

Projecto de Decreto-Lei que institui um fundo de compensação dos
custos líquidos do Serviço Universal de comunicações electrónicas
(CLSU)

Resposta da Cabovisão - Televisão por Cabo, S.A.

Nota prévia

A Cabovisão lamenta o curtíssimo prazo que é dado às empresas para se pronunciarem sobre o fundo de compensação (7 dias úteis, mais um dia de prorrogação), com prejuízo para a capacidade de aferir as condições de razoabilidade, objectividade e mínima distorção do mercado em que o fundo que se quer criar deverá funcionar. Isto, apesar da premência do lançamento do concurso que ponha termo à actual situação de total e completa ilegalidade da actual prestação do Serviço Universal, que foi já reconhecida e condenada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia.

I. Enquadramento

1. Com o devido respeito, é desconcertante que o Governo proponha um projecto de diploma com este teor. E isto porque encerra e encobre tais ilegalidades e é tão falho em matéria de transparência, que dificilmente se compreende a sua publicação. Menos ainda se perceberia a sua adopção com este teor.
2. Em primeiro lugar, a retroactividade da compensação dos alegados custos líquidos excessivos viola frontalmente o Acórdão do Tribunal de Justiça que declarou a situação de incumprimento em que Portugal se encontra. Uma vez que o TJUE declarou o incumprimento do Estado português por *manter* o serviço público e a concessão do serviço universal em benefício da PTC, ao Governo impõe-se cumprir integralmente essa decisão do TJUE. Enquanto tal, é obrigação do Estado português abster-se de conferir efeitos práticos à situação nacional violadora por qualquer meio, incluindo naturalmente através da promoção da compensação dos alegados Custos Líquidos do Serviço Universal (adiante, «CLSU») excessivos a partir de fundos públicos ou, muito menos, através da sua repartição pelas outras empresas entretanto discriminadas no processo.

- 3.** O facto de a designação da PTC como Prestador do Serviço Universal (adiante, «PSU») não ter respeitado as disposições da Directiva Serviço Universal (que impõe a designação do PSU através de um procedimento objectivo, transparente e não discriminatório que assegure que todas as empresas possam ser designadas) acarreta a nulidade do contrato de concessão do actual PSU e a consequente nulidade da designação da PTC enquanto PSU. Nessa medida, o projecto de diploma em discussão consagra uma obrigação derivada de um negócio jurídico nulo: o contrato de concessão da PTC.
- 4.** Portanto, o financiamento dos custos líquidos no período prévio à designação por concurso é ilegal e contraria o Direito da União Europeia. A actual designação ilegal do PSU, através de um mecanismo discriminatório que levou à exclusão de todos os demais interessados, inviabiliza necessariamente o financiamento dos eventuais CLSU que este tenha incorrido. Esta, a primeira ilegalidade mais gritante do projecto.
- 5.** A segunda razão de perplexidade que este projecto provoca é a previsão de uma obrigação de solidariedade que choca gritantemente contra os mais elementares fundamentos do Estado de Direito. Não se entende. O mecanismo de responsabilidade solidária entre operadores do artigo 11.º, n.º 4 é ilegal e inconstitucional: o Estado não pode impor aos operadores cumpridores que assumam a responsabilidade pelos actos de operadores incumpridores e financiem os seus concorrentes. Cabe ao Estado adiantar o pagamento ao prestador do SU e exercer o seu direito de regresso contra o operador em falta.
- 6.** O terceiro núcleo de ilegalidades que este projecto encerra (conjugado com as demais deliberações relevantes do ICP-ANACOM nesta sede), decorre, em primeiro lugar, da circunstância de a contabilidade e a informação pública da PT não permitirem - ainda hoje - verificar e confirmar se e que custos são efectivamente incorridos nos serviços realmente qualificáveis como serviço universal. Por incrível que pareça, até aos dias de hoje, o actual Prestador de Serviço Universal (adiante, «PSU») e a ANACOM sustentam que o montante dos

proveitos associados à prestação do SU é confidencial. Se os proveitos são confidenciais, como se pode vir a concluir pelo carácter excessivo dos respectivos custos líquidos; ou tão-pouco pela existência de um custo líquido, sequer, a ser subsidiado por contribuições públicas ou parafiscais dos demais operadores? Toda esta obscuridade compromete a fundamentação dos valores colocados a concurso.

7. Por outro lado, a ANACOM aceitou incluir no SU lacetes servidos e facturados pelo PSU com ofertas double e triple play na decisão final sobre a metodologia do cálculo do CLSU e encargo excessivo. Rejeita-se em absoluto que acessos residenciais servidos pelo(s) futuro(s) PSU designado(s) em concurso com ofertas em pacotes sejam computados no cálculo do CLSU.
8. Só deverão ser elegíveis para financiamento do SU os acessos que o PSU identifique individual e de forma nominativa (número de telefone, morada e nome do beneficiário identificado enquanto tal em contrato de prestação de serviços) para que o mercado e os reguladores possam controlar a legalidade da compensação do PSU, seja por que via for.
9. Com efeito, não devem, em circunstância alguma ser listados enquanto beneficiários do SU aqueles utilizadores residenciais que adquirem simultaneamente com o serviço fixo telefónico («SFT»), e ao mesmo operador (PSU), serviços de televisão paga e ou de Internet de Banda Larga. Pois se o poder de compra desse consumidor permite aceder a televisão paga ou a Internet de Banda Larga, certamente que permite aceder a SFT sem subsidiação. Por outro lado, se o PSU fornecer televisão por subscrição ou Internet de Banda Larga, retira desse cliente residencial uma receita que prova estar justificada, em termos comerciais, o estabelecimento da ligação física e lógica de tal cliente. O mesmo se diga se o PSU praticar preços promocionais, abaixo dos preços normais do mercado, em benefício de tal cliente. O carácter voluntário de tal promoção não pode concorrer para a criação forçada de um custo líquido. Isso seria sinónimo de

subsidiar promoções do PSU em concorrência com os demais operadores, sendo ainda por cima essa subsídio suportada pelos próprios operadores.

- 10.** Por último, num País onde a taxa de penetração móvel é francamente superior a 100% e onde a cobertura geográfica das redes móveis é plena, está por justificar a exclusividade do recurso à tecnologia fixa do actual PSU para assegurar o SU de telefonia fixa.
- 11.** Qualquer uma destas questões está por resolver, ou está mal resolvida, pelo ICP-ANACOM. Estas questões são suficientemente gravosas para minar o sistema de subsídio consagrado no projecto em consulta, na sua essência. Não se vislumbrando, por isso, condições para a sua viabilização.
- 12.** Por ser uma obrigação originária do Estado, o financiamento dos CLSU deve provir de fundos públicos. Só por razões de contexto económico, se admitiriam mecanismos de co-financiamento. Mas por causa do contexto económico que o país e a Cabovisão em especial atravessam, a prestação do SU tem de ser orientada para casos específicos em que as forças do mercado não satisfazem as necessidades abrangidas pelo SU, sob pena de empolar os CLSU, especialmente quando os mesmos recaiam só sobre um sector.
- 13.** Neste contexto, é fundamental que qualquer mecanismo de compensação dos CLSU preveja um critério de isenção para as empresas relativamente às quais o encargo financeiro a suportar seja desproporcional. Se um operador não pode ser designado PSU por não cumprir as regras de *financial standing*, também não pode ser chamado a contribuir para os CLSU.
- 14.** Sem conceder, admitindo-se que sejam os operadores de comunicações eletrónicas a financiar parte dos CLSU, o apuramento dos operadores com obrigação de contribuir deve fazer-se com base nos volumes de negócios reportados uma única vez, anualmente, uniformizando-se o tipo de receitas que

devem ser excluídas desse cálculo, evitando conferir vantagens competitivas de custos a alguns.

15. Para o cálculo das contribuições devidas ao fundo, é essencial que se mantenha a regra de deduzir, do volume de negócios elegível, os pagamentos efectuados a outras entidades, fora do grupo, pela prestação de serviços grossistas.

II. O financiamento retroactivo dos CLSU incorridos e no período anterior à futura designação por concurso é ilegal

16. A criação de um fundo de financiamento sectorial para compensar os CLSU incorridos no período prévio à designação por concurso é ilegal e contraria o Direito da União Europeia.

17. A designação da PT Comunicações, S.A (PTC) enquanto PSU é ilegal, por contrária ao Direito da União, facto que inviabiliza necessariamente o financiamento dos eventuais CLSU que este tenha incorrido ou venha a incorrer nessa capacidade, em especial quando tal se faça por recurso a um mecanismo de repartição dos custos por todos os operadores.

18. Com efeito, o facto de a designação do PSU não ter ocorrido de acordo com o enquadramento legal Português ou da União Europeia – ao não respeitar o artigo 99.º, n.º 2 da Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro e os artigos 3.º, n.º 2 e 8.º, n.º 2 da Directiva Serviço Universal¹ - não tendo sido feita segundo um procedimento objectivo, transparente e não discriminatório que assegurasse à partida todas as empresas pudessem ser designadas, acarreta a nulidade do contrato de concessão do actual PSU, e a nulidade da designação inerente, inviabilizando necessariamente o financiamento dos custos do serviço universal prestados por esse PSU.

¹ Directiva 2002/22/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7.3.2002, relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações electrónicas (Directiva Serviço Universal)

- 19.** Mais, uma vez proferido um acórdão do TJUE que declarou o incumprimento do Estado Português por manter o serviço público e a concessão do serviço universal em benefício da PTC (designada ao abrigo de disposição nacional contrária ao Direito da União Europeia que regula a designação do prestador do serviço universal) ao Governo nada resta senão cumprir integralmente a decisão, abstendo-se de aplicar ou de conferir quaisquer efeitos práticos à situação nacional violadora.
- 20.** E tendo em conta que a violação do direito da União foi a designação e atribuição da concessão do serviço universal à PTC, uma das consequências que o Governo tem de retirar desta situação é o facto de não poder promover a compensação dos CLSU excessivos a partir de fundos públicos ou, muito menos, através da repartição do custo pelas outras empresas.
- 21.** Assim sendo, dado o carácter ilegal da designação do actual PSU, e não havendo garantias de que o mesmo esteja a prestar o SU do modo economicamente mais eficiente² – seja porque pode não estar a recorrer à tecnologia mais eficiente, seja porque poderia existir um outro PSU mais eficiente em determinadas áreas – não podem os demais operadores, ilegalmente excluídos da possibilidade de fornecer o SU, ser onerados indevidamente por esse facto.
- 22.** A existir um encargo excessivo nos CLSU incorridos no período de 2007 a meados de 2012, não poderão certamente ser os demais operadores de comunicações electrónicas, afinal os maiores prejudicados pelo ilegal processo de designação do PSU, a suportar os alegados encargos excessivos do mesmo.

² O que parece reforçado pelo facto de que as estimativas de CLSU que o actual PSU apresentou até 2003 (depois de 2003 não há dados disponíveis) – e.g. últimas estimativas para 2001, CLSU de €96.7M a€99.9M, para 2002 de €115.3M a€118.7M e para 2003 de €97.7M a€102.5M – serem muito mais elevadas que noutros Estados-Membros como sejam o Reino Unido, a Espanha, a França, a Itália e a Bulgária. Os valores apresentados pelo actual PSU são de estranhar especialmente quando é a própria Comissão Europeia que diz que os custos de financiamento do SU no passado (que não incluem a banda larga) têm sido relativamente baixos nos Estados-Membros, indo desde €0.5M a cerca de €70M por ano - vide “Commission Staff Working Paper – Executive Summary of the Impact Assessment Report Accompanying document to the Commission Communication – Towards a modernised universal service in electronic communications: report on the outcome of the public consultation and the third periodic review of the scope in accordance with article 15 of Directive 2002/22/EC”

- 23.** É absolutamente contrário ao Estado de Direito que numa situação em que o Tribunal de Justiça da União Europeia declarou o incumprimento do Estado Português na designação do actual PSU, referindo expressamente o carácter discriminatório do mecanismo de designação que levou à exclusão ilegal de todas as outras empresas potencialmente interessadas em fornecer o SU, o Estado pretenda, agora, onerar os operadores excluídos dos alegados CLSU incorridos pelo PSU ilegalmente designado.³
- 24.** E isto é ainda mais chocante quando se tem em conta que a PTC tem beneficiado, desde 2009, da dedução dos proveitos decorrentes da prestação do serviço universal para efeitos do cálculo da taxa devida relativa ao exercício da actividade de fornecedor de redes e serviços de comunicações electrónicas, determinando em consequência o aumento da taxa devida pelos demais operadores, que se têm visto obrigados a suprir o montante que, por esse motivo, a PTC não tem sido obrigada a pagar.⁴
- 25.** Isto é, num momento em que o ICP-ANACOM ainda não apurou se a PTC teve, ou não, um encargo excessivo na prestação do SU de 2007 a 2011 (visto que esse cálculo só poderia ter lugar a partir de 2011, altura em que foram aprovadas as decisões acerca do ‘conceito de encargo excessivo’ e a ‘metodologia de apuramento dos CLSU’), já lhe está a conceder de certa forma uma “compensação” pelo SU, ao permitir-lhe deduções (segundo valores *estimados* pela própria PTC, que não são sequer públicos) no cálculo de uma taxa de regulação ‘pagável’ desde 2009. É o chamado ‘benefício indirecto’ de que goza por ser PSU.⁵
- 26.** Ora, na eventualidade de o ICP-ANACOM concluir que, relativamente ao período de 2007-2011 há lugar à compensação dos CLSU, o dito ‘benefício indirecto’ da

³ Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (“TJUE”) de 7 de Outubro de 2010, no âmbito do Processo C-154/09

⁴ Nos termos do Anexo II da Portaria n.º 1473-B/2008, de 17 de Dezembro – note-se que a exclusão de que beneficia a PTC tem por efeito aumentar o montante da taxa que os demais operadores têm de pagar, na medida em que o percentual aplicável a cada operador visa a colecta de um valor previamente estabelecido, sendo forçosamente esse percentual tanto maior quanto menores forem os proveitos globais do sector.

⁵ Isto apesar de a Cabovisão ainda querer acreditar que, no sentido do que indica o ICP-ANACOM na Decisão relativa à metodologia a aplicar no cálculo dos custos líquidos do Serviço Universal de Comunicações electrónicas, de 9 de Junho de 2011, essa dedução venha a ser eliminada no momento eventual em que a PT for compensada pelos CLSU que se traduzam num encargo excessivo (passando, na óptica da PTC, o benefício a ser temporário).

dedução da taxa é reposto, descontando-se esse valor ao montante que a PT terá direito a receber a título de compensação pelos CLSU, mas não é devolvido aos operadores que o suportaram, ao pagarem uma Taxa de Regulação superior à que deveriam ter pago na ausência de benefício!

- 27.** O mesmo se diga quanto à eventualidade de o ICP-ANACOM chegar à conclusão de que não houve encargo excessivo na prestação do SU de 2007 a 2011, não havendo por isso que compensar a PTC pela prestação do SU nesse período, caso em que tudo indica que a dedução de que beneficiou a PT de 2009 em diante será ‘devolvida’ ao ICP-ANACOM, mas não aos demais operadores que foram, na realidade, quem suportou esse benefício.
- 28.** Tudo visto e ponderado, através do presente projecto de decreto-lei não só se pretende que os operadores financiem os CLSU incorridos por parte de um prestador ilegalmente designado pelo Estado, em violação das normas da União Europeia, como se ignora por completo que esses operadores já estão a ser obrigados – ilegalmente – a suportar um benefício indirecto que visa compensar a PTC pela prestação do SU, numa altura em que não é sequer certo que deva haver lugar a qualquer compensação.
- 29.** E tudo isto sem esquecer o facto de que a rede que suporta o SU foi praticamente toda construída anteriormente à liberalização do sector tendo beneficiado de financiamentos públicos nacionais e comunitários.
- 30.** É por isso inadmissível, ilegal, e violador do Direito da União prever o financiamento dos CLSU incorridos no período prévio à designação por concurso, seja no Projecto de Decreto-Lei, seja por outra qualquer via.
- 31.** Refira-se ainda a título final que, do ponto de vista da segurança jurídica e regulamentar, revelar-se-ia extremamente grave que os operadores de redes e serviços de comunicações electrónicas fossem confrontados com a necessidade de contribuição para o ressarcimento de eventuais CLSU referentes a um período em

que as regras não estavam definidas, nem eram conhecidas, não podendo adequar atempadamente os seus planos de negócio, de modo a poderem fazer face a tais contribuições.

- 32.** Tendo por presente a actual conjuntura financeira, a obrigação dos operadores e, em particular, da Cabovisão, de virem a ter que suportar tais contribuições, revelar-se-ia verdadeiramente intolerável.

III. A compensação dos CLSU deve fazer-se por fundos públicos e depois de verificada, dimensionada e fiscalizada a real necessidade de SU

- 33.** A prestação do SU é uma obrigação originária do Estado que tem subjacente o objectivo social de garantir que todos os cidadãos dispõem dos meios necessários para uma participação normal na vida em sociedade e por isso deve ser financiada por fundos públicos. A comprovar-se a necessidade de concessionar um SU e, cumulativamente, suportação de encargos excessivos para o PSU, a compensação desses custos líquidos deve fazer-se preferencialmente através de fundos públicos (“um dos métodos mais eficientes”, segundo o Considerando 21 constante da Directiva 2002/22/CE).

- 34.** Não sendo isso possível, por razões de contexto económico que a Cabovisão bem conhece e compreende, e que afectam a própria empresa, deveria o Governo equacionar, então, a implementação de mecanismos de co-financiamento do Serviço Universal de comunicações, à semelhança do que sucede com o serviço público de televisão.

- 35.** Sem prejuízo disso, a questão fulcral é que, optando-se pela atribuição do custo integral da prestação do SU unicamente ao sector das comunicações electrónicas – o que, a conceder, apenas seria para os CLSU incorridos após a designação em

concurso –, deve então garantir-se que essa compensação ocorra *só e apenas* para as situações em que as forças do mercado não satisfazem as necessidades abrangidas pelo SU.

- 36.** Se assim não for – como parece não ser realmente - o sistema de financiamento que o Governo implemente, além de não prosseguir aquele que deve ser o verdadeiro intuito do SU, o que vem é onerar ainda mais a já pesada carga financeira dos operadores de comunicações electrónicas afectados, em contradição grosseira a necessidade imperiosa de promover a competitividade das empresas, pela redução de encargos e pelo aumento da concorrência no sector das telecomunicações. Este é o compromisso assumido pela República Portuguesa perante a *‘Troika’* que este projecto de diploma vem ferir indelevelmente.
- 37.** Portanto, a qualificação de clientes como cliente (actuais ou potenciais) de SU deve obedecer a critérios do mais estrito rigor, garantindo-se que o SU (e todo o seu regime) apenas seja accionado enquanto plataforma de último recurso para assegurar que os consumidores em situação de relativo isolamento, com baixos rendimentos ou com necessidades sociais especiais não sejam impedidos de aceder a um conjunto de serviços de comunicações utilizados pela maioria dos utilizadores finais. A Cabovisão tem feito muito por isso sem beneficiar de apoios absolutamente nenhuns: foi o primeiro operador a levar a Banda Larga para fora das grandes cidades de Lisboa e Porto. É aliás, ainda hoje, o único operador que não tem operações em Lisboa e Porto e tem vindo a estruturar a sua actividade em zonas de menor rendimento e densidade populacional.
- 38.** E o ICP-ANACOM deve exercer um controlo prévio apertado dos CLSU apresentados pelo PSU no concurso, que têm de estar devidamente justificados e fundamentados pelo PSU, devendo ainda exercer um controlo *ex post*, no momento da compensação, por forma a verificar que os CLSU correspondem realmente ao cumprimento de obrigações de SU, o que exclui residências servidas com outros serviços pagos, a preços de mercado; deve excluir custos associados à manutenção de contratos com preços promocionais.

39. Como nota final, evidente será que a implementação de um mecanismo de financiamento dos CLSU incorridos por um prestador designado em concurso deve implicar a imediata revogação da regra de dedução que o actual PSU obtém no cálculo do valor da ‘taxa de regulação’ anual – que constitui, de resto, um auxílio ilegal.

IV. Isenção para as empresas que não cumpram as regras de *financial standing* para participar nos concursos

40. E mesmo que esta empresa admita a existência de um fundo de financiamento sectorial apenas para a compensação parcial dos CLSU incorridos pelo prestador(es) que vier(em) a ser designado(s) por concurso (nas condições de controlo apertado referidas), entende que é fundamental que se preveja que certas classes específicas de empresas que, dada a sua situação ou posição no mercado global das comunicações electrónicas, sejam isentas de contribuir, por o encargo financeiro a suportar significar um impacto desproporcional nas suas contas.

41. E aqui deve estabelecer-se um paralelismo com os critérios de pré-qualificação exigidos nos projectos de caderno de encargos publicados pelo Governo em Novembro de 2011 (esperando-se que os definitivos sejam sujeitos a consulta pública) para participar nos concursos.

42. Se a *ratio* dos requisitos de capacidade financeira estabelecidos nos projectos de caderno de encargos publicados pelo Governo em Novembro de 2011 (esperando-se que os definitivos sejam sujeitos a consulta pública) – é a de assegurar que apenas podem ser prestadoras do SU, enquanto serviço essencial, empresas com uma solvabilidade financeira estável e duradoura – também essa deve ser a *ratio* que preside ao apuramento das empresas com obrigação de contribuir para o financiamento dos CLSU.

43. [CONFIDENCIAL]

44. [CONFIDENCIAL], para verificar se uma empresa tem *financial standing* para prestar o SU a partir do 4T 2012/2013, o que o Governo deveria verificar seriam os proveitos operacionais nos três anos anteriores – 2009, 2010 e 2011.

45. [CONFIDENCIAL]

46. O critério de isenção a prever tem de ser coerente com o critério de pré-qualificação exigido para participar nos concursos. Se certos operadores não podem ser designados de PSU, por não cumprirem as regras de *financial standing*, também não deverão ser chamados a contribuir para os CLSU, por os mesmos implicarem um encargo financeiro desproporcional à sua actividade, com consequências drásticas para a empresa e para a concorrência no mercado.

47. O Regulador Belga aceitou de certa forma esta realidade ao prever que o fundo de financiamento seria alimentado apenas por operadores que ofereçam a componente social do SU.

48. À semelhança, o Governo deve prever um critério de *isenção* no Projecto de Decreto-Lei que reflecta esta realidade.

V. Deve evitar-se a duplicação de reportes e harmonizar as regras do cálculo do volume de negócios e corrigir ambiguidades

49. Sem prejuízo das objecções de fundo levantadas em relação ao mecanismo de financiamento previsto no Projecto de Decreto-Lei, com o qual a Cabovisão está em absoluta discordância, no que toca ao apuramento dos contribuintes do fundo, a Cabovisão tem os seguintes comentários.

50. Em primeiro lugar, deve evitar-se uma duplicação de reporte de proveitos relevantes/volume de negócios ao ICP-ANACOM, devendo ficar assente que aos operadores de redes e serviços de comunicações electrónicas basta entregar uma única declaração de proveitos relevantes anual, a 30 de Junho. Portanto, com base nos proveitos relevantes declarados, apurar-se-iam, além do que é apurado actualmente – as taxas devidas ao regulador, o que a Cabovisão repudia⁶ – os montantes de contribuição a título de financiamento do SU.

51. Nessa medida, deveria aproveitar-se a presente oportunidade para harmonizar os critérios de apuramento dos proveitos relevantes dos operadores/volumes de negócios elegíveis, por forma a eliminar certas ambiguidades que actualmente existem, estabelecendo de uma vez por todas, que receitas devem ser deduzidos dos volumes de negócios.

52. Assim sendo, o artigo 5.º deve prever – e o método actual de apuramento dos proveitos relevantes previsto na Portaria nº 1473-B2008, de 17 de Dezembro (a aceitar-se que continue a vigorar, o que apenas por cautela se concede) deve ser alterado em conformidade – que para o cálculo do volume de negócios das empresas não são consideradas:

- as receitas provenientes de actividades não relacionadas com a oferta de redes de comunicações públicas e ou serviços de comunicações electrónicas ao público,
- receitas provenientes da prestação de serviços a entidades do Grupo respeitantes a comunicações electrónicas, e
- as receitas provenientes de actividades desenvolvidas fora do território nacional.

⁶ Isto dito porém, sublinhe-se como nota final que, tal como tem vindo a reiterar sucessivamente junto das instâncias judiciais, a **Cabovisão não concorda com o princípio básico de que as ditas taxas sejam calculadas com base no volume de negócios dos operadores**, defendendo que essas taxas devem ser calculadas com base no custo subjacente, isto é, no encargo que cada operador causa ao Regulador (segundo o princípio do utilizador-pagador). O cálculo das 'taxas de regulação' com base nos volumes de negócios das empresas constitui um verdadeiro imposto, ilegal e contrário ao Direito da União Europeia, e não deve, por isso ser aceite.

Nesses termos, se findos os processos judiciais em curso os tribunais decidirem pela ilegalidade do actual método de cálculo das taxas de regulação segundo os proveitos relevantes, então os proveitos relevantes devem deixar de ser considerados para efeitos do apuramento das taxas, criando-se um novo método, o que não invalida que se mantenha a obrigação de entrega da declaração de proveitos relevantes anual para efeitos de contribuição para o financiamento dos CLSU.

53. Por uma questão de equidade, não devem ser deduzidas nem as receitas decorrentes da venda de terminais, nem as receitas decorrentes do aluguer de terminais. É discriminatório e tem efeitos anticoncorrenciais que se permita a dedução das receitas provenientes da venda de terminais, mas não se permita a dedução das receitas provenientes do aluguer de equipamentos terminais, porquanto isso beneficia necessariamente mais umas empresas em detrimento de outras. Ou se prevê ambas, ou se eliminam ambas.

VI. O apuramento das empresas com obrigação de contribuir e o volume de negócios elegível para o cálculo das contribuições

54. Quanto ao artigo 5.º do Projecto de Decreto-Lei – o apuramento das empresas com obrigação de contribuir para o fundo – o único comentário que se oferece é que, além da regra do peso de 1% do volume de negócios da empresa, se deve incluir a regra da isenção de contribuição para o fundo das empresa que não tenham *financial standing* para serem designados de prestador do SU, nos termos da regra estabelecida no projecto de caderno de encargos publicado em Novembro de 2011.

55. Ao artigo 5.º deve ser aditado um novo preceito que disponha uma regra de isenção de contribuição, coerente com o critério de pré-qualificação exigido para participar nos concursos de designação do SU. Como anteriormente referido: se uma empresa não pode ser designada prestadora do SU, por não cumprir as regras de *financial standing*, também não pode ser chamada a contribuir para os CLSU, por os mesmos implicarem um encargo financeiro desproporcional à sua actividade, com consequências drásticas.

56. Quanto ao artigo 7.º do Projecto de Decreto-Lei, a Cabovisão saúda a decisão do Governo vertida no n.º2 do artigo 7.º do Projecto de Decreto-Lei no sentido de

que ao volume de negócios devem ser deduzidos os pagamentos efectuados a outras entidades, fora do grupo, pela prestação de serviços grossistas.

57. Esta regra é absolutamente vital para empresas de menor dimensão e com menos economias de escala como a Cabovisão. E é a única forma de compensar a opção do legislador pelo volume de negócios enquanto medida para determinar o montante da contribuição a pagar.

58. Isto é, em bom rigor, seria em teoria mais justo que o Artigo 7.º dispusesse que no cálculo do montante das contribuições de cada operador se tivesse em conta não os volumes de negócios/receitas, mas sim os resultados operacionais porque isso permitiria reflectir os ganhos de escala de que beneficiam as empresas de maior dimensão. É que devido às economias de escala que caracterizam esta indústria, como os operadores de maior dimensão são os que beneficiam de maiores margens operacionais deveriam ser esses, em teoria, os que mais contribuiriam.

59. Porém, e admitindo que a medida dos resultados operacionais é pouco transparente e difícil de apurar, a Cabovisão não se opõe a que (caso não prevaleça a sua posição de que o financiamento dos CLSU não deve ser suportado pelos operadores) seja tomado em consideração o volume de negócios como medida para calcular as contribuições devidas ao fundo.

60. Mas para compensar a decisão de se optar pela medida do volume de negócios – e atenuar os efeitos dos ganhos de escala – é *essencial* que seja mantida a regra prevista no n.º 2 do artigo 7.º do diploma.

VII. O MECANISMO DE RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE OPERADORES ESTABELECIDO NO ARTIGO 11.º N.º 4 É INACEITÁVEL

61. A Cabovisão opõe-se veementemente à solução vertida no n.º 4 do artigo 11.º do Projecto de Decreto-Lei que impõe aos operadores cumpridores a assunção da

responsabilidade pelos actos dos operadores incumpridores. Além de distorcer totalmente a forma de repartição do financiamento estabelecida no artigo 7.º, é absolutamente inaceitável que se crie um mecanismo de responsabilidade solidária entre operadores. O Estado não pode obrigar aos operadores cumpridores a assumir a responsabilidade pelos actos ou omissões de operadores incumpridores. Trata-se de uma transferência de património entre empresas concorrentes ou mesmo de um financiamento de uns operadores aos outros.

- 62.** No ordenamento jurídico português, a responsabilidade civil por acto de terceiro é claramente *excepcional*, apenas existindo nos casos (contados) previstos na lei e pressupondo, em todos eles, a existência de uma *especial relação* entre o responsável e o terceiro (por exemplo, é o que sucede com a responsabilidade do comitente pelos actos do comissário ou do devedor pelos actos dos seus representantes legais ou auxiliares).
- 63.** Entre os diferentes operadores não existe qualquer relação capaz de justificar o afastamento da regra geral segundo a qual cada sujeito responde pelos seus actos.
- 64.** Em face do exposto, e tendo presente que a solução consagrada neste projecto de diploma para o fundo de compensação se deve configurar, no que respeita a em matéria de responsabilidade civil, como de carácter excepcional, a norma em causa levanta dúvidas do ponto de vista da respectiva conformidade com a Constituição, desde logo com o princípio da proporcionalidade porquanto, além de existirem outras alternativas, não ser proporcionado fazer pesar sobre os operadores de telecomunicações obrigados a contribuir para o fundo de compensação do SU que cumpram integralmente as prestações a que se acham vinculados, o risco, exclusivo, de suportar, em nome do interesse geral, o incumprimento de terceiros que se achem adstritos ao mesmo tipo de obrigações.
- 65.** A solução em causa pode ainda chocar com o direito de livre iniciativa económica privada (art.º 61.º da C.R.P.), na medida em que pode contribuir para limitar ou

condicionar o acesso a este segmento de actividade económica (liberdade de criação de empresa, liberdade de investimento ou liberdade de estabelecimento.

66. Não havendo pagamento voluntário dentro do prazo determinado, cabe ao Estado adiantar o pagamento ao prestador do SU e exercer o seu direito de regresso contra o operador em falta.

67. A norma imposta peca igualmente por não prever qualquer solução para o caso de uma insolvência. Seria inédito no Direito Português uma situação em que, por insolvência de uma empresa, as demais empresas, além de incorrerem nas perdas comerciais associadas (porquanto neste sector não é invulgar a existência de créditos entre operadores), fossem obrigadas ao pagamento acrescido de uma taxa que não lhes era exigida, acabando assim por traduzir-se num imposto totalmente injusto e criando a favor do PSU uma espécie de seguro ilimitado contra o risco de insolvência de um dos financiadores do SU, às custas dos demais operadores-financiadores.

68. Cabe, pois ao Estado, assumir a responsabilidade do não pagamento de uma contribuição por parte de um operador, sendo que, além do direito de regresso contra esse operador, tem ainda o poder de aplicação das sanções contra-ordenacionais previstas na Lei n.º 51/2011, de 13 de Setembro, podendo prever que o produto das coimas aplicadas reverte para o fundo, como recompensa dos operadores cumpridores, actuando assim como um desincentivo do incumprimento.

VIII. COMENTÁRIOS FINAIS

69. Como notas finais, a Cabovisão aproveita para saudar a solução vertida no n.º 3 do artigo 8.º do Projecto de Decreto-Lei, que remete para o artigo 15.º, n.º 1 alínea d), no sentido de prever que os valores relativos à remuneração a pagar ao Estado pela prestação do serviço de uma lista telefónica completa e do serviço completo

de informação de listas constituem recursos do fundo, devendo no entanto ficar claro que estes se destinam *integralmente* a compensar os eventuais CLSU que representem um encargo excessivo, e portanto aliviando, *pro rata*, as contribuições teoricamente devidas pelos restantes contribuintes.

Ainda em relação ao artigo 8.º do Projecto de Decreto-Lei, questiona-se porque razão é que ao montante dos CLSU a repartir pelas entidades obrigadas a contribuir para o fundo são deduzidos apenas os juros compensatórios a que se refere o artigo 9.º e as receitas previstas nas alíneas c) e d) do n.º 1 do artigo 15.º e não, também, os juros de mora. Deve incluir-se, nessa norma, também as receitas da alínea b) n.º 1 do artigo 15.º, sob pena de tais juros de mora acabarem por funcionar como um rendimento líquido do fundo, cujo propósito e destino se desconhece.

Palmela, 24 de Abril de 2012