

# Consulta pública sobre o projecto de decreto-lei que institui o fundo de compensação do serviço universal de comunicações electrónicas

Comentários da Optimus – Comunicações, S.A.

24-04-2012

## Índice

I.	Sumário Executivo.....	3
II.	Comentários.....	5
1.	<i>Da aplicação do fundo para compensar o actual prestador do SU (artigo 16º).....</i>	5
1.1.	<i>A obrigação de contribuição para o financiamento do CLSU eventualmente incorrido pelo actual prestador do serviço universal viola a Directiva Serviço Universal.....</i>	5
1.2.	<i>A nulidade do acto de designação da PTC como prestadora do serviço universal.....</i>	11
1.3.	<i>A obrigação de contribuição para o financiamento do CLSU eventualmente incorrido pelo actual prestador do serviço universal viola o princípio da protecção da confiança legítima.....</i>	14
2.	<i>Responsabilidade solidária de pagamento (artigo 11º).....</i>	17
2.1.	<i>Da desadequação da responsabilidade solidária do ponto de vista regulatório.....</i>	17
2.2.	<i>Da (des)conformidade com o regime de responsabilidade civil por acto de terceiro.....</i>	18
2.3.	<i>Das alternativas de alocação de receitas ao fundo.....</i>	19
3.	<i>Cálculo do valor das contribuições e o seu pagamento.....</i>	21
3.1.	<i>Empresas com obrigação de contribuir para o fundo de compensação (artigo 5º).....</i>	21
3.2.	<i>Critérios de repartição dos custos líquidos do serviço universal (artigos 6º e 7º).....</i>	24
3.3.	<i>Avaliação de Encargo Excessivo e direito a compensação (artigo 8º).....</i>	27
3.4.	<i>Calendário de apuramento das contribuições e de transferência para o prestador do SU (artigo 8º, 9º, 10º e 12º).....</i>	28

## I. Sumário Executivo

1. O projecto de decreto-lei posto a consulta pública traduz a opção política de não financiar o custo líquido do serviço universal de comunicações electrónicas através de fundos provenientes do orçamento do Estado, impondo tal encargo exclusivamente aos operadores do sector. A Optimus não se revê nesta opção porque actividade deste sector tem um efeito multiplicador, que beneficia sobretudo a sociedade como um todo (cidadãos, famílias e empresas), sendo que o exercício desta actividade, para além da sujeição aos impostos e taxas aplicáveis transversalmente a todos os sectores económicos, é onerado de um modo especial, por um conjunto significativo de taxas sectoriais específicas elevadas. Mas esta não é naturalmente a sede para reflectir sobre esta opção.

2. Já no que se refere a algumas das soluções adoptadas no projecto, a Optimus manifesta a sua discordância porque as mesmas consubstanciam graves violações dos seus direitos e posições jurídicas que não podem deixar de ser analisadas em profundidade.

3. Referimo-nos, em primeiro lugar, ao facto de se estabelecer que o fundo de compensação deverá ser accionado para compensar os eventuais custos líquidos incorridos pelo actual prestador do serviço universal que não foi designado na sequência de um concurso. O Estado pretende utilizar uma faculdade prevista na lei (a de exigir aos operadores que financiem o eventual custo líquido) quando não recorreu ao mecanismo previsto na mesma lei (o de um procedimento concorrencial) para designar o prestador em causa. Trata-se de um “*cherry picking*” legal que causa maior surpresa à Optimus, violando de forma ostensiva o direito da União Europeia.

4. Por outro lado, a Optimus considera que a designação do actual prestador do serviço universal é um acto nulo, pelo que é insusceptível de produzir quaisquer efeitos de direito, designadamente o de ser invocado perante terceiros operadores, sobretudo para lhes exigir que contribuam para o financiamento do serviço em causa.

5. Finalmente, esta exigência viola o princípio da protecção da confiança legítima, porque a solução introduzida agora pelo projecto está em contradição com o enquadramento jurídico aplicável à designação do prestador do serviço universal e ao modo do financiamento, em vigor desde finais dos anos 90 e que a Optimus sempre teve presente na sua actividade.

6. Uma segunda violação grave dos interesses da Optimus reside na regra da solidariedade dos operadores que estão obrigados a contribuir para o fundo de compensação, obrigando os operadores cumpridores a satisfazerem as obrigações dos operadores faltosos, por via de um empréstimo ao fundo que se pode traduzir numa contribuição a “fundo perdido”. No presente documento a Optimus apresenta alternativas mais adequadas de um ponto de vista de política de regulação e jurídico, que, não introduzindo distorções no mercado e discriminação entre os operadores, asseguram o financiamento do custo líquido do serviço universal.

7. Por último, a Optimus apresenta várias propostas alteração de redacção do projecto, visando clarificar alguns aspectos ou aperfeiçoar soluções, designadamente no que respeita à delimitação objectiva das componentes de receitas que concorrem para o apuramento do volume de negócios relevante para apurar as contribuições devidas ao fundo de compensação.

## II. Comentários

### 1. Da aplicação do fundo para compensar o actual prestador do SU (artigo 16º)

#### 1.1. A obrigação de contribuição para o financiamento do CLSU eventualmente incorrido pelo actual prestador do serviço universal viola a Directiva Serviço Universal

Conforme se anunciou acima, a Optimus considera que o Estado pretende utilizar uma faculdade prevista no direito da União Europeia (a de exigir aos operadores que financiem o eventual custo líquido) quando não recorreu ao mecanismo previsto no mesmo regime jurídico (o de um procedimento concorrencial) para designar o prestador em causa. É o que se pretende demonstrar na presente secção.

Na verdade, nos termos estabelecidos no artigo 16.º do projecto, o Fundo deverá igualmente ser accionado para compensação do eventual CLSU incorrido até ao início da prestação do serviço universal por operador (es) designado(s) na sequência de concurso, ou seja, pelo actual prestador do serviço universal.

Ora, esta disposição do projecto (bem como a parte final do seu artigo 1.º que remete para aquele preceito) viola os artigos 3.º, n. 1, 8.º, n.º 2, 12.º e 13.º e o anexo IV da Directiva 2002/22/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março de 2002, relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações electrónicas, alterada pela Directiva 2009/136/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Novembro de 2009 ("Directiva Serviço Universal").

Resulta inequívoco das citadas disposições desta directiva que a possibilidade de os operadores serem obrigados a contribuir para um fundo destinado a financiar o CLSU se encontra indelevelmente ligada à regra de que o(s) respectivo(s) prestador(es) deve(m) ser designado(s) através de um procedimento concorrencial.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> No artigo 8.º, n.º 2, primeira parte, da Directiva Serviço Universal estabelece-se que o mecanismo de designação deve ser "eficaz, objectivo, transparente e não discriminatório, em que nenhuma empresa esteja *a priori* excluída da possibilidade de ser designada". Lê-se no considerando 14 da mesma directiva

Com efeito, a obrigação de prestação do serviço universal traduz-se necessariamente, na lógica da Directiva Serviço Universal, na possibilidade de sujeitar os operadores ao encargo de o prestar (assumido voluntariamente ou não)<sup>2</sup> e ao encargo de contribuir para o seu financiamento através de “mecanismo de repartição” (artigos 12.º e 13.º, n.º 1, alínea b), e n.º 2 da Directiva Serviço Universal).<sup>3</sup>

Mas analisemos em termos mais precisos e detalhados a subsistência desse *link* entre designação concorrencial do prestador de serviço universal e imposição da contribuição para o fundo de compensação do CLSU.

A decisão de um Estado membro de designar um ou mais operadores para garantir a prestação do serviço universal é susceptível de confrontar todos os operadores com a possibilidade de serem sujeitos às aludidas obrigações, designadamente à obrigação de contribuir para o financiamento do CLSU – é *susceptível* de gerar esse resultado, na medida em que o Estado pode optar por accionar o sistema de serviço universal, mas assumir, por via do seu orçamento, os custos respectivos; neste cenário, o serviço universal baseia-se no *financiamento público*.

Outros contornos assume a opção pública de remeter para o mercado o financiamento do serviço universal: surge-nos agora um modelo de *privatização de financiamento*, através dos operadores do mercado.

Ora, a exigência de designação do(s) prestador(es) do serviço universal em contexto concorrencial – que se impõe em qualquer caso, de financiamento público ou privado – cumpre neste segundo caso uma *exigência reforçada de tratamento não discriminatório*, uma vez que não se trata apenas de impedir que o Estado escolha livremente quem vai beneficiar de uma posição favorável, com exclusão dos demais. Trata-se, além disso, de impedir que o Estado escolha livremente o operador que vai beneficiar de uma posição favorável com custos directos para os operadores excluídos: o “ficar de fora do benefício” não representa só a perda do benefício em si mesmo; significa ainda a exigência de suportar um custo.

---

que “as obrigações de serviço universal podem ser, em alguns casos, atribuídas a operadores que demonstrem possuir os meios economicamente mais eficientes para proporcionar o acesso e os serviços, nomeadamente através de processos de selecção competitiva ou comparativa”. No artigo 99.º, n.º 3, da Lei das Comunicações Electrónicas (na sua versão original, quer na sua versão resultante da Lei n.º 51/2011, de 13 de Setembro) foi estabelecido o “concurso” como mecanismo de designação.

<sup>2</sup> Cfr. considerando 14 e artigo 8.º da Directiva Serviço Universal.

<sup>3</sup> Cfr. também considerandos 21 e 23 da mesma directiva.

Compreende-se pois que o sistema exija que todos e cada um dos operadores tenham a *chance* de se proporem a serem designados como prestador do serviço universal, não lhes podendo ser imposto, fora de um quadro concorrencial, um modo único de contribuírem para a prestação deste serviço<sup>4</sup>. Dizendo de outro modo, o sistema, tal como configurado, reclama que aos operadores seja dada a oportunidade de se candidatarem à prestação de serviço universal, na sequência de um procedimento concorrencial, ou, em alternativa ou em caso de não serem designados, de contribuírem para o financiamento do CLSU incorrido pelo(s) operador(es) designado(s).

A pretensão – fundada no direito da União Europeia e na lei portuguesa – de um operador se candidatar à designação como prestador do serviço universal (nos termos do mecanismo de designação desenhado de acordo com os princípios vertidos no artigo 8.º, n.º 2, da Directiva Serviço Universal)<sup>5</sup> exprime assim o direito do mesmo de organizar a sua actividade no quadro estatutário decorrente do pacote regulamentar, que inclui, nos seus termos, a possibilidade de ser onerado com a prestação do serviço universal e com a contribuição obrigatória para o financiamento do mesmo (designadamente escolhendo o modo como contribuirão para a prestação do serviço).

Por outro lado, e trata-se, também aqui, de um factor de enorme relevância, o mecanismo de designação concorrencial é o que, por natureza, assegura que o serviço universal será prestado do modo economicamente mais eficiente para proporcionar o acesso e os serviços com a qualidade definida pelo Estado, traduzindo-se, portanto, num custo líquido mais baixo possível (artigo 8.º, n.º 2, segunda parte da Directiva Serviço Universal).<sup>6</sup>

É incontroverso que os procedimentos concorrenciais, dada a contestabilidade que introduzem, são os que asseguram a maior devolução de valor à comunidade, forçando à apresentação das propostas mais eficientes (no caso, de propostas que ofereçam a prestação do serviço com um custo líquido nulo ou o mais baixo possível), isto é, que não exijam uma compensação a ser

<sup>4</sup> Recorde-se que o mecanismo de designação dos operadores com obrigações de serviço universal deve assegurar que “nenhuma empresa seja *a priori* excluída da possibilidade de ser designada” (artigo 8.º, n.º 2, primeira parte, da Directiva Serviço Universal).

<sup>5</sup> Cfr. artigo 4.º, n.º 2, alínea b), da Directiva 2002/20/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março de 2002, relativa à autorização de redes e serviços de comunicações electrónicas, alterada pela Directiva 2009/140/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Novembro de 2009 (“Directiva Autorização”).

<sup>6</sup> Dispõe a segunda parte do n.º 2 do artigo 8.º da directiva: “Esses métodos de designação [do(s) prestador(es) do serviço universal] devem assegurar a oferta do serviço universal de modo economicamente eficiente e podem ser utilizados como meio para determinar o custo líquido da obrigação de serviço universal nos termos do artigo 12.º”.

suportada pelo orçamento do Estado ou pelos operadores do sector (com a inerente repercussão nos utilizadores), ou que reduzam tal contribuição ao mínimo valor possível.<sup>7</sup>

O *output* da maior eficiência económica garantido pelos procedimentos concorrenciais, expressamente salientado na segunda parte do n.º 2 do artigo 8.º da Directiva Serviço Universal está em linha com a circunstância de a mesma directiva prever a possibilidade de impor aos operadores a obrigação de contribuírem para o financiamento do custo líquido do serviço universal, assegurando que tal contribuição apenas ocorrerá se e *na medida* em que a prestação do serviço universal de modo economicamente eficiente determinar um custo líquido excessivo.

Nestes termos, a observância de um mecanismo de designação concorrencial constitui, afinal, um instrumento que assegura aos operadores que o CLSU, cujo financiamento lhes pode ser imposto, se situará no valor mais baixo possível: quer pela contestabilidade inerente a um procedimento concorrencial, quer pela possibilidade de um operador se propor a prestar tal serviço no âmbito deste procedimento, contribuindo ele próprio para aumentar a contestabilidade no procedimento.

O direito de um operador participar nesse procedimento concorrencial visa também, *nesta dimensão da maior eficiência económica*, permitir-lhe organizar a sua actividade em face da possibilidade de lhe ser imposta a obrigação de contribuir para o financiamento do CLSU, optando (se for o caso) por repousar nos resultados do procedimento ou por apresentar uma proposta para a prestação do serviço o mais competitiva possível, ficando sujeito à obrigação de prestar o serviço e (se for o caso) titular do direito a ser ressarcido dos custos líquidos excessivos incorridos (ainda que contribua ele próprio também para o respectivo financiamento).<sup>8</sup>

<sup>7</sup> Apenas é necessário estabelecer um mecanismo de financiamento do custo líquido das obrigações do serviço universal “nos casos em que se demonstre em que as obrigações só podem ser asseguradas com prejuízo ou com um custo líquido que ultrapassa os padrões comerciais normais” – cfr. considerando 18 da Directiva Serviço Universal. A recuperação do custo líquido “através de fundos públicos é um dos métodos mais eficientes de recuperação dos custos líquidos (...). Também é razoável que os custos líquidos apurados sejam repartidos por todos os utilizadores de forma transparente, mediante a imposição de taxas às empresas” – cfr. considerando 21 da mesma directiva.

<sup>8</sup> Saliencia-se que o acaba de ser exposto não é de modo algum (bem pelo contrário) infirmado pela a circunstância de, apesar de a adopção de um procedimento concorrencial ser o único mecanismo válido de designação do prestador do serviço universal, o artigo 12.º, n.º 1, da Directiva Serviço Universal apenas admitir a possibilidade (sem, por conseguinte, o impor) de o “custo líquido identificado no âmbito do mecanismo” do procedimento concorrencial (ou do concurso, como decorre do artigo 95.º, n.º 1, alínea b) da Lei das Comunicações Electrónicas) servir para calcular o CLSU relevante para efeito do respectivo financiamento.

A alternativa de calcular o CLSU através dos critérios estabelecidos na parte A do Anexo IV da Directiva Serviço Universal, e de sujeitar a auditoria independente as contas e outras informações que servem de base para aquele cálculo (cfr. artigo 12.º, n.º 1, alínea a), e n.º 2), apenas permite aferir o custo líquido



A ligação indelével da regra de que o(s) prestador(es) do serviço universal deve(m) ser designado(s) através de um procedimento concorrencial com a possibilidade de os operadores serem obrigados a contribuir um mecanismo de financiamento do CLSU, que acaba de se expor, foi reconhecida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia nos seus acórdãos de 7 de Outubro de 2010 (Processo C – 154/09 - *Comissão Europeia vs. República Portuguesa*) e de 19 de Junho de 2008 (Proferido C-220/07 - *Comissão Europeia vs. República Francesa*).

No acórdão de 7 de Outubro de 2010, o TJUE decidiu que “a República Portuguesa, ao não ter transposto adequadamente, para o direito nacional, as disposições do direito da União que regulam a designação do prestador ou prestadores do serviço universal e, em qualquer caso, ao não ter assegurado a aplicação prática dessas disposições, não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força dos artigos 3.º, n.º 2, e 8.º, n.º 2, da Directiva 2002/22/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março de 2002, relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações electrónicas (directiva serviço universal)”.

No parágrafo 44 do mesmo aresto afirma-se que as disposições da Lei das Comunicações Electrónicas ali em crise “implicam necessariamente a exclusão de todas as outras empresas potencialmente interessadas em fornecer o serviço universal” e que tal mecanismo de designação não respeita, não apenas o artigo 3.º, n.º 2, da Directiva Serviço Universal, mas também o citado artigo 8.º, n.º 2, da mesma directiva, remetendo o acórdão, neste passo da sua fundamentação, “por analogia” (sic) para o acórdão proferido no processo n.º C-220/07 - *Comissão Europeia vs. República Francesa*.

Neste acórdão de 19 de Junho de 2008 (proferido no processo n.º C-220/07), o TJUE considerou que a disposição da lei francesa objecto de censura punha ainda em causa os objectivos de rentabilidade e de eficácia que deverão ser observados no cálculo do CLSU e no financiamento

---

incurrido e a veracidade e rigor dos pressupostos utilizados, mas de modo algum permite concluir que a prestação do serviço universal foi organizada e realizada do modo economicamente mais eficiente. Neste sentido, veja-se o teor da citada parte A do Anexo IV da Directiva Serviço Universal onde não se encontra qualquer referência, directa ou indirecta, à eficiência do modo como foi efectivamente prestado o serviço universal, mas exclusivamente que “serão utilizados todos os meios para assegurar incentivos adequados, de modo a que as empresas (designadas ou não) cumpram as obrigações de serviço universal de forma economicamente eficiente.” Na mesma linha, dispõe o artigo 96.º da Lei das Comunicações Electrónicas. Deve ainda ter-se presente a eventualidade de o procedimento concorrencial ficar deserto e ser necessário impor aos operadores a obrigação de prestar o serviço universal (cfr. supra nota 3) – é neste sentido que no trecho citado do Anexo IV são referidas as “empresas (*designadas ou não*)” (realce aditado). A conclusão de que a prestação do serviço universal foi organizada e realizada do modo economicamente mais eficiente, na verdade, apenas é possível de extrair através do recurso a um procedimento concorrencial.

das obrigações deste serviço. Afirma-se no seu parágrafo 33 que o mecanismo de designação da empresa prestadora em questão «...não garante que a prestação do serviço universal cumpra os critérios de rentabilidade e de eficácia e, por outro lado, afigura-se susceptível de criar uma distorção da concorrência no mercado das comunicações».

No parágrafo 45 do aresto lê-se que a disposição da lei francesa sob escrutínio, “que exclui certas empresas do procedimento de designação, é de molde a pôr igualmente em causa os objectivos de rentabilidade e eficácia que devem ser observados no âmbito do cálculo do custo líquido do serviço universal e do financiamento das obrigações do mesmo serviço, em conformidade com os princípios enunciados nos artigos 12.º e 13.º bem como no anexo IV da directiva serviço universal.” E acrescenta-se que a mesma disposição legal impede as autoridades reguladoras nacionais de avaliar a situação concorrencial real no mercado de telecomunicações e de tomar em consideração alternativas que possam ser mais rentáveis numa determinada parte do território nacional (cfr. parágrafo 46 do citado acórdão). O TJUE acolheu, pois, também, expressamente o entendimento da Comissão de que o procedimento previsto na lei francesa não respeitava os princípios de rentabilidade e eficiência que decorrem dos artigos 12.º e 13.º, bem como do anexo IV da Directiva.

Conclui-se do exposto que, não tendo o actual prestador do serviço universal sido designado de acordo com o mecanismo do procedimento concorrencial previsto nos artigos 3.º, n.º 2, e 8.º, n.º 2, da Directiva Serviço Universal, o que “implicou necessariamente a exclusão de todas as outras empresas potencialmente interessadas em fornecer o serviço universal”, não pode o custo líquido excessivo eventualmente incorrido e reclamado por aquele prestador ser objecto de compensação através dos mecanismos estabelecidos nos artigos 12.º e 13.º da mesma directiva, designadamente através de contribuições pagas pelos demais operadores de comunicações electrónicas.

Nestes termos, o artigo 16.º do projecto viola as disposições dos artigos 3.º, n.º 2, 8.º, n.º 2, 12.º e 13.º da Directiva Serviço Universal (e não está em conformidade com o disposto nos artigos 95.º, 97.º e 99.º da Lei das Comunicações Electrónicas). Em consequência, a Optimus está convicta que o Estado português abandonará esta solução, tal a sua ostensiva violação do direito da União e do direito nacional, com a agravante de se recusar a retirar todos os efeitos do Acórdão de 7 de Outubro de 2010 (Processo C – 154/09 - *Comissão Europeia vs. República Portuguesa*).

Caso tal não suceda, hipótese que apenas uma atitude de lealdade obriga a equacionar, a Optimus informa que não deixará de recorrer a todos os meios administrativos e judiciais, perante

as instâncias nacionais e da União Europeia, impugnando com tal fundamento qualquer contribuição que lhe venha a ser exigida a este título.

## **1.2. A nulidade do acto de designação da PTC como prestadora do serviço universal**

A conclusão enunciada *supra* em II.1.1 é, ela mesma, muito mais do que suficiente para determinar a eliminação dos artigos 16.º e 17.º do projecto, e para vedar ao Estado português a adopção de qualquer medida que tenha por efeito a contribuição dos operadores para o financiamento do CLSU eventualmente incorrido pelo actual prestador do serviço universal.

Mas por uma via distinta e autónoma chega-se também a idêntica conclusão. É que o acto que designa o actual prestador do serviço universal (a PTC) é, enquanto tal, nulo porque traduz o exercício de um poder ou faculdade em que o Estado português não estava investido. A ineficácia absoluta (resultante da nulidade) da designação da PTC como prestadora do serviço universal impede o Estado, ou qualquer outra entidade pública, de pretender invocar tal acto perante terceiros, sobretudo perante os operadores do sector com o propósito de lhes exigir o pagamento de eventuais encargos excessivos incorridos com a prestação daquele serviço.

A prestação do serviço universal pela PT – Comunicações, S.A. (“PTC”), que sucedeu à posição contratual da Portugal Telecom, S.A, tem na sua origem próxima o contrato de concessão de serviço público, celebrado nos termos e de acordo com as bases anexas ao Decreto-Lei n.º 40/95, de 15 Fevereiro. Tal exploração foi concedida por um período de 30 anos (artigo 6.º das Bases da concessão). Prevendo-se já o futuro processo de liberalização do sector, ficou desde logo estabelecido que, uma vez verificada a limitação ou perda dos exclusivos fixados para a prestação de certos serviços, continuaria a PT a prestar os mesmos “em termos de serviço universal” (artigo 4.º, n.º 4 das Bases da concessão).

Posteriormente, seria aprovada a Lei n.º 91/97, de 1 de Agosto (Lei de Bases das Telecomunicações) que fixou em Janeiro de 2000 a liberalização plena do sector em Portugal, abrangendo a prestação do serviço fixo de telefone e a instalação, estabelecimento e exploração das redes de telecomunicações que o suportam, na sequência da Decisão da Comissão 97/310/CE, de 12 de Fevereiro de 1997 (relativa à concessão de períodos de execução adicionais a Portugal para a transposição das Directivas 90/388/CEE e 96/2/CE no que diz respeito à introdução da plena concorrência nos mercados das telecomunicações).

Em desenvolvimento desta lei, e cumprindo o dever de transposição das directivas comunitárias então em vigor (designadamente da Directiva 97/33/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de Junho de 1997, e da Directiva 98/10/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Fevereiro), foi aprovado o Decreto-Lei n.º 458/99, de 5 de Novembro, que define o âmbito do serviço universal e regula os termos da sua prestação.

Este diploma já previa os termos da possibilidade de criação de um fundo de compensação pelas margens negativas inerentes à sua prestação, e para o qual contribuían as entidades que explorassem redes públicas de telecomunicações e os prestadores de serviço telefónico fixo e móvel (artigo 14.º, n.º 1). Do mesmo passo, recorde-se, sujeitava a concurso a designação do prestador do serviço universal (artigo 9.º, n.º 1).

Contudo, no artigo 23.º do mesmo Decreto-Lei n.º 458/99 estipulou-se que “a Portugal Telecom, S.A., é designada como prestador de serviço universal de telecomunicações, no prazo de vigência do contrato de concessão de serviço público de telecomunicações”, e que, findo este prazo, o prestador do serviço universal passaria a ser designado nos termos do citado artigo 9.º do diploma, isto é, por concurso (cfr. n.ºs 1 e 2 do artigo 23.º).

Ou seja, em 1999, o Governo, ao regular o serviço universal, em desenvolvimento da Lei de Bases de 1997 e cumprindo o dever de transposição das mencionadas directivas, pretendeu simultaneamente renovar a atribuição do serviço universal à PT, não por um período razoável adequado ao processo de liberalização então em curso a nível comunitário e nacional, mas por um período que, na prática, inviabilizava que durante mais de duas décadas os novos operadores que viessem a entrar no mercado tivessem a possibilidade de ser designados prestadores do serviço universal.

Ou seja, apesar de estar confrontado com aquelas directivas que apontavam para a designação do prestador do serviço universal através um procedimento que assegurasse a progressiva introdução de concorrência (que foi traduzido no mesmo diploma como um procedimento concursal), estabeleceu na parte final do mesmo diploma que tal designação só ocorreria no termo da concessão do serviço público (criando já a ambiguidade jurídica a que se refere o citado acórdão do TJUE, de 7 de Outubro de 2010, proferido no processo n.º C – 154/09, a propósito da Lei das Comunicações Electrónicas).

Ora, pelos motivos acima mencionados, e ainda pela indicação reconhecida pelo próprio legislador de que a designação do prestador do serviço universal implicaria um concurso, impõe-se concluir

que o acto de designação da PT como prestadora exclusiva do serviço universal durante todo o período da concessão (fixado, por seu turno, em 30 anos) é nulo, por consubstanciar o exercício de um poder ou faculdade de que o Estado já não dispunha com aquela extensão, criando um direito exclusivo de prestação do serviço universal por um prazo não consentido pelo direito comunitário então em vigor.<sup>9</sup>

Em 2002 foi concluído o processo de revisão do quadro regulamentar europeu, tendo sido publicada, entre outras, a já mencionada Directiva Serviço Universal (Directiva 2002/22/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março de 2002), com o conteúdo recordado acima em II.1.1.

Em pleno decurso do prazo de transposição deste novo pacote regulamentar comunitário de 2002 que visava, recorde-se, num momento em que o sector já estava plenamente liberalizado, introduzir maior concorrência no mercado, o Estado vendeu a “rede básica de telecomunicações” à PTC o que determinou uma modificação profunda do contrato de concessão, que foi aprovada pelo Decreto-Lei n.º 31/2003, de 17 de Fevereiro.

Ora, apesar deste contexto marcado pelo novo quadro regulamentar comunitário, nesse processo de profunda alteração do contrato de concessão, o Estado optou por manter incluída no âmbito da concessão, por todo o prazo da sua duração, a prestação do serviço universal. Nesse momento, o Estado optou – agora já em plena vigência de todo o quadro normativo que o proibia de assim proceder – por insistir na atribuição de uma posição de exclusivo fora de qualquer enquadramento concorrencial.

Com efeito, à semelhança do que ocorrera com a legislação aprovada em 1999, e apesar do disposto nos artigos 22.º, alínea b), e 86.º a 100.º da Lei das Comunicações Electrónicas, que procede à transposição daquele “pacote regulamentar”, nos artigos 121.º e 124.º da mesma lei foi mantida a designação da PTC como prestadora, em exclusivo, do serviço universal, até ao termo do contrato de concessão, ou seja, até 2025 – trata-se das disposições que o citado acórdão do TJUE, de 7 de Outubro de 2010, proferido no processo n.º C – 154/09, considerou violarem a Directiva Serviço Universal.

Em conclusão, é inequívoco que a insistência ou a renovação da inclusão de um *direito exclusivo* de prestar o serviço universal, na modificação operada no contrato de concessão em 2003, configura um novo acto nulo – nulidade que se apresenta ainda mais *evidente*, por ocorrer num

<sup>9</sup> Saliente-se que, para além do Estado (naturalmente), a própria PTC, bem como a generalidade do mercado, conheciam e não podiam ignorar as mencionadas disposições do direito comunitário.

momento em que o Estado já não dispunha da faculdade de atribuir tal direito exclusivo e já não podia designar o prestador do serviço universal por outro mecanismo que não fosse o do procedimento concorrencial determinado nos artigos 3.º, n.º 2, e 8.º, n.º 2, da Directiva Serviço Universal. Do mesmo modo, a designação da PTC como prestadora do serviço universal, em exclusivo, até ao termo do contrato de concessão, ou seja, até 2025, constante dos artigos 121.º, n.º 3, e 124.º da Lei das Comunicações Electrónicas, configura um acto nulo por absoluta de carência de poderes do Estado, extravasando a sua capacidade de direito.

Em consequência, a designação da PTC como prestadora do serviço universal por um período de 30 anos (isto é após, 2000 e prolongando-se até 2025), ou a sua manutenção nessa qualidade em 2003 e em 2004, por idêntico prazo, é absolutamente ineficaz, pelo que é insusceptível de ser invocada pelo próprio Estado (ou qualquer outra entidade pública) perante terceiros, sobretudo perante os operadores do sector com o propósito de lhes exigir o pagamento de eventuais encargos excessivos incorridos com a prestação daquele serviço.

Na mencionada impugnação de qualquer contribuição que lhe venha a ser exigida a este título, caso a Optimus venha a ser confrontada com a necessidade de o fazer, arguirá, com os fundamentos expostos, as mencionadas nulidades.

### **1.3. A obrigação de contribuição para o financiamento do CLSU eventualmente incorrido pelo actual prestador do serviço universal viola o princípio da protecção da confiança legítima**

O regime de direito da União Europeia que se expôs supra em II.1.1 e 1.2. demonstra que, quer na vigência das directivas que precederam o quadro regulamentar comunitário de 2002 e que vigoravam à data da designação da PTC como *prestadora do serviço universal*, quer na vigência do “pacote regulamentar de 2002”, designadamente da Directiva Serviço Universal, e que vigorava à data da modificação do contrato de concessão em 2003 e que manteve aquela designação, bem como na vigência do Decreto-Lei n.º 458/99, de 5 de Novembro, e da Lei das Comunicações Electrónicas, aprovada pela Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro, a possibilidade de os operadores de comunicações electrónicas contribuírem para o financiamento do CLSU estava indelevelmente ligada à obrigação de o prestador do serviço universal ser designado na sequência de um procedimento concorrencial, mais concretamente de um concurso (foi deste modo que o legislador português sempre o concretizou) ao qual não podia *a priori* nenhum operador ser impedido de participar.

Foi neste quadro normativo que os operadores sempre tiveram presente, e foi de acordo com estas regras, a par das demais que foram enformando o sector, que a Optimus sempre organizou a sua actividade e foi definindo a sua estratégia empresarial.

A disposição do artigo 16.º do projecto viola o princípio da legítima confiança, na medida em que determina que os operadores, designadamente a Optimus, serão chamados a contribuir para o fundo de compensação para financiar o CLSU eventualmente incorrido pela PTC relativamente a um período anterior àquele em que ocorra a designação de prestador(es) de serviço universal através de concurso.

O princípio da tutela da confiança abrange não apenas a *lei retroactiva*, isto é, a lei que afecta posições jurídicas estabelecidas, ou mesmo encerradas, no passado, mas também a *lei retrospectiva*, que proclamando a sua aplicação para o futuro não deixa de afectar direitos ou posições radicadas na lei anterior.

De acordo com a jurisprudência do Tribunal Constitucional (cf. o Acórdão n.º 287/90, disponível em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)), é possível resumir do seguinte modo os requisitos que devem verificar-se para que se possa invocar uma violação do princípio da confiança: (i) o legislador adoptar comportamentos capazes de gerar nos particulares expectativas de continuidade; (ii) essas expectativas serem legítimas e justificadas; (iii) os particulares terem feito planos de vida tendo em conta a perspectiva de continuidade do comportamento do legislador; (iv) não ocorrerem razões de interesse público que justifiquem, em ponderação, a não continuidade do comportamento que gerou a expectativa dos particulares.

Em primeiro lugar não estão em causa simples expectativas, mas verdadeiros direitos e interesses legítimos da Optimus, isto é, o seu direito a que a imposição da obrigação de financiar o CLSU assente na prestação de um serviço universal atribuído através de concurso. Não pode, pois, deixar-se de reconhecer que o regime que se pretende introduzir viola uma consolidada expectativa de continuidade da situação jurídica constituída, de acordo com a qual não lhe seria exigida qualquer contribuição para financiar um eventual CLSU excessivo incorrido pela PTC, uma vez que esta não foi escolhida em ambiente concorrencial.

Em segundo lugar, é manifesto que fundando-se na lei, a expectativa da Optimus corresponde a um verdadeiro direito subjectivo e, nessa medida, não pode deixar de ser considerada legítima e justificada.

Em terceiro lugar, não pode igualmente questionar-se que a Optimus haja feito planos de vida na perspectiva da continuidade do comportamento do legislador ou, dito de outra forma, da manutenção em vigor do regime constante da Lei das Comunicações Electrónicas, aprovada pela Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro (e do Decreto-Lei n.º 458/99, de 5 de Novembro).

Surge como inquestionável o total investimento de confiança feito pela Optimus na continuidade destes regimes legais no que respeita a uma eventual obrigação de contribuir para o financiamento do CLSU em face da inexistência de um prestador do serviço universal designado através de concurso tal como previsto nos citados diplomas. Tanto mais que a Optimus (e, ao que se saiba, qualquer operador, nunca considerou tal contingência, quer nos seus planos de negócios, quer nas suas contas).

Por último, em quarto lugar, não pode ser invocada qualquer razão de interesse público, não arbitrária, susceptível de prevalecer sobre a confiança da Optimus (e eventualmente sobre os demais operadores) e justificar a aprovação de uma norma como a contida no artigo 16.º do projecto que viola o eu direito de propriedade privada. Uma eventual convicção do Estado (mesmo que errada, como se afigura à Optimus, até pelas razões acima sugeridas) de que estará confrontado com a necessidade de negociar vários aspectos do contrato de concessão com a PT (como decorre de várias notícias vindas a público) ou de pagar uma compensação a este operador por força da prestação do serviço universal, não pode ser feita, num Estado de Direito, em violação da lei e dos princípios, sendo sabido que a solução legal prevista no artigo 16.º do projecto não é a única para alcançar tais objectivos (a lei e a Directiva Serviço Universal admitem o recurso a fundos do orçamento do Estado).

Em conclusão: a norma contida no artigo 16.º do projecto viola o princípio da legítima confiança, pelo que, caso a mesma (ou medida de efeito equivalente) viesse a ser aprovada estaria ferida de inconstitucionalidade material, que a Optimus não deixaria de invocar, nomeadamente no âmbito da impugnação da obrigação de contribuir para o fundo de compensação para financiar o CLSU eventualmente incorrido pela PTC até à designação por concurso de prestador(es) de serviço universal.



## **2. Responsabilidade solidária de pagamento (artigo 11º)**

A Optimus ficou deveras surpreendida com a proposta plasmada no artigo 11º, nº 4 do projecto e discorda da mesma, uma vez que esta é claramente desadequada enquanto instrumento de intervenção regulatória no mercado, não se enquadra no regime de responsabilidade por acto de terceiro previsto no código civil e suscita mesmo dúvidas quanto à sua constitucionalidade.

### **2.1. Da desadequação da responsabilidade solidária do ponto de vista regulatório**

A Optimus não considera aceitável que as contribuições que não sejam pagas voluntariamente sejam suportadas, de forma rateada, pelas demais entidades com obrigação de contribuir para o fundo. Tal significaria uma sobrecarga indevida para as entidades cumpridoras e viola frontalmente os princípios da não discriminação, proporcionalidade e minimização das distorções de mercado, que, de acordo com os artigos 13.º da Directiva Serviço Universal e 97º, nº 3, da LCE subjazem à definição dos critérios de repartição do CLSU.

Com efeito, esta situação poderá levar a que entidades cumpridoras das suas obrigações enquanto prestadores dos serviços de comunicações tenham que vir a abandonar o mercado – no mínimo verã coarctada a sua capacidade de investir e de inovar, ou seja, de concorrer livremente – pelo facto de terem de assumir as obrigações de entidades inadimplentes, sem que tenham qualquer responsabilidade sobre as mesmas ou sequer capacidade de actuar ou antecipar o volume financeiro de tal responsabilidade.

No limite, tal disposição poderia implicar que um único operador suportasse a totalidade dos custos relativos à prestação do SU, o que, reitera-se, é discriminatório, desproporcional e provoca de forma óbvia distorções no mercado, operando como transferência de património ou financiamento entre concorrentes.

Esta situação causaria um ónus dificilmente passível de total reparação através de ajustamentos futuros ao valor a pagar. Naturalmente, não é indiferente pagar um montante numa única vez ou ao longo de vários anos. Este aspecto é ainda mais relevante quando são sobejamente conhecidas as dificuldades, restrições e custos de acesso a recursos financeiros.

Neste seguimento, a Optimus alerta para que a manutenção de tal mecanismo de responsabilidade solidária poderá redundar em desequilíbrios sérios no mercado em prejuízo do

seu nível de concorrência e actuar, assim, em sentido inverso à incumbência estadual e aos objectivos de regulação de promover a concorrência no sector dos serviços das comunicações.

Em aditamento ao que acaba de ser exposto, e em reforço da posição da Optimus, apresentam-se, de seguida, argumentos jurídicos que demonstram como a solução prevista no projecto não se encontra na lógica do sistema jurídico português.

## **2.2. Da (des)conformidade com o regime de responsabilidade civil por acto de terceiro**

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: é o que sucede com a responsabilidade do comitente pelos actos do comissário (art. 500.º do C.C.) ou do devedor pelos actos dos seus representantes legais ou auxiliares (art. 800.º, n.º 1 do C.C.).

Nos casos acabados de referir, é a circunstância de o comitente (por sua vontade, no seu interesse e para seu benefício) ter encarregado o comissário de uma qualquer comissão ou o facto de o devedor (por sua vontade, no seu interesse e para seu benefício) ter recorrido a terceiros para cumprir a sua obrigação que justifica a responsabilidade por facto de terceiro.

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.

A regra da solidariedade das obrigações mercantis visa a protecção do tráfego jurídico e, nessa medida, o seu campo de aplicação por excelência é constituído pelos casos de actuação directa conjunta, isto é, em que dois ou mais sujeitos actuam em conjunto perante terceiros. Do que se trata, por outras palavras, é de reforçar a tutela da confiança dos terceiros e, por essa via, promover a celeridade e a certeza do comércio jurídico.

A não ser assim, como sucede na situação em apreço, não existe razão que justifique o afastamento da regra da conjunção.

A inadequação da solução proposta é também evidenciada pela circunstância de a mencionada solução não ter sido consagrada entre nós a propósito de outros fundos de garantia, como sucede com o fundo de garantia dos depósitos e o fundo de garantia automóvel.

Por outro lado, a solução proposta é desnecessária.

Desde logo, e independentemente da existência de pagamentos em mora, no âmbito das fontes de recursos adicionais do fundo, saúda-se a inclusão dos valores a pagar pelo vencedor do concurso relativo às listas e serviços informativos. Em aditamento, a Optimus defende que os valores decorrentes do pagamento de penalidades financeiras que venham a ser impostas ao(s) prestador(es) do serviço universal, por violação das respectivas obrigações, constituam também receita do fundo.

### **2.3. Das alternativas de alocação de receitas ao fundo**

Acresce que a solução encontrada no projecto para acautelar a disponibilidade de fundos suficientes para proceder à compensação dos custos excessivos com a prestação do serviço universal – em face de incumprimentos – nem sequer é necessária.

Em primeiro lugar, porque o próprio sector das comunicações electrónicas gera receitas para o ICP-ANACOM<sup>10</sup>, como sejam as taxas pela *atribuição* e pela *utilização* de direitos de utilização de frequências e de números, sendo que as *taxas de utilização* configuram uma receita periódica renovável, de valor significativamente elevado. É sabido que estas receitas geram anualmente um excedente orçamental no ICP-ANACOM que é transferido para o Estado. Ora, se por um lado é certo que o fundamento para a cobrança destas taxas é a utilização diferenciada e particular que os operadores fazem de um bem público, é também certo que é a prossecução da sua actividade empresarial de prestação de serviços e redes de comunicações electrónicas que permite uma rentabilização dos mesmos recursos, que de outro modo não existiria.

O que significa que, à luz da opção política de financiar o CLSU através do sector, também deveriam, em primeira linha, os excedentes financeiros gerados pelo sector ser destinados a financiar o CLSU. O mesmo se aplica, por maioria de razão, ao valor de todas coimas aplicadas pelo Regulador no exercício da sua função de fiscalização do sector.

Em segundo lugar, e no caso de não se aceitar a solução preconizada acima, justificar-se-ia então que a satisfação das obrigações dos operadores faltosos fosse realizada por fundos públicos provenientes do orçamento do Estado.

Com efeito, a Directiva Serviço Universal permite o sistema de financiamento do CLSU resulte de uma combinação dos dois mecanismos: de fundos provenientes do orçamento do Estado e do

<sup>10</sup> Cfr. artigo 105.º, n.º 2, da Lei das Comunicações Electrónicas.

fundo para o qual contribuam os operadores.<sup>11</sup> A mesma possibilidade é expressamente admitida no artigo 97.º, n.º 1, da Lei das Comunicações Electrónicas.

E o financiamento de fundos provenientes orçamento do Estado encontra inclusivamente uma justificação de política de regulação particularmente robusta, no mínimo, nestas hipóteses. Começa-se por recordar que actualmente se discute com seriedade se não deveria ser a sociedade no seu todo a suportar o CLSU, por ser inegável o retorno que a colectividade no seu conjunto recebe de toda a actividade do sector das comunicações electrónicas (já se chamou à actual era a “civilização digital”). Discute-se também actualmente se todas as empresas do sector mais vasto das TIC não deveriam contribuir para o sector das comunicações electrónicas, sujeito a uma carga contributiva desproporcionada tendo em conta as externalidades que geram para aquelas indústrias e que, na sua generalidade, não estão sujeitas, de modo diferenciado, a tão pesada carga contributiva. Também esta linha de discussão sugere a legitimidade de imputar à sociedade no seu todo, pelo menos, alguma contribuição para o financiamento do CLSU.

Ora, decorre do exposto que, por maioria de razão, quando um operador, por qualquer vicissitude, não satisfaça a obrigação que lhe é imposta de contribuir para o Fundo, não há qualquer justificação para que o Estado não assuma a sua *posição de garante*, em linha, aliás, com a sua incumbência de assegurar a disponibilidade do serviço universal para todos os utilizadores finais (como se recorda, e bem, logo no início do preâmbulo do projecto).

Em conclusão: a Optimus defende que:

- 1) No âmbito das fontes de recursos adicionais do fundo, e independentemente da existência de pagamentos em mora, para além da inclusão, já prevista, dos valores a pagar pelo vencedor do concurso relativo às listas e serviços informativos, deverão também ser incluídos os valores decorrentes do pagamento de penalidades financeiras que venham a ser impostas ao(s) prestador(es) do serviço universal por violação das respectivas obrigações;
- 2) Pelo menos, os excedentes financeiros gerados pelo sector e que constituem receitas do ICP-ANACOM deverão ser afectados, nos termos do projecto, ao fundo de compensação do CLSU, excedentes estes que devem ser destinados, pelo menos, à satisfação das obrigações de contribuição não cumpridas, se e enquanto a obrigação não for cumprida pelo operador faltoso;

<sup>11</sup> Cf. considerando 21 e artigo 13.º da Directiva Serviço Universal.

- 3) No projecto deverá também ser previsto em alternativa a solução prevista na anterior alínea, ou em combinação com a mesma, que as prestações em falta, por inadimplemento dos prestadores faltosos, será satisfeita pelo Estado, que ficará credor do fundo de compensação;
- 4) Em caso algum, poderão os operadores a quem seja imposta a obrigação de contribuir para o fundo, e que efectivamente o façam, ser onerados com a obrigação adicional de satisfazer, temporária ou definitivamente, as obrigações dos operadores faltosos.

### **3. Cálculo do valor das contribuições e o seu pagamento**

A Optimus expõe de seguida comentários sobre os termos propostos no projecto para (i) a determinação das empresas do sector com obrigação de contribuir para o fundo, (ii) sobre os critérios de repartição dos custos líquidos do SU, (iii) sobre a avaliação do encargo excessivo e consequente direito de compensação, bem como (iv) sobre o calendário de apuramento das contribuições e o pagamento ao prestador(es) do SU.

#### **3.1. Empresas com obrigação de contribuir para o fundo de compensação (artigo 5º)**

A Optimus aceita que o método para identificar as empresas com obrigações de contribuição para o fundo tenha como referência as receitas provenientes da prestação de serviços de comunicações electrónicas.

Importa, todavia, que os critérios para apurar o valor daquelas receitas sejam transparentes, para além de não discriminatórios e auditáveis.

Neste seguimento, de modo a evitar ambiguidade e diferentes interpretações sobre as receitas auferidas pelas várias empresas que deverão ser consideradas receitas provenientes da prestação de serviços de comunicações electrónicas, a Optimus considera essencial que o decreto – lei: i) delimite objectivamente as componentes de receitas auferidas pelos prestadores de serviços de comunicações que poderão ser deduzidas ao volume global de negócios auferido por aquelas entidades; e ii) esclareça desde já que algumas componentes específicas de receitas são consideradas receitas da prestação de serviços de comunicações.

Note-se que a premência da explicitação referida tem um fundamento concreto e objectivo que assenta na experiência adquirida com o apuramento dos proveitos relevantes para efeitos de apuramento da taxa regulatória de actividade que os prestadores de serviços de comunicações electrónicas pagam anualmente ao ICP – ANACOM, prevista na Portaria n.º 1473-B/2008, de 17 de Dezembro, alterada e republicada pela Portaria n.º 291-A/2011, de 4 de Novembro (Portaria).

Na realidade, no âmbito das auditorias realizadas sobre os proveitos relevantes para efeito de apuramento da taxa regulatória, constatou-se que as componentes de receitas que estão a ser deduzidas ao volume global de negócios de cada entidade não são comuns.

De acordo com os resultados das auditorias divulgados pelo ICP-ANACOM aos proveitos relevantes de 2010 e reportados em 2011, há entidades que entendem que, face à previsão explícita de exclusão da venda de terminais, também podem e deduzem efectivamente, total ou parcialmente, as receitas provenientes de aluguer de equipamentos necessários à prestação de serviços de comunicações electrónicas, ainda que tal não esteja previsto na referida Portaria. A Optimus foi confrontada com esta realidade no 3º ano de reporte dos seus proveitos relevantes e admite-se, como hipótese, que outras componentes, não expressamente previstas na portaria como susceptíveis de exclusão, possam estar a ser deduzidas por algumas empresas. Naturalmente tal situação não é transparente e cria objectivamente distorções entre os prestadores e operadores.

Por isso, a Optimus entende que o decreto – lei agora em discussão deverá limitar e identificar em concreto as componentes de receitas que poderão ser deduzidas ao montante global do volume de negócios de cada uma das entidades prestadores de serviços de comunicações electrónicas, como por exemplo, as transacções intra-grupo, venda de terminais e publicidade. Este procedimento é, de resto, determinado pelos 12.º da Directiva Serviço Universal e 97º, nº 6, da LCE, os quais exigem que os critérios de repartição e os elementos do mecanismo utilizados sejam acessíveis ao público.

Na opinião da Optimus, as componentes de receitas a deduzir deverão ser minimizadas com o intuito de diminuir a susceptibilidade de diferentes interpretações sobre o efectivo perímetro de tais deduções.

Nesta oportunidade adianta-se desde já que a Optimus discorda que sejam deduzidas quaisquer receitas decorrentes do aluguer de equipamentos de suporte a serviços de comunicações.

As receitas dos prestadores de serviços de comunicações provenientes do aluguer de equipamentos são indissociáveis da prestação de serviços de comunicações no sentido em que as primeiras não existem sem a segunda. Por exemplo, o aluguer de *boxes* relativas ao serviço de televisão por subscrição ou de *modems* para acesso à Internet tem como condição necessária a prestação do respectivo serviço. Pois, tanto quanto é do conhecimento da Optimus, nenhum operador ou prestador de serviços aluga *boxes* ou *modems* que não visem suportar a sua própria oferta de serviço de televisão ou acesso à Internet.

Perante esta realidade do mercado, a Optimus entende que as receitas relativas ao aluguer de equipamentos deverão ser consideradas receitas provenientes da actividade de fornecedor de redes e serviços de comunicações electrónicas e como tal não deverão ser excluídas para apuramento do volume de negócios previsto no artigo 5º do projecto.

A realidade do mercado determina igualmente que não é possível identificar, para todas as ofertas disponíveis, os valores das receitas provenientes do aluguer de equipamentos. Se, por exemplo, no caso da oferta do serviço telefónico em local fixo ou de TV por subscrição de alguns operadores, o valor correspondente ao aluguer de equipamento constitui uma componente isolada e de imediato identificável, muitas outras situações há em que as ofertas implicam o pagamento de uma mensalidade que contempla o aluguer de equipamentos, bem como a prestação do serviço de comunicações. O método a definir para apuramento do volume de negócios relevante não pode ignorar esta realidade.

Note-se que a alternativa de recurso a estimativas para alocar as aludidas mensalidades entre receitas de aluguer de equipamentos e serviços de comunicações, deixaria ao critério individual de cada empresa os critérios de alocação, impedindo assim que os critérios de apuramento do volume de negócios sejam aplicados de forma não discriminatória e que os valores reportados sejam transparentes e auditáveis.

Exactamente pelos motivos que acabaram de se expor, a Optimus também não considera aceitável a dedução das receitas provenientes do aluguer de equipamentos quando os mesmos possam ser adquiridos pelos clientes no mercado, isto é, quando a contratação do serviço permite que o aluguer do equipamento necessário à prestação desse serviço de comunicações possa ser alugado/adquirido pelo cliente junto de uma entidade diferente do prestador de serviços de comunicações electrónicas.

Ainda a este propósito e tendo tido conhecimento de que alguns prestadores de serviços de comunicações electrónicas advogam que as receitas provenientes dos serviços de televisão por subscrição e serviços de *video on demand* deverão ser excluídas, a Optimus refere que discorda de tal exclusão por entender que aqueles serviços se incluem no âmbito da definição de serviços de comunicações electrónicas constante do artigo 3º, alínea ee) da LCE. Acessoriamente, de referir que actualmente aquelas categorias de serviços constituem os principais *drivers* de aquisição e evolução do mercado de serviços de comunicações, em particular, no domínio do segmento dos serviços fixos.

Neste seguimento, a Optimus considera que o decreto – lei deverá também referir explicitamente que as receitas provenientes da prestação de serviços de comunicações electrónicas incluem as receitas relativas ao aluguer de equipamentos que servem de suporte à prestação dos serviços de comunicações electrónicas, bem como as receitas provenientes dos serviços de televisão por subscrição e serviços de *video on demand*<sup>12</sup>.

Por último, ainda no que respeita à determinação das empresas com obrigação de contribuir para o fundo de compensação, para efeito de maior clareza deverá ser acrescentado um número ao artigo 5º do projecto que preveja explicitamente que no cálculo do volume de negócios (Vi) não deve ser considerado o valor relativo ao imposto sobre o valor acrescentado (IVA).

### **3.2. Critérios de repartição dos custos líquidos do serviço universal (artigos 6º e 7º)**

Na definição dos critérios de repartição do custo líquido do SU importa ter presente que no artigo 12.º da Directiva Serviço Universal, e no artigo 97º, nº 3, da Lei das Comunicações Electrónicas, aqueles critérios devem respeitar os princípios da transparência, da mínima distorção do mercado, da não discriminação e da proporcionalidade.

Para o mesmo efeito deverá também ser tido em conta que o sector dos serviços de comunicações é caracterizado por economias de escala, de gama e por externalidades de rede, o que significa que o valor que um prestador de serviços de comunicações consegue retirar da sua actividade no sector para remunerar os seus proprietários/accionistas está dependente da sua dimensão.

<sup>12</sup> Deverão ser também referidos outros tipos de receitas provenientes da prestação de serviços de comunicações electrónicas que o Governo, nomeadamente através do ICP – ANACOM, tenha conhecimento que estarão, indevidamente, a ser deduzidos por alguma(s) entidade(s) no âmbito do apuramento da taxa regulatória de actividade



Perante o contexto exposto, a Optimus entende que o critério de repartição dos custos pelas diversas entidades obrigadas a contribuir para o financiamento do SU não deverá assentar num indicador de volume de negócios, mas num indicador de rentabilidade, em concreto, nos resultados operacionais, tradicionalmente identificados como EBIT.

A consideração dos resultados operacionais como referência para a repartição dos custos, ao contrário de um indicador de volume de negócios como proposto, permite internalizar as características do sector atrás mencionadas e que moldam de forma decisiva os resultados da actividade dos diversos prestadores e, por isso, assegura o melhor cumprimento do previsto na directiva da lei, nomeadamente, no que respeita à não discriminação e minimização das distorções de mercado.

Tendo em conta a fase prévia de determinação das empresas com obrigação de contribuir para o fundo de compensação em função do respectivo peso no sector, a aplicação dos critérios de repartição dos custos líquidos do SU terá como alvo empresas cuja actividade principal (*core business*) é a prestação de serviços de comunicações electrónicas.

Por isso e porque, como já mencionado, os critérios de repartição devem ser transparentes e minimizar ambiguidades na sua aplicação, a Optimus considera que não deverão ser admitidos quaisquer ajustamentos ao valor dos resultados operacionais constantes das declarações financeiras das entidades obrigadas a contribuir para o fundo. A Optimus acredita que este método tem ainda a vantagem de minorar os procedimentos e encurtar o tempo necessário para o apuramento do montante das contribuições que deverão ser imputadas às empresas, nomeadamente pela diminuição da necessidade de auditorias, uma vez que os resultados dos prestadores são já alvo de escrutínio prévio no âmbito do cumprimento de obrigações fiscais.

Sem prejuízo da prevalência do que acabou de se expor, caso seja opção do Estado manter o volume de negócios como referência para repartição dos custos, a Optimus entende que o artigo 7º do projecto deverá ser alvo de ajustamentos no sentido de aumentar a transparência na definição do volume de negócios elegível.

O número 1 do citado artigo 7º deverá ser adaptado em termos idênticos aos defendidos atrás para o artigo 5º: i) identificando e limitando objectivamente as componentes de receitas que poderão ser deduzidas ao volume global de negócios de cada uma das empresas com obrigações de contribuição para o fundo; e ii) explicitando que as receitas provenientes de aluguer de terminais, de prestação de serviços de televisão por subscrição, *video on demand* e outras que

possam suscitar dúvidas quanto à sua classificação como receitas provenientes da prestação de serviços de comunicações constituem receitas a considerar para efeitos de apuramento do volume de negócios.

As motivações para tais ajustamentos são também as que fundamentam a proposta da Optimus de ajustamento do artigo 5º: maior transparência e menor ambiguidade na aplicação de critérios, de modo a dar cumprimento ao exigido na LCE de que a prestação do SU, incluindo o seu financiamento, minimize as distorções de mercado.

No que respeita ao estabelecido no número 2 do mesmo artigo 7º, a Optimus concorda com o procedimento aí plasmado, segundo o qual no apuramento do volume de negócios elegível serão deduzidos os pagamentos<sup>13</sup> incorridos com a aquisição de serviços grossistas.

Alerta-se, no entanto, para o facto de a redacção actual referir a dedução dos pagamentos grossistas e não dos custos grossistas considerados do ponto de vista contabilístico. A Optimus considera que a dedução dos custos<sup>14</sup>, em vez dos pagamentos, facilitará a identificação do respectivo valor nas demonstrações financeiras e é mais coerente com a consideração do volume de negócios auferida no ano  $n$ , independentemente do momento do seu pagamento. Por exemplo, a consideração dos pagamentos poderá conduzir, a que sejam deduzidos no ano  $n + 1$  custos grossistas relativos ao ano  $n$  pelo facto de os mesmos apenas terem sido pagos no ano  $n+1$ , embora tenham suportado a oferta de serviços e respectiva receita no ano  $n$ .

Uma vez mais tendo em vista a transparência e clareza dos critérios, a Optimus considera que deverá também ser clarificado se os custos (pagamentos na redacção actual) a deduzir incluem também os incorridos com a aquisição serviços grossistas prestados por operadores internacionais, como por exemplo, serviços grossistas de *roaming* ou custos de terminação de chamadas internacionais.

A Optimus entende que os custos incorridos com a aquisição de serviços grossistas a operadores internacionais também deverão ser deduzidos, na medida em que servem de sustentação à prestação de serviços de comunicações electrónicas no território nacional e as receitas retalhistas correspondentes serão também consideradas para efeitos de apuramento do volume de negócio elegível.

<sup>13</sup> Como explicitado de seguida, deverão ser deduzidos os custos (em vez de pagamentos) incorridos com a aquisição de serviços grossistas

<sup>14</sup> Gastos de acordo com a terminologia contabilística actualmente em vigo

Uma última nota a este propósito para referir que a Optimus entende que os critérios de repartição de custos líquidos do SU de acordo com a posição aqui expressa devem ser adoptados como critérios de repartição dos custos de regulação do sector, ou seja, para efeitos de apuramento da taxa regulatória paga anualmente ao ICP- ANACOM. Para o efeito deverá ser alterada em conformidade a já mencionada Portaria n.º 1473-B/2008, de 17 de Dezembro, alterada e republicada pela Portaria n.º 291-A/2011, de 4 de Novembro, aproveitando este contexto para corrigir a distorção introduzida pela isenção do actual prestador do serviço universal dos proveitos decorrentes da prestação do mesmo serviço.

### **3.3. Avaliação de Encargo Excessivo e direito a compensação (artigo 8º)**

Em decisão de 7 de Fevereiro de 2012 sobre as condições e especificações de cada uma das prestações que constituem o serviço universal no âmbito do processo de designação do(s) prestador(es) do serviço universal de comunicações electrónicas<sup>15</sup> o ICP – ANACOM deliberou:

*“Estabelecer que os valores de CLSU que resultarem dos concursos 1 e 2 serão considerados encargo excessivo e como tal serão objeto de financiamento nos termos e condições fixados nos instrumentos do concurso e nos instrumentos de criação do fundo de compensação”.*

Em conformidade, no preâmbulo do projecto de decreto-lei é referido que *“... para determinar o montante da compensação recorrer-se-á, em conformidade com o previsto na alínea b) do n.º 1 do artigo 95.º da Lei das Comunicações Eletrónicas, aos custos líquidos da prestação do serviço universal identificados no âmbito do mecanismo de designação.”*

Todavia, a redacção do número 1 do artigo 8º do projecto de decreto-lei poderá, inadvertidamente, dar azo a interpretações que sustentem que os valores de CLSU que resultarem dos projectados concursos para a designação do(s) prestador(es) do SU não são automaticamente consideradas encargo excessivo, carecendo a sua compensação de uma análise adicional para aferir se tais custos são efectivamente um encargo excessivo. De modo a evitar tal situação, a Optimus sugere que seja adoptada uma redacção para o número 1 do artigo 8º que elimine quaisquer dúvidas sobre o direito automático à compensação integral pelos CLSU que resultarem dos anunciados concursos para a designação do(s) prestador(es) do SU :

<sup>15</sup> Ver

[http://www.anacom.pt/streaming/DecisaoANACOM\\_consultaPSU.pdf?contentId=1116742&field=ATTACH\\_ED\\_FILE](http://www.anacom.pt/streaming/DecisaoANACOM_consultaPSU.pdf?contentId=1116742&field=ATTACH_ED_FILE), página 2

*1 – Em conformidade com o disposto na alínea b) do nº1 do artigo 95º da Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro, alterada e republicada pela Lei n.º 51/2011, de 13 de setembro, os custos líquidos do serviço universal identificados nos concursos realizados para designação do ou dos prestadores do serviço universal são considerados encargo excessivo e serão compensados em cada ano civil nos termos dos instrumentos dos referidos concursos.*

Também no âmbito da aplicação do conceito de encargo excessivo, e não obstante a firme posição expressa sobre a compensação do actual prestador do SU, importa ter em conta que o ICP-ANACOM já definiu o conceito de encargo excessivo a aplicar no contexto da designação actualmente em vigor, tendo considerado que os eventuais custos apenas seriam considerados encargo excessivo se o seu valor anual fosse superior a 2,5 milhões de euros.<sup>16</sup>

#### **3.4. Calendário de apuramento das contribuições e de transferência para o prestador do SU (artigo 8º, 9º, 10º e 12º)**

O projecto implica o apuramento provisório das contribuições e consequentes ajustamentos no ano seguinte. Na opinião da Optimus este procedimento gera uma complexidade acrescida e cria incertezas evitáveis.

O processo de apuramento poderá ser feito de forma definitiva, isto é, as contribuições poderão ser desde logo apuradas com base no volume de negócios elegível do ano a que respeitam os CLSU a compensar, bastando para tanto transitar do 1º para o 3º trimestre do ano seguinte a que reportam os custos a transferência da compensação para o(s) prestador(es) do SU. Assim, as empresas farão o reporte com base nos dados finais, uma vez que existe a obrigação de fiscal de tais dados serem fechados até ao final do 1º semestre do ano.

De seguida o ICP – ANACOM procederá ao apuramento das entidades contribuintes, do valor a liquidar a cada uma das entidades e ao pagamento ao(s) prestador(es) do SU, introduzindo-se estas alterações no projecto.

<sup>16</sup> Ver

[http://www.anacom.pt/streaming/decisao\\_encargo\\_excessivo\\_09junho2011.pdf?contentId=1088441&filed=ATTACHED\\_FILE](http://www.anacom.pt/streaming/decisao_encargo_excessivo_09junho2011.pdf?contentId=1088441&filed=ATTACHED_FILE), página 18