

PROPOSTA DE LEI Nº 83/XIV/2ª (GOV) QUE “APROVA A LEI DAS COMUNICAÇÕES ELETRÓNICAS E TRANSPÕE A DIRETIVA (UE) 2018/1972, QUE ESTABELECE O CÓDIGO EUROPEU DAS COMUNICAÇÕES ELETRÓNICAS”

COMENTÁRIOS CIP

Na sequência da consulta ao CNC sobre a Proposta de Lei (doravante “PL”) n.º 83/XIV/2ª (GOV) que “aprova a lei das comunicações eletrónicas e transpõe a diretiva (UE) 2018/1972, que estabelece o Código Europeu das Comunicações Eletrónicas” (doravante “CECE”), a pedido da Comissão de Economia, Inovação, Obras Públicas e Habitação da Assembleia da República, a CIP vem transmitir o seguinte:

A. NA GENERALIDADE

1. A CIP considera que a PL em apreciação é muito relevante para o sector das comunicações eletrónicas, sendo que este setor tem vindo a ter uma importância crescente para o País, quer em termos económicos quer para o dia a dia dos cidadãos e das empresas.

A relevância do setor ficou ainda mais reforçada no último ano, fruto da pandemia que ainda assola o país, colocando os operadores na linha da frente com uma contribuição ímpar e a vários níveis na atenuação dos seus efeitos, como seja o reforço de redes dos sistemas de saúde e para assegurar funções críticas do Estado, a garantia da manutenção dos seus serviços em contexto de teletrabalho e ensino à distância, etc.

Um dos objetivos da revisão do quadro regulamentar aplicável às comunicações eletrónicas, consubstanciada no CECE, é o de criar condições que promovam o investimento massivo nas redes de banda larga de elevado débito necessário ao cumprimento das metas estabelecidas ao nível da UE para o desenvolvimento destas



infraestruturas e para a digitalização. É fundamental que este objetivo não seja, de forma alguma, subvertido com a transposição, agora em curso, do CECE.

Relativamente à proteção dos utilizadores, importa assegurar que as medidas previstas na PL estejam alinhadas com o CECE, de uma forma que proteja o binómio nível de serviço/preço de que os clientes já beneficiem e, em simultâneo, potenciem a concorrência, a maior informação e a transparência.

2. Entre as várias medidas constantes na PL e que a CIP considera que vão no sentido supra referido, destacamos a introdução da Ficha Resumo do Contrato em modelo único; a prorrogação automática do contrato apenas por períodos de 1 mês; a informação anual/ e no final do contrato sobre as melhores tarifas disponíveis para os seus serviços; a informação sobre o final do contrato e sobre as formas de cessação e a inclusão em todas as faturas da data de fim da fidelização e dos encargos a pagar em caso de fim antecipado.

A CIP entende que é importante assegurar que a transposição do CECE, em todos os seus detalhes, não coloca em causa a Estratégia da Comissão Europeia para o *“Digital Single Market”*, nem o seu papel enquanto peça central para alcançar a *“Europe’s Gigabit Society”*.

Embora reconhecendo que a PL, atualmente em discussão, vai, genericamente, ao encontro do que seria expectável num contexto de transposição do CECE, subsistem, contudo, algumas matérias, como a que se refere à responsabilidade dos órgãos de administração, relativamente às quais, no entender da CIP, serão necessárias alterações e/ou melhorias, conforme, de forma não exaustiva, se explicitará, de seguida, na análise na especialidade.

B. NA ESPECIALIDADE

1. Independência das entidades reguladoras

A independência das entidades reguladoras é essencial para o bom funcionamento dos mercados. Estas entidades devem ser dotadas de autonomia e os meios que lhes permitam agir de forma verdadeiramente independente e apenas de acordo com os seus objetivos estatutários, sem pressões ou condicionalismos, seja da parte dos agentes que regulam, seja do poder político.

A este propósito, e mantendo presente o que se tem verificado em Portugal nos últimos anos, entendemos que seria adequado reforçar, na transposição do artigo 4º, que a independência financeira da ARN (Autoridade Reguladora Nacional) não é compatível com medidas de cativação de receitas ou rendimento, incluindo restrições ao recrutamento de quadros, por parte do Governo.

2. Nomeação dos membros do conselho de administração da ANACOM

O artigo 7.º do CECE, no seu n.º 1, introduz, pela primeira vez, a obrigação de adoção de um processo de seleção aberto e transparente para a nomeação do “presidente da autoridade reguladora nacional ou, se aplicável, os membros do órgão colegial que exercem essas funções no seio da autoridade reguladora nacional, ou os seus substitutos”, acrescentando que tal ocorrerá “de entre personalidades de reconhecida competência e experiência profissionais, com base no mérito, competências, conhecimento e experiência”.

É entendimento da CIP que só através de um concurso público, com critérios claros e definidos (nomeadamente no que respeita ao aferimento das qualificações dos candidatos) será possível assegurar tais nomeações nos moldes preconizados pelo CECE, acrescentando-se que esse mesmo concurso não deverá, em circunstância alguma, limitar ou impedir que nacionais de outros países possam apresentar as suas candidaturas.

Sucedem que a PL em apreciação é omissa quanto à transposição da referida disposição, sem que seja apresentada qualquer razão ou justificação, o que só será justificável perante um cenário de necessidade de promoção de alterações à Lei-Quadro das Entidades Reguladoras – o que a ser o caso, deveria ter sido incluído na PL ou, no mínimo, incluído num processo legislativo que corresse em paralelo com a apreciação desta PL.

3. Avaliação de Impacto Regulatório (AIR)

A CIP considera muito positiva a inclusão de uma previsão expressa da obrigação da adoção de metodologias de avaliação de impacto regulatório para enquadramento das decisões e medidas que venham a ser adotadas tanto pelo regulador, como por outras autoridades competentes.

Torna-se, contudo, fundamental incluir tal referência, igualmente, no âmbito de uma revisão da Lei-Quadro das Entidades Reguladoras, bem como procurar densificar o alcance da obrigação, o que poderá ocorrer, por exemplo, através da referência à *Better Regulation toolbox* da Comissão Europeia.

A CIP tem defendido que a AIR é, de resto, uma ferramenta metodológica essencial para assegurar a qualidade do processo legislativo, aqui no seu sentido lato, pelo que entendemos que esta boa prática deveria ser adotada de forma transversal e generalizada por todas as entidades que são responsáveis pela produção de atos normativos.

4. Provisões para custas judiciais

Desde há anos que se tem verificado um aumento substancial das provisões da ANACOM para processos judiciais, motivado pelas sucessivas impugnações que os operadores fazem do valor das taxas a pagar.

Tal resulta, exclusivamente, do enquadramento atual permitir que os custos com os referidos processos judiciais sejam custos enquadráveis nos genericamente designados

como custos de regulação da autoridade reguladora nacional, cujo financiamento é integralmente assegurado via taxa cobrada aos operadores pelo exercício da sua atividade.

A CIP entende que esta situação não é aceitável, desde logo porque ela encerra uma limitação flagrante do direito consagrado na Constituição de recurso à justiça, existindo, aliás, já várias sentenças de 1ª instância que o confirmam, em processos movidos pelos operadores contra a inclusão destas provisões nos custos a recuperar através das taxas de regulação.

Adicionalmente, esta situação coloca o próprio regulador numa posição de vantagem inaceitável perante os seus regulados, na medida em que o dotará dos meios necessários, sem qualquer custo ou risco, no âmbito de litígios judiciais.

Neste momento de revisão do enquadramento regulamentar do sector, a CIP entende como oportuno que na PL em apreciação seja corrigida a situação atual, que vai contra os direitos dos operadores e que tem feito com que estes incorram num incremento de custos com taxas regulatórias que não tem justificação.

5. Serviço Universal

O fornecimento de um serviço de acesso à internet em banda larga, com qualidade de serviço especificada e a um preço acessível, pode ser um instrumento de política económica essencial para garantir que nenhum cidadão se vê privado de uma normal participação na vida da sociedade, nomeadamente quando se pretende alcançar o objetivo da transição digital e assegurar que ninguém fica de fora.

Neste contexto, sendo os benefícios decorrentes de uma política que previne a exclusão social e o hiato digital partilhados por toda a sociedade e setores de atividade, o financiamento desta política, caso seja implementada, deve ser feito através de fundos públicos.

6. Entrada em vigor

A PL, atento o número de alterações/novidades que introduz no setor das comunicações eletrónicas, terá um grande impacto nas empresas, as quais terão de se adaptar a uma nova realidade, o que, em muitos casos, implicará profundos desenvolvimentos em sistemas de informação, bem como alterações significativas em termos de processos e procedimentos internos.

É, por isso, muito relevante ter estes aspetos em consideração, sob pena de incumprimento por parte dos operadores, o que apenas será obviado com um período de *vacatio legis* nunca inferior a 6 meses, prazo este que nos parece ser realista, razoável e proporcional.

7. Responsabilidade dos órgãos de administração

Como ponto prévio, a CIP salienta veementemente a desproporção que entendemos existir no regime da responsabilização das pessoas singulares, quer a mesma culmine na aplicação de uma coima ou na interdição temporária do desempenho do cargo respetivo. Esta situação é tanto mais grave no enquadramento constitucional nacional, uma vez que o princípio da proporcionalidade constitui um princípio fundamental do Estado de Direito, e medidas desta natureza excedem claramente o estritamente necessário para a realização do interesse público.

Ainda a este propósito, não podemos esquecer que o setor das comunicações eletrónicas não tem, ao contrário de outros setores onde este regime de responsabilidade já se verifique, um risco de contágio sistémico, que possa implicar o colapso de todo um sistema financeiro ou mercado, afetando amplamente a economia. Por outro lado, este setor também não se dedica ao desempenho de atividades com um nível de perigosidade que justifique esta opção.

De salientar, igualmente, que esta não foi sequer a opção do legislador europeu que não consagrou qualquer disposição neste sentido na ampla reforma do regime aplicável a este setor que levou a cabo com a aprovação do código.



Passando ao detalhe sobre o regime previsto na proposta, a CIP entende que, em primeiro lugar, deveria assegurar-se que a responsabilização das pessoas singulares em causa não pode bastar-se com a alegação de que as mesmas deviam conhecer a prática da infração, mas antes dever-se-ia fazer depender essa responsabilização da demonstração da grave violação dos deveres do cargo, ou seja, da necessidade de prova de que houve manifesta e grave violação desses mesmos deveres.

A solução contrária agrava substancialmente a exposição dessas pessoas à condenação por coimas razoavelmente elevadas, sem que exista justificação para o efeito.

Em segundo lugar, o n.º 15 do referido artigo 176.º contém uma disposição pouco clara, na medida em que dela decorre que, para efeitos da aplicação do n.º 14 – que expressamente responsabiliza apenas administradores e responsáveis pela direção ou fiscalização das áreas de atividade das pessoas coletivas em que seja praticada a contraordenação e apenas pela violação do artigo 84.º n.º 1 – *“a responsabilidade das pessoas coletivas não exclui a responsabilidade individual de quaisquer pessoas singulares, nem depende da responsabilização destas”* (sublinhado nosso).

Ou seja, considerando os n.ºs 14 e 15 do artigo 176.º da Proposta 83/XIV, é possível deles retirar que:

1. o n.º 14 se aplica, apenas, aos titulares de cargos de liderança pela prática do ilícito correspondente à violação do artigo 84.º n.º 4 da referida PL (sublinhado nosso);
2. o n.º 15 “esclarece” que, para efeitos de aplicação do n.º 14, a responsabilidade das pessoas coletivas não exclui a responsabilidade individual de quaisquer pessoas singulares, mas, como vimos, o n.º 14 apenas respeita aos titulares de cargos de liderança;
3. pelo que não é claro o âmbito de aplicação do n.º 15.

Em terceiro lugar, a manutenção do n.º 16 do artigo 176.º da PL, nos termos em que se encontra redigido, poderá gerar questões de conformidade constitucional, nomeadamente com os princípios da não transmissibilidade da responsabilidade sancionatória e da proibição do *ne bis idem* (ie o princípio de que ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime). Com efeito, de acordo com



o referido n.º 16, *“a coima a aplicar às pessoas singulares cumulativamente responsáveis pela prática de contraordenações previstas nos n.ºs 14 e 15 não pode exceder 10 % da respetiva remuneração anual auferida para o exercício das suas funções na pessoa coletiva”*. Ora, da redação proposta parece decorrer que pode ser aplicada à mesma pessoa singular, pelos mesmos factos, e consoante a interpretação a estabelecer da conjugação dos n.ºs 14 e 15 do artigo 176.º da PL i) uma coima porque é titular de cargo de liderança para efeitos do n.º 14 e uma outra coima porque é um titular de cargo de liderança por remissão do n.º 15 para o n.º 14; ou (ii) uma coima porque é titular de cargo de liderança para efeitos do n.º 14 e uma outra coima porque é uma pessoa singular que integra a pessoa coletiva. Seja qual for a interpretação a estabelecer da conjugação dos n.ºs 14 e 15 do artigo 176.º da PL, em qualquer destas duas situações, o n.º 16 do artigo 176.º da PL parece admitir uma dupla incriminação pelos mesmos factos.

Em último lugar, salientamos que está prevista a sanção acessória para as pessoas singulares, de interdição do exercício de cargo ou funções de administração, de direção e de fiscalização em pessoas coletivas com intervenção na atividade de comunicações, *“nas contraordenações previstas na alínea aa) do n.º 3, por incumprimento das obrigações previstas nas alíneas c) e f) do n.º 1 do artigo 84.º, na alínea ddd) do n.º 3 e no n.º 8 do artigo 176.º”*, o que não é coerente com a limitação – constante do n.º 14 do artigo 176.º da PL – da responsabilidade dos titulares de cargos de liderança à violação do disposto no artigo 84.º n.º 1 da PL.

8. Consideração geral sobre a correta transposição do CECE

Sem prejuízo do já referido, chamamos a atenção para a necessidade de proceder a uma correta transposição do CECE, pelo que importará corrigir algumas incorreções/imperfeições constantes da PL, evitando-se, assim, alterações posteriores ao diploma.

9. Custos de cooperação com entidades administrativas ou judiciais

Anualmente os operadores são destinatários de centenas de milhares de pedidos provenientes dos órgãos de polícia criminal, dos órgãos judiciais, dos órgãos administrativos, tendo em vista a instrução e/ou recolha de provas ou a disponibilização de informação em processos em que não são intervenientes.

Na impossibilidade de recusa, os operadores veem-se forçados a alocar recursos e a realizar investimentos (seja na aquisição de sistemas, seja na sua manutenção), sem qualquer tipo de contrapartida.

Tais custos ascendem, seguramente, a valores na ordem das muitas centenas de milhares de euros ou possivelmente mais.

Entende-se, assim, ser este o momento apropriado para corrigir esta desproporcionalidade, que coloca os prestadores numa posição, não de cooperantes, mas de prestador de serviços não remunerados.

CIP

13/05/2021