

APRITEL

ASSOCIAÇÃO DOS OPERADORES
DE COMUNICAÇÕES ELETRÓNICAS

PROJETO DE LEI

228/XII

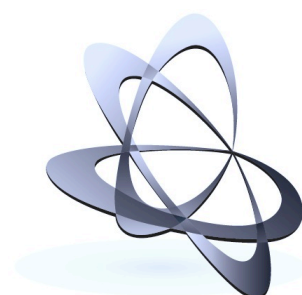
COMENTÁRIOS

Resposta da Associação dos Operadores de Comunicações Eletrónicas à consulta relativa ao P JL 228/XII que altera a lei dos direitos de autor e cria um novo imposto sobre operadores de comunicações eletrónicas

19 de julho de 2013

Índice

Introdução	2
Comentários gerais	3
Sobre o mercado de comunicações eletrónicas	5
A Dinâmica do mercado	5
Evolução de preços e das margens do setor	9
Conclusão sobre o enquadramento económico do setor	11
Algumas questões jurídicas subjacentes.....	11
O enquadramento nos Direitos de Autor.....	11
Sobre a qualificação como imposto.....	12
Sobre a violação do Direito da União Europeia.....	13



19 de julho de 2013

Introdução

O presente documento exprime a opinião dos Associados da APRITEL - Associação dos Operadores de Comunicações Eletrónicas, relativamente ao Projeto de Lei nº 228/XII (“Projeto”), apresentado pelo Grupo Parlamentar do Partido Comunista Português e atualmente em discussão na Comissão de Educação Ciência e Cultura da Assembleia da República (8ª Comissão).

De acordo com a nota de enquadramento do Projeto, esta proposta assenta na concepção de que a política cultural que subjaz ao direito de autor, tal como atualmente existe, está orientada à proteção dos direitos de propriedade “sacrificando a fruição [e, impedindo a] crescente massificação do acesso” às obras objeto daqueles direitos.

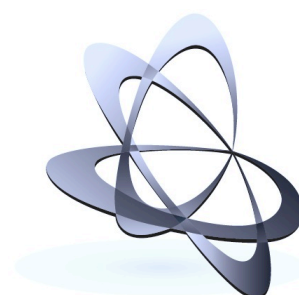
Para contrariar esta visão o Projeto propõe, em essência, redefinir o conceito de “pirataria”, expressão que é usada no documento para designar genericamente o crime de usurpação p.p. pelos artigos 195º e seguintes do Código dos Direitos de Autor e Direitos Conexos (“CDACC”) e descriminalizar um conjunto de ações que preenchem o tipo.

De acordo com o Projeto, esta descriminalização ocorreria sempre que o autor pretenda permitir a partilha gratuita da obra, caso em que passaria a beneficiar de uma remuneração paga através de um fundo que o Projeto propõe criar.

Este fundo seria alimentado através de uma contribuição dos operadores de comunicações eletrónicas “correspondente a € 0,75 por contrato de fornecimento de serviços de acesso à Internet”.

No entender dos proponentes, esta contribuição justifica-se porque o conceito de partilha gratuita de ficheiros, que o Projeto pretende descriminalizar e liberalizar, não existe na realidade. Com efeito, dizem, os utilizadores pagam pelo acesso à Internet, e não havendo pagamento ao titular dos direitos de autor, seria o operador que se apropriaria “*assim de uma mais-valia substantiva de obras sobre as quais não possuem direitos.*”

Neste quadro, continuam os proponentes, seria o operador o único beneficiado, facto que, dizem, é “*tanto mais grave quanto*”, segundo afirmam, “*Portugal é um dos países europeus onde o acesso à banda larga é mais caro.*”



19 de julho de 2013

Por último, parte significativa deste fundo que, estimam os proponentes, alcançaria os 46 milhões de euros anuais, serviria *“para apoio às artes e à produção cinematográfica, [e o remanescente] para distribuir pelos autores, intérpretes e produtores.”*

Comentários gerais

Em primeiro lugar, importa sublinhar que a APRITEL reconhece a importância da cultura e o papel do setor das indústrias criativas como veículos dinamizadores do desenvolvimento da sociedade portuguesa.

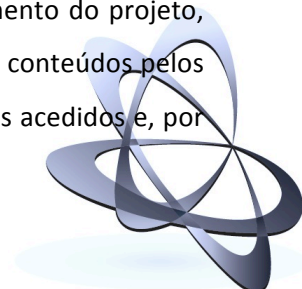
Neste contexto, a APRITEL não questiona o apoio à produção cultural nacional e ao seu desenvolvimento.

Todavia, também não pode deixar de lembrar que – em paralelo – existem outros desígnios, tanto europeus como nacionais, que pressupõem um especial contributo por parte do setor das comunicações, como é o caso do desenvolvimento de redes de alto débito (fixas ou móveis), que é essencial para atingir os objetivos da Agenda Digital Europeia. Este desígnio político, partilhado tanto por Portugal como pelos seus parceiros europeus é, antes de tudo, uma ferramenta instrumental de outras políticas económicas associadas ao desenvolvimento sustentado e à criação de emprego e é essencial ao desenvolvimento das indústrias criativas num contexto digitalizado.

A criação de contribuições desligadas dos objetivos da Agenda Digital, de que são exemplos tanto a recente Lei do Cinema e Audiovisual como o atual Projeto, impõe um conjunto de encargos excessivos sobre o setor, onerando-o desproporcionadamente, gerando incerteza, criando volatilidade e desviando um volume crescente de recursos que são críticos para salvaguardar a capacidade de investimento que, por seu turno, é um pressuposto fundamental para a subsistência de toda esta indústria.

Em segundo lugar, o Projeto assenta num conjunto de pressupostos de ordem económica e financeira que não têm em conta a realidade e que importa esclarecer antes de se versar sobre a criação de um imposto adicional que este projeto de lei acarreta.

Adicionalmente, e ao contrário do que é avançado na nota de enquadramento do projeto, os operadores de comunicações eletrónicas apenas permitem o acesso aos conteúdos pelos seus clientes, não tendo conhecimento, por um lado, de quais os conteúdos acedidos e, por



19 de julho de 2013

outro, não se “apropriando” de qualquer valor. Prosseguem, na verdade, a atividade de transmissão de informações em rede ou facultam o acesso a uma rede de comunicações, sem estar na origem da transmissão, não tendo intervenção no conteúdo das mensagens transmitidas, nem na seleção destas ou dos seus destinatários. Em suma: atuam como meros *transportadores* de informação.

Sublinhe-se que existem vários pontos no regime previsto na Proposta de Diploma que se revelam profundamente discricionários e feridos de aleatoriedade.

Desde logo, não se compreende o que sustenta o valor por cliente do Serviço de Acesso à Internet por mês, desconhecendo-se que análise económica se encontra subjacente à estipulação de tal montante.

Adicionalmente, a fixação de um valor por cliente do Serviço de Acesso à Internet, independentemente da utilização que seja efetuada revela-se profundamente discricionário, porquanto há certamente inúmeros clientes que não acedem ao tipo de conteúdos que preside à elaboração do presente Projeto.

Aliás, face às infinitas possibilidades e formas de utilização da internet, pode inclusivamente afirmar-se que a grande maioria dos subscritores ou utilizadores dos serviços de acesso à internet não acede nem faz uso de obras protegidas por direitos de autor ou direitos conexos que interfira no seu exclusivo direito de exploração, não se justificando, por isso, qualquer pagamento aos respetivos titulares.

Sublinhe-se que também não é identificado qualquer critério de repartição do montante, em concreto, pelos titulares dos direitos respetivos, não se percebendo em função de que fator as entidades de gestão coletiva realizariam a distribuição dos montantes arrecadados.

A propósito do papel reservado às entidades de gestão coletiva, no âmbito deste diploma, sublinhe-se, ainda, que tem sido identificado, a nível nacional e europeu, uma necessidade de rever as regras de gestão e funcionamento destas entidades, por forma a assegurar, nomeadamente, maior transparência na respetiva gestão e na distribuição de *royalties* para os criadores e a adaptação destas entidades ao licenciamento de direitos para o ambiente digital. Neste enquadramento, não faz qualquer sentido aumentar o escopo dos poderes das entidades de gestão coletiva, nem as respetivas receitas, conforme previsto na proposta.



19 de julho de 2013

Refira-se, por outro lado, que a solução preconizada no projeto de Lei 228/XII/1ª cria um verdadeiro obstáculo ao surgimento e desenvolvimento de ofertas comerciais de conteúdos, essenciais no combate à pirataria.

Por último, existem uma série de considerações jurídicas relevantes, quer no que se refere à legalidade do projeto enquanto criador de um imposto sobre os operadores de comunicações, quer do ponto de vista jus autorial, que importa clarificar.

Sobre o mercado de comunicações eletrónicas

A respeito do mercado de comunicações eletrónicas, importa esclarecer algumas das considerações que são feitas no preâmbulo do Projeto e que respeitam tanto ao setor no seu todo, como a aspetos da sua cadeia de valor que, sendo incorretos, têm de ser inequivocamente esclarecidos.

A Dinâmica do mercado

O setor é responsável em Portugal por 3,5% do PIB, 17.500 empregos diretos e investiu mais de 6 mil milhões de euros ao longo dos últimos cinco anos.

Em termos do valor acrescentado bruto gerado pelo setor para a economia nacional, as comunicações representam 2%, o que compara favoravelmente com um conjunto de países comumente aceites como representativos.

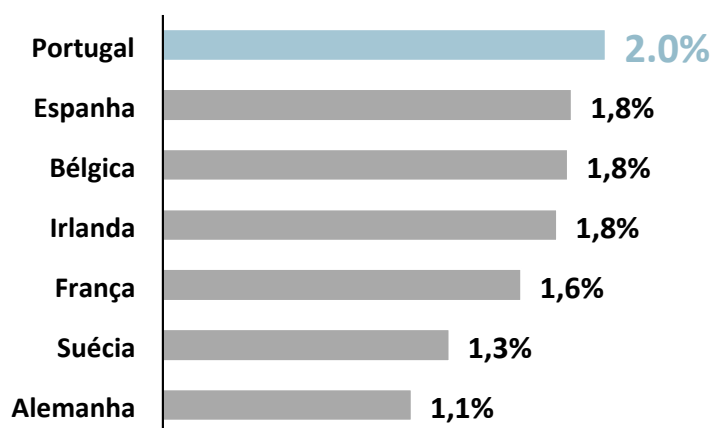
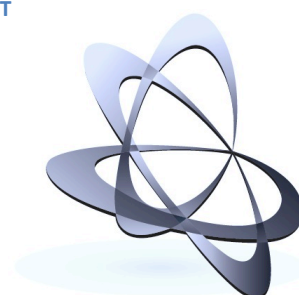


Gráfico 1 - Contribuição do Setor para o VAB (% do Total, ano 2010) | Fonte: INE, EUROSTAT



19 de julho de 2013

Como referido, não obstante as dificuldades económicas que Portugal tem atravessado, o setor tem vindo a manter o nível de investimento tendo investido nos últimos cinco anos, de forma agregada, mais de 6 mil milhões de euros.

Os gráficos seguintes ilustram de forma clara o esforço realizado pelo setor quer em termos nacionais, quer em termos comparados.

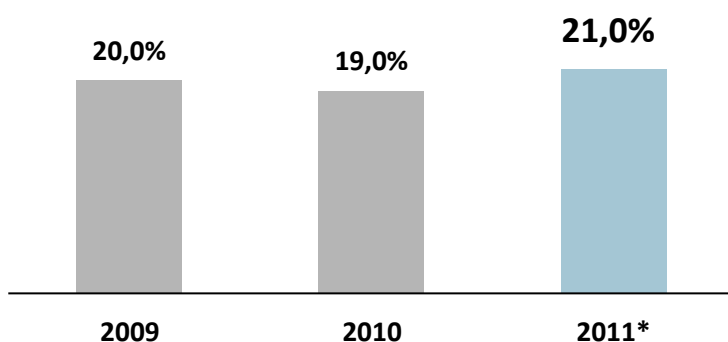


Gráfico 2 - Investimento dos operadores em % das receitas | Fonte: ANACOM, R&C dos principais operadores (* - exclui investimento em leilão 4G)

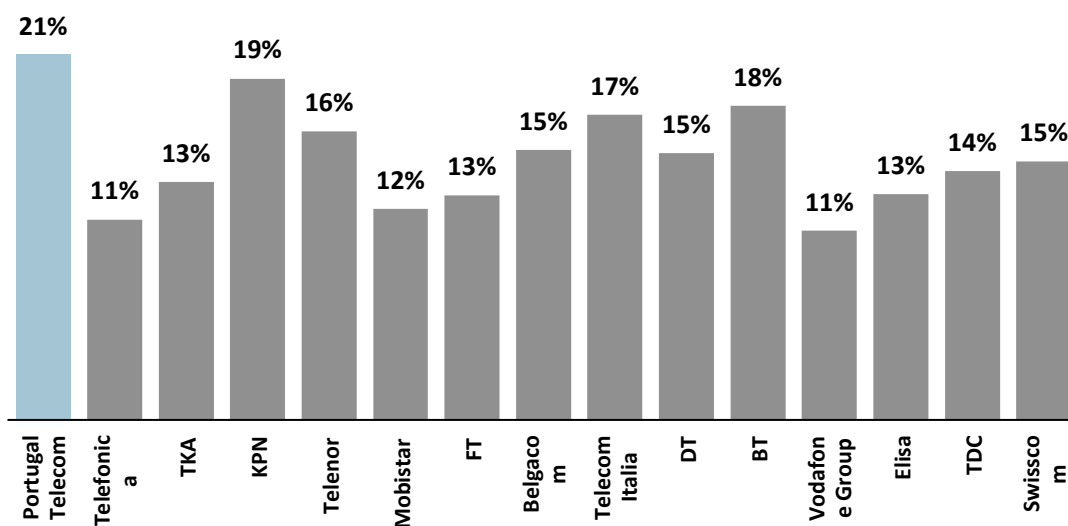
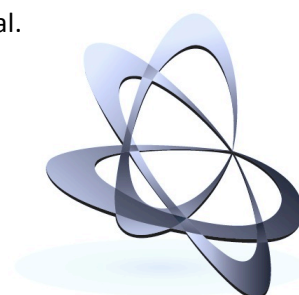


Gráfico 3 - Investimento dos operadores incumbentes/móveis em % das receitas em 2012 | Fonte: R&C dos operadores

O nível de investimento do setor reflete-se, naturalmente, quer quando se tem em conta quer o nível de qualidade das redes, quer das ofertas comerciais em Portugal.



19 de julho de 2013

Com efeito, conforme se retira dos gráficos seguintes, as taxas de penetração são extremamente elevadas, quer se trate do segmento de comunicações móveis, quer do segmento de redes fixas.

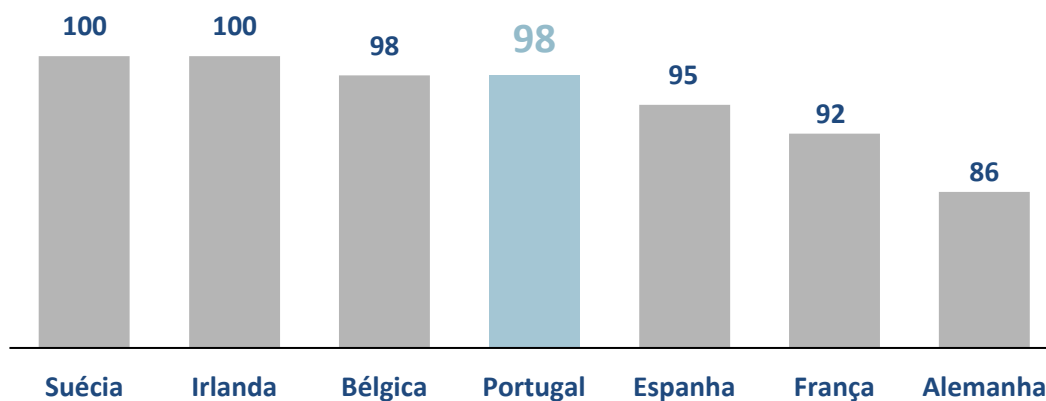


Gráfico 4 - Taxa de penetração de redes 3G em % da população em 2011 | Fonte: ANACOM

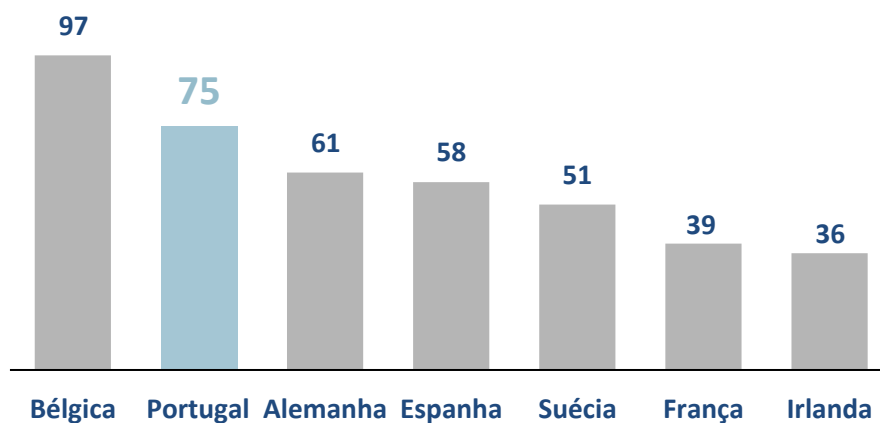
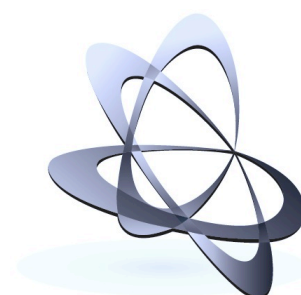


Gráfico 5 - Cobertura de Redes de Nova Geração* em % de alojamentos | Fonte: ANACOM
(* - combina tecnologias de alta velocidade como o FTTH e DOCSIS 3.0)



19 de julho de 2013

	2009	2012
Internet	- Velocidade de download: 10Mbps	- Velocidade de download: 30Mbps - 100 MB de internet móvel/mês
Pay-TV	- 70 canais	- 140 canais - Videoclube - Conteúdos (jogos, músicas, etc.) - Gravação manual e automática de programas já transmitidos
Voz Fixa	- Chamadas ilimitadas para números fixos nacionais e 30 a 50 países internacionais	

Tabela 1 - Funcionalidades incluídas numa oferta de “triple play” em 2009 e 2012 | Fonte: Operadores e ANACOM

Um outro corolário do investimento realizado em redes e da expansão da oferta é, naturalmente, o aumento do número de subscritores.

Com efeito, e a título exemplificativo, entre 2009 e 2012, o número de subscritores de todos os serviços, fixos, móveis e *pay-TV*, passou de 25 milhões para praticamente 27, ou seja aumentou 8,3%.

O gráfico seguinte descreve em detalhe a evolução do número de subscritores de serviços de comunicações.

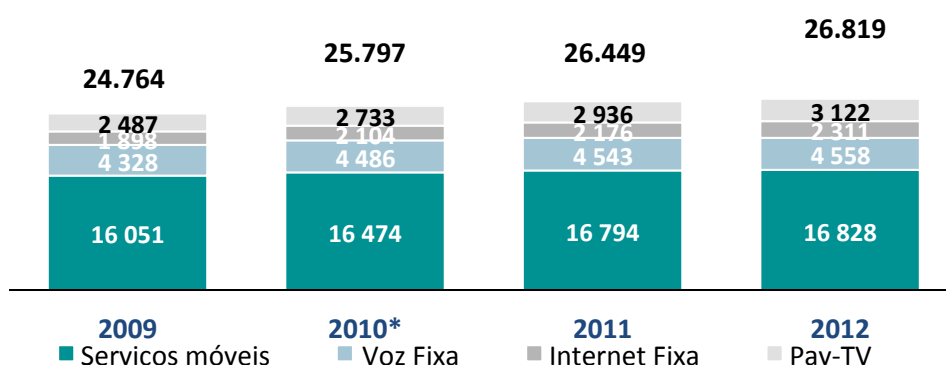
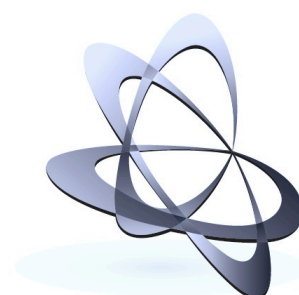


Gráfico 6 - Subscrições por serviços em milhares e % | Fonte: ANACOM (* - a partir de 2009 as subscrições incluem apenas estações móveis ativas)



19 de julho de 2013

Evolução de preços e das margens do setor

Sem embargo do exposto, em simultâneo, o setor tem registado um fenómeno de quebra das receitas que lhe é transversal e que decorre tanto da dinâmica concorrencial como da difícil situação económica que Portugal atravessa.

Os gráficos seguintes, expressam quer a quebra de receitas por utilizador, quer a estabilidade dos preços a que o setor tem assistido.

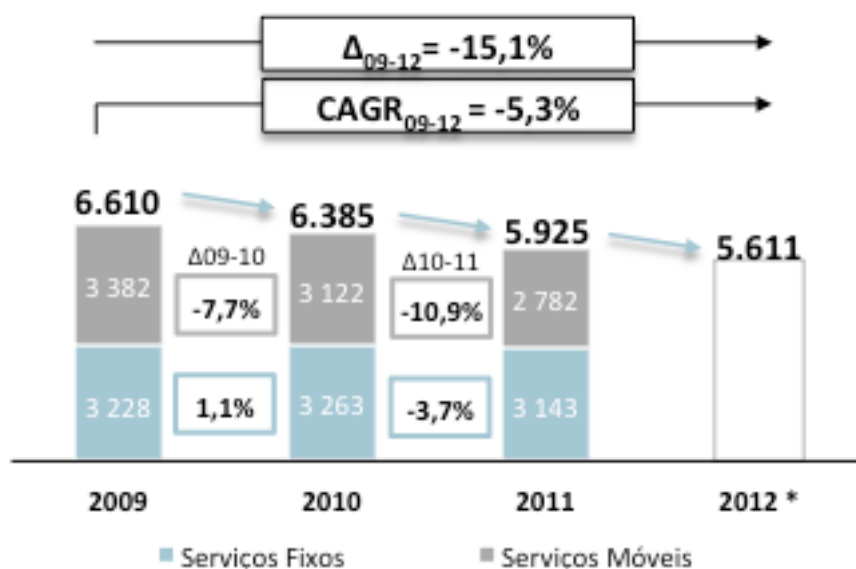
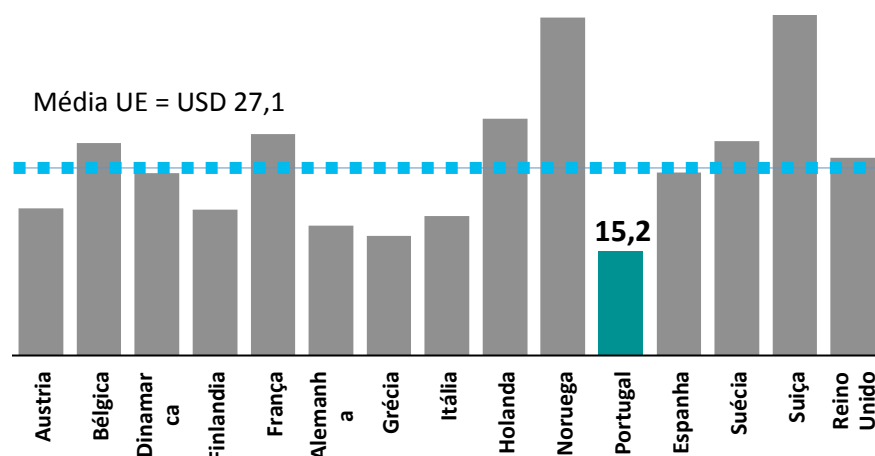
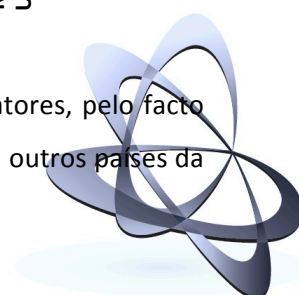


Gráfico 7 - Evolução de receitas dos operadores em Portugal (M€ e %) | Fonte: R&C publicados dos operadores (* - não está disponível divisão fixo móvel)



Conforme referido, a compressão nas receitas é explicada, entre outros fatores, pelo facto do crescimento do número de subscrições – ao contrário do que sucede em outros países da



19 de julho de 2013

União Europeia – estar a ser suportado em tarifários que se baseiam em pacotes, ou seja, na oferta simultânea de vários serviços que utilizam tarifas planas.

Este fenómeno regista-se tanto ao nível das comunicações fixas como do serviços móveis.

Efetivamente no caso dos primeiros, verifica-se que na sua maioria se baseiam em pacotes de comunicações ilimitadas de tráfego de voz e dados, enquanto que nas segundas, se verifica que a penetração dos chamados tarifários *tribais*, i.e., que incluem comunicações gratuitas dentro do mesmo grupo de utilizadores, representam já cerca de 50% do total de subscritores.

Peso dos pacotes nos serviços fixos (em %; 2012)

	<u>Penetração (% Alojamentos)</u>	<u>Delta vs. 2011</u>
Pacotes	59%	+6%
Pacotes 3P*	42%	+4%

Tabela 2 - fonte ANACOM (* - 3P inclui voz fixa + Internet fixa + Pay-TV)

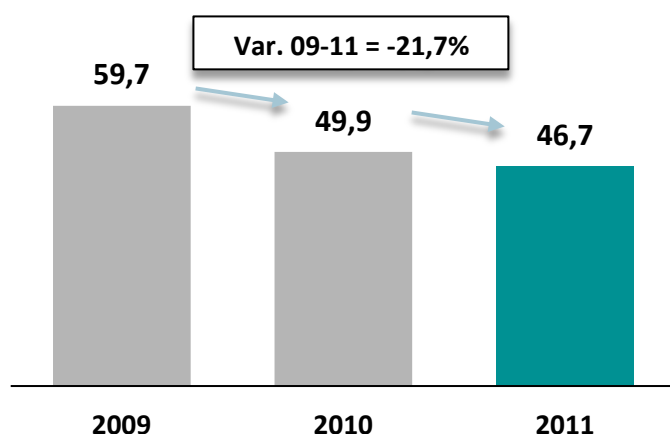
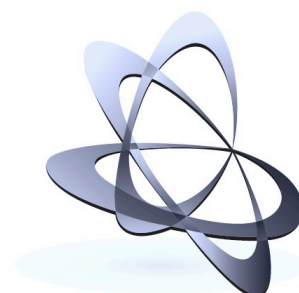


Gráfico 8 - Evolução dos preços médios dos pacotes 3P em € | Fonte: ANACOM



19 de julho de 2013

Conclusão sobre o enquadramento económico do setor

Face a estes dados, tendo em conta a importância deste setor enquanto motor de crescimento da economia nacional, bem como o contexto de crescente pressão económica e de quebra acentuada nas receitas e, ainda, o facto de que, no serviço de internet fixa, o aumento no número de subscritores ser sustentado por ofertas de pacotes cujo preço tem vindo a decair, quer diretamente em resultado da baixa de preços, quer indiretamente através do aumento de serviços incluídos, a APRITEL considera que não existe fundamento para a afirmação que os proponentes do Projeto fazem relativamente ao benefício indireto que os operadores podem retirar da utilização gratuita de direitos de autor, pelo que não podem aceitar a imposição do tributo proposto no projeto de lei.

Algumas questões jurídicas subjacentes

O enquadramento nos Direitos de Autor

Sublinhe-se, adicionalmente, que um dos princípios basilares dos Direitos de Autor é que é o titular de direitos de autor e de direitos conexos que tem o exclusivo de autorizar a fruição, utilização e exploração da obra por terceiro, fixando as respetivas condições de utilização.

Não se compreende, neste enquadramento, que o projeto de Lei 228/XII/1^a preveja que os autores e titulares de direitos conexos tenham de proibir expressamente a partilha gratuita e sem fins comerciais das obras, caso pretendam que a sua utilização seja excluída do regime previsto no diploma, quando autorizar ou não essa partilha¹ faz parte do núcleo duro de direitos atribuídos ao seu titular. Impor um preço por essa partilha, inibindo o exercício destes direitos de forma compulsória, constitui, na verdade, uma expropriação por via legal dos direitos de autor e dos direitos conexos.

Acresce que um regime como o ora proposto é absolutamente ineficaz relativamente à proteção da propriedade intelectual. Desde logo não se vislumbra de que forma se pretende fiscalizar ou punir a partilha de ficheiros sem autorização do seu titular. Note-se que este regime não traz nada de novo quanto aos meios de fiscalização do regime atual. Ou seja, se atualmente a lei e as autoridades competentes não têm meios para impedir a divulgação e

¹ entendida como o direito de reprodução e divulgação da obra.



19 de julho de 2013

reprodução não autorizada das obras protegidas, neste novo regime o problema irá manter-se inevitavelmente.

Em resumo, o sistema de autorização ou proibição da partilha de dados apenas terá como resultado prático sobrecarregar a Secretaria de Estado da Cultura com autorizações ou proibições que, na verdade, vão servir apenas como critério para a distribuição das receitas da taxa, melhor dito, do imposto, sem qualquer impacto na fiscalização e proteção das respetivas obras.

Sobre a qualificação como imposto

Por outro lado, sob a aparência de criar uma taxa, o projeto de lei cria na realidade mais um imposto, o que, estando a ser feito sem observância das regras impostas pela Lei e pela Constituição, o que o torna ilegal e inconstitucional.

Com efeito, para que um tributo se qualifique como taxa, exige-se que exista bilateralidade. Nos termos do artigo 4.º da Lei Geral Tributária (doravante abreviadamente designada por “LGT”), a obrigação concreta que serve de pressuposto ao pagamento de uma taxa pode revestir uma das seguintes formas: (i) a prestação concreta de um serviço público, (ii) a permissão para utilização de bens do domínio público, ou (iii) a remoção de um obstáculo legal a um comportamento dos particulares.

Quanto aos dois primeiros pontos, claramente não seriam aplicáveis, porque os direitos de autor não configuram nem um serviço, nem um bem do domínio público². Restaria portanto, a remoção de um obstáculo legal a um comportamento de particulares.

Ora, neste caso, não existe qualquer sinalagma entre a atividade das entidades públicas envolvidas e os contribuintes do fundo, porquanto, conforme admitem os proponentes, não são estes que colocam as obras em linha e delas retiram qualquer benefício.

Assim, o tributo previsto no artigo 6.º do Projeto não corresponde a uma taxa pelo exercício da atividade de fornecedor de acesso à Internet.

Na verdade, sob a aparência de um mecanismo de financiamento para as indústrias culturais criar-se-ia um novo e verdadeiro imposto que tem um setor (o das comunicações), em

² Mesmo no caso dos direitos de autor de cuja titularidade pertence ao Estado é importante sublinhar que não se qualificam como bens do domínio público.



19 de julho de 2013

particular, como seu destinatário, o que constitui uma violação do Direito Constitucional Português.

Mais uma vez, estamos perante a imposição do pagamento de contribuições excessivas e desproporcionadas às empresas do sector das comunicações eletrónicas, face aos agentes económicos, com impactos extremamente gravosos para os operadores de comunicações eletrónicas.

A isto acresce que a taxa prevista, na medida em que se traduz num valor absoluto de € 0,75 por mês por cada contrato de fornecimento de serviços de acesso à internet, recai sobre a faturação bruta dos operadores aos subscritores e sobre serviços que já são considerados para efeitos do cômputo da taxa devida pelo exercício da atividade de fornecedor de serviços de comunicações eletrónicas ao ICP-ANACOM.

Esta situação configura uma dupla tributação, dado que em termos materiais incide sobre o mesmo facto, o que para além de economicamente injustificável é, também, manifestamente ilegal.

Sobre a violação do Direito da União Europeia

À semelhança do entendimento que os Associados da APRITEL fazem da Lei do Cinema e Audiovisual, para além da violação do Direito Nacional, a taxa avançada constitui uma manifesta violação do Direito da União Europeia ao criar uma taxa nova adicional às taxas de regulação que já são pagas ao regulador setorial (o ICP-ANACOM) e à Entidade Regulação para a Comunicação Social (ERC).

Na verdade, tendo em conta a desproporcionalidade dos encargos que impõem ao setor, implicando um aumento significativo nos respectivos custos operacionais, e os montantes desmesurados em que se traduzem em face dos resultados operacionais de cada operador, a imposição de mais uma taxa desencoraja a que empresas sediadas noutros Estados Membros prestem serviços em Portugal e coloca mesmo em causa a viabilidade de algumas das operações já estabelecidas em Portugal.

A desproporcionalidade da taxa proposta resulta evidente quando se tem em conta que os montantes que a mesma visa arrecadar à custa dos operadores de comunicações electrónicas ultrapassam largamente aquilo que já é pago anualmente por cada operador ao



19 de julho de 2013

ICP-ANACOM a título da taxa anual devida pelo exercício da atividade de fornecedor de comunicações electrónicas – montantes em nada despidiendos - , a sua atividade *core*!

Esta nova taxa constitui, pelo exposto, um verdadeiro obstáculo à liberdade de estabelecimento e de prestação de serviços no Mercado Interno, em violação dos artigos 49.º e 56.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (“TFUE”). E além de prejudicar seriamente a prestação de serviços em Portugal, o regime ora proposto contribui para a colocação de entraves acrescidos à concorrência no setor em Portugal, decorrente de uma redução significativa da capacidade de investimento dos operadores de comunicações electrónicas.

Por outro lado, este regime pode ainda ser questionável face ao artigo 12.º da Diretiva Autorização que apenas permite aos Estados Membros impor aos operadores de comunicações electrónicas encargos que se destinem a remunerar os custos administrativos decorrentes da gestão e operação do regime de autorização geral (custos de regulação). Sendo aplicável a Diretiva Autorização, são incompatíveis com a mesma todas as contribuições especiais e impostos que recaiam sobre a faturação dos operadores de comunicações electrónicas e que não se destinem exclusivamente à cobertura dos custos de regulação,

