhamento nas intervenções programadas*) e para o PQS4 (*prazo para agendar o acompanhamento nas intervenções não programadas*), aplicando-se (tal como na ORAC), 25 e 50 euros/hora de atraso, respetivamente;
- (d) A inclusão de um PQS5 relativo a “*prazo para respostas a um pedido de acesso e instalação*”, com um objetivo de 5 dias úteis, aplicável a 100% das ocorrências e com uma penalidade associada de 50 euros por cada dia de atraso;
- (e) A imposição à PTC de um “*prazo para agendamento de visitas conjuntas*”, com um nível máximo de 5 dias úteis e uma penalidade por incumprimento idêntica à do PQS5 (*vide* alínea anterior);
- (f) A definição de um “*prazo máximo para resposta a pedidos de reforço da infraestrutura*” com orçamentação por parte da PTC. A Vodafone informou que no caso da obtenção de inviabilidades³² em resposta a pedidos de análise de viabilidade, pede à PTC a orçamentação do reforço dos postes mas esta não estaria vinculada a responder num determinado prazo, nem a aceitar tal reforço. Adicionalmente, quando a Beneficiária se responsabiliza pelos custos do reforço de postes (orçamento fundamentado pela PTC), a Vodafone considera que a PTC deveria ser obrigada a aceitar o mesmo, independentemente da vontade e do interesse em beneficiar desse reforço. **[IIC]**

[FIC]

A Vodafone considera que a aplicação de um regime mais favorável traduzir-se-ia numa otimização das ofertas grossistas e dos recursos de cada Beneficiária, e numa menor necessidade de supervisão e fiscalização por parte do ICP-ANACOM.

³² Por exemplo, por deterioração dos postes.

Segundo a Vodafone, mais importante que a revisão da ORAP, seria urgente rever o mercado em que a mesma se enquadra, dado o seu alegado retrocesso competitivo e a ausência de enquadramento regulatório há vários anos, quanto às redes de nova geração. A Vodafone reitera³³ que a atual situação do mercado de comunicações eletrónicas fixas português caracteriza-se por factos que considera preocupantes e cujos efeitos se teriam vindo a agravar, nomeadamente:

- (a) Atraso significativo face aos congéneres europeus;
- (b) Crescente duopólio e notória diminuição das quotas de mercado dos operadores alternativos;
- (c) Redução do número de operadores a atuar nos referidos mercados, por ausência de condições concorrenciais equilibradas;
- (d) Crescimento contínuo e sólido do Poder de Mercado Significativo do incumbente;
- (e) Enorme disparidade entre o estado de competitividade dos mercados fixo e móvel em Portugal;
- (f) Em agravamento do ponto anterior, enorme disparidade no tratamento regulatório de acesso às redes móveis (nomeadamente de nova geração) e o tratamento regulatório de acesso às redes fixas;
- (g) Desadequação das ofertas de referência atuais para fomentar maior concorrência no mercado.

A Vodafone, embora concorde com o sentido genérico do SPD, lamenta que a atenção regulatória incida apenas numa parte (relativa à cobrança de penalidades por incumprimento de uma das obrigações da Beneficiária) de um dos problemas (a desadequação das ofertas de referência) de uma situação muito mais gravosa (a necessidade de revisão dos mercados 4 e 5), pelo que a Vodafone sugere que o ICP-ANACOM, no cumprimento das suas atribuições de garantia de condições de competitividade nos mercados de comunicações eletrónicas, se debruce no mais curto espaço de tempo possível, à conclusão da revisão dos mercados 4 e 5.

A PT pretende que seja consagrada na ORAC a aplicação de penalidades por incumprimento das Beneficiárias (tal como na ORAP), e considera necessário que cumpram o prazo de envio de cadastros, na medida em que o seu incumprimento ou cumprimento defeituoso geraria ineficiências e custos para a PTC.

³³ Tal como referiu no âmbito da consulta pública sobre a revisão dos mercados 4 e 5 e que até ao momento continua por merecer qualquer decisão final.

Neste contexto, a PT reitera³⁴ a apresentação da seguinte proposta de compensações/penalidades a cargo das Beneficiárias da ORAC, relevando, tal como referido em carta da PTC de 30.04.2013 (sobre o alegado incumprimento da Optimus relativo ao não envio ou ao envio incorreto de cadastros), um acentuado nível de incumprimento de obrigações por parte das Beneficiárias da ORAC:

Ocorrência	Definição da compensação	Valor ⁽¹⁾
Pedido inválido de análise de viabilidade, acesso e instalação, cadastro, intervenção, desobstrução e remoção	No caso de pedido inválido de análise de viabilidade, colocado pela Beneficiária, esta deverá compensar a PTC pelos custos incorridos no atendimento e validação do pedido.	50€ por ocorrência
Acesso a CV não autorizado	Compensação devida pela Beneficiária à PTC no caso de acesso pela equipa técnica da Beneficiária, ou empresa por si subcontratada, a CV e infraestrutura associada da PTC sem prévia autorização desta.	200€ por ocorrência
Instalação de cabos e equipamentos sem autorização da PTC	No caso de instalação de cabos e equipamentos sem autorização expressa da PTC, ser-lhe-á devida pela Beneficiária uma compensação até que os cabos e equipamentos tenham sido removidos e a instalação regularizada.	200€ por ocorrência + 50€ por dia e por troço instalado sem autorização
Deteção de técnico da Beneficiária sem credenciação	A Beneficiária indemnizará a PTC se na instalação for detetado um técnico da Beneficiária a efetuar trabalhos no local da instalação sem estar devidamente habilitado com título de credenciação em ORAC PT, atribuído por uma das entidades com legitimidade para o efeito.	200€ por ocorrência de técnico não credenciado
Atraso no envio de cadastro válido para além dos 30 dias de calendário	No caso de atraso além dos 30 dias de calendário na entrega de cadastro válido, por parte da Beneficiária, a PTC terá direito a uma compensação por cada dia em atraso.	50€ por dia e por pedido de cadastro

⁽¹⁾ Valores sem IVA.

Entendimento do ICP-ANACOM

Esclarece-se que, visto a presente decisão reportar-se a aspetos específicos da ORAP que têm a ver exclusivamente com a faturação e cobrança de penalidades por incumprimento do prazo de envio de cadastro pelas Beneficiárias da ORAP, não é a sede adequada para analisar todo e qualquer aspeto desta oferta.

Desta forma, esta Autoridade não se pronuncia sobre os aspetos suscitados, com exceção do prazo para envio dos cadastros.

Sobre a extensão do prazo de envio dos cadastros pelas Beneficiárias da ORAP (para 90 dias, segundo a Cabovisão e a ZON) entende-se não estar fundamentada essa necessidade, sendo que um prazo de 30 dias para envio do cadastro – já enviado preliminarmente noutras fases do processo –, não se afigura demasiado curto, por comparação, por exemplo, com os prazos de resposta que estão fixados e cujo cumprimento cabe à PTC. É de notar que esse cadastro poderá ser efetuado aquando

³⁴ Referida pela PTC na audiência prévia que antecedeu a decisão do ICP-ANACOM, de 28.10.2010, relativamente a alterações a introduzir na ORAC.

da, ou imediatamente após a realização dos trabalhos de, instalação, intervenção, remoção ou desvios de traçado.

Assim, mantendo-se o entendimento de que o prazo máximo atualmente previsto na secção 4.8 da ORAP (de 30 dias) é suficiente para que uma Beneficiária da ORAP, após a conclusão dos trabalhos por si realizados, possa atempadamente atualizar o cadastro de ocupação e remetê-lo à PTC, e na ausência de dados que permitam reavaliar a questão, não se acolhe a pretensão de extensão daquele prazo. Releva-se, a este propósito, que no âmbito da ORAC, o prazo máximo para envio de cadastros pelas Beneficiárias, após a conclusão dos serviços de acesso e instalação, remoção e desvios de traçado é também de 30 dias.

3. Conclusão

Face ao exposto, o ICP-ANACOM mantém no essencial o sentido da sua decisão, tendo sido alterado o prazo para cumprimento do disposto no ponto D.3 do SPD, passando de 10 para 20 dias úteis, sendo o mesmo aplicado também aos pontos D1 e D4 do SPD³⁵, e sido introduzidas clarificações pontuais nos pontos decisoriais, nomeadamente:

- (a) que a retificação dos valores que foram faturados ao abrigo do que constava do ponto 6.2 da Oferta, a título de penalidades por incumprimento do prazo de envio de cadastro (tendo por base o limite fixado no ponto D.1 supra) e o reembolso às Beneficiárias dos montantes que tenham sido já pagos e que ultrapassem os novos valores que venham a ser apurados na sequência daquela retificação, devem ser feitos na primeira fatura dos serviços grossistas da ORAP que seja emitida após um prazo de 20 dias úteis contados a partir da data de notificação da decisão final.
- (b) que o alinhamento do prazo de que a PTC dispõe para efetuar o respetivo pedido de compensação às Beneficiárias com o prazo que estas têm para apresentar os pedidos de compensação à PTC dos prazos referidos entra em vigor para incumprimentos que se registem a partir da data de notificação da presente decisão final.

³⁵ Note-se que no projeto de decisão os pontos D3 e D4 passaram a ser respetivamente D2 e D3.