

Transposição do Código Europeu das Comunicações Eletrónicas

Auscultação Pública promovida pela ANACOM

Contributo de José Bruno Fevereiro

relativo ao “Quadro Institucional”

INTRODUÇÃO

1. A *Directiva (UE) 2018/1972* do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Dezembro de 2018, que, no âmbito de processo de transposição para o ordenamento jurídico nacional a ANACOM, por decisão de 26-11-2019, agora colocou em Auscultação pública é o “produto” de uma evolução que começou com uma proposta da Comissão Europeia apresentada em 10 de Outubro de 2016 e que, nos termos previstos no TFEU, foi submetida a um processo de negociação que envolveu o Parlamento Europeu e o Conselho.
2. Para que a implementação da *Directiva (UE) 2018/1972*, ou *Código*, seja bem sucedida considero que é importante que no processo de transposição se tenham presentes os seguintes dois aspectos.
3. O primeiro aspecto é o histórico do quadro regulatório europeu aplicável às comunicações electrónicas. O Código revê e altera o quadro que resultou do processo da chamada *Revisão 2006* no âmbito do qual a Comissão apresentou, pela primeira vez e formalmente, uma proposta com vista a criar do chamado “Regulador Europeu”. Como é sabido, e não podia deixar de ser, a proposta não conseguiu vingar nos trólogos a que foi sujeita acabando rejeitada pelos Estados Membros.
4. Em 13 de Setembro de 2013, de forma algo inesperada e recorrendo a um instrumento legislativo inapropriado e desajustado, a Comissão apresentou ao Parlamento e ao Conselho uma proposta de Regulamento, o “*Reglamento TSM*”, com o qual pretendia uniformizar os regimes regulatórios aplicáveis na União Europeia (UE) ao “Itinerância”, à “Neutralidade das Redes” e, à “*Gestão da utilização do Espectro de radiofrequências*”. No que ao espectro diz respeito, a proposta da Comissão não só retomava a ideia do regulador europeu como tinha implicações ao nível da soberania dos Estados Membros (EMs). A proposta violava de forma clara e objectiva os princípios da proporcionalidade e da subsidiariedade estabelecidos no Tratado da União Europeia (TEU) e no Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFEU). As normas propostas para o espectro de radiofrequências foram todas rejeitadas e o Regulamento TSM só se aplica à itinerância e neutralidade das redes.
5. Na proposta de revisão ordinária do quadro regulatório que apresentou em Outubro de 2016 a Comissão, a meu ver em claro desrespeito pelos EMs e demais Instituições da União, não só retomou como desenvolveu e aprofundou, de forma complexa e de difícil avaliação, as propostas que formulara para o TSM. Como não podia deixar de ser, os trólogos tiveram o seu efeito e o resultado é o Código que em matéria de *governance* (arquitectura e responsabilidades) considero ser equilibrado, flexível e perfeitamente ajustado à evolução prevista para o sector das Comunicações Electrónicas.
6. O segundo aspecto que relevo, é o facto de o Código ser uma Directiva, acto legislativo de harmonização. É, portanto, um instrumento que, sem perder o propósito de reduzir ou eliminar diferenças desnecessárias, confere aos EMs a flexibilidade necessária para, atendendo na medida do possível às circunstâncias e especificidades locais, mais facilmente conciliarem os objectivos nacionais com os objectivos da União.

7. Assim, considero que o legislador nacional deve, em sede de processo de transposição e sem ferir os objectivos da União declarados no Código, fazer uso de toda a flexibilidade de que dispõe de modo a que o diploma nacional resultante institua um quadro regulatório que ajude ao desenvolvimento e afirmação do sector nacional das comunicações electrónicas e da economia nacional em geral.
8. Finalmente, considero que o regime jurídico/regulatório aplicável à utilização do espectro radiofrequências e o modelo de *governance* escolhido para a sua implementação e supervisão são aspectos indissociáveis pelo que o presente documento e o documento que igualmente submeto como contributo para a transposição do capítulo relativo ao *Espectro de Radiofrequências* são complementares e completam-se.

COMENTÁRIOS GERAIS

9. O Espectro de radiofrequências (espectro), sistema físico constituído pelo conjunto de ondas electromagnéticas de frequências inferiores a 3000 GHz que se propagam no espaço sem guia artificial, é um recurso essencial para as radiocomunicações, nomeadamente para as associadas às Comunicações Electrónicas.
10. As características físicas do espectro levaram a que desde cedo se reconhecesse a necessidade de adoptar mecanismos de regulação que assegurassem a utilização eficiente daquele recurso. A nível global a regulação está cometida à UIT e é operacionalizada tendo como referência o Regulamento das Radiocomunicações (RR) que é parte integrante da Constituição e da Convenção da UIT. A nível da Europa, que faz parte da Região 1 da UIT, a gestão da utilização do espectro de radiofrequências é da responsabilidade dos Estados Europeus que, para os aspectos essencialmente técnicos, contam com o trabalho de organizações como a CEPT e o ETSI.
11. Os Estados Europeus que são membros da União Europeia (EMs), para além deverem respeito ao RR e às demais disposições da UIT aplicáveis, estão também sujeitos aos instrumentos regulatórios são adoptados nos termos do TEU e do TFEU. A transposição do Código para o quadro jurídico nacional deverá ter em consideração esta realidade.
12. Para a generalidade dos Estados a disponibilização e a utilização do espectro de radiofrequências envolve a consideração de questões de soberania – defesa, segurança, etc. – que são acauteladas por via legislativa que, entre outros aspectos, fixa a arquitectura de responsabilidades e de competências das diferentes entidades e organismos nacionais envolvidos nos processos. Considero que este aspecto deve ser tido em consideração no processo de transposição do Código.
13. Em Portugal, a Lei 5/2004, de 10 de Fevereiro, alterada e republicada através da Lei 51/2011, de 13 de Setembro, estabelece:
 - 13.1. que “o espaço pelo qual podem propagar-se as ondas radioeléctricas constitui domínio público do Estado” (Art.º 14.º);

- 13.2. que o Espectro é “*o conjunto de frequências associadas às ondas radioelétricas*” (Art.º 15.º);
- 13.3. que compete à Autoridade Reguladora Nacional (ARN) *assegurar a gestão eficiente do Espectro* (Art.º 15.º);
- 13.4. que compete à ARN “*proceder à atribuição do espectro e à consignação de frequências ...*” (Art.º 15.º);
- 13.5. que “*Compete ao membro do Governo responsável pela área das comunicações aprovar os regulamentos de atribuição de direitos de utilização de frequências sempre que envolvam procedimentos de selecção concorrencial ou por comparação e se refiram a frequências acessíveis, pela primeira vez, no âmbito das comunicações electrónicas ou, não o sendo, se destinem a ser utilizadas para novos serviços.*” (Art.º 30.º);
- 13.6. que “*Compete à ARN aprovar os regulamentos de atribuição de direitos de utilização de frequências nos casos não abrangidos pelo número anterior*” (Art.º 30.º), sublinhado meu;
- 13.7. no Art.º 4.º que, “*É pela presente Lei e pelos Estatutos da ARN:*
- 13.7.1. “*a independência como entidade orgânica, financeira e funcionalmente separada do Governo ...*”;
- 13.7.2. “*a independência como entidade orgânica, financeira e funcionalmente separada das empresas que oferecem redes e serviços de comunicações electrónicas e equipamento*”.
14. No meu entender, o referido nos números anteriores (12 e 13) e os Estatutos da Autoridade Nacional de Comunicações (ANACOM), Decreto-Lei 39/2015, de 16 de Março, estão na base de interpretações que têm dificultado a gestão da utilização do espectro de radiofrequências. A transposição do Código deve ser aproveitada para clarificar responsabilidades e competências.
15. No Código, as normas relativas ao quadro institucional são muito claras no que diz respeito a responsabilidades e competências em matéria de gestão do acesso ao espectro de radiofrequências e à sua utilização. Considero que a transposição deverá ser aproveitada para desfazer as ambiguidades existentes no ordenamento jurídico nacional.
16. No presente documento a referência a *Estado Membro*, ou EM, poderá, sempre que adequado, ser entendida como uma referência ao *membro do governo responsável pela área das comunicações*.
17. No presente documento a referência a autoridade competente, ou AC, deve ser entendida como referência à autoridade nacional com responsabilidades e competências na área da gestão da utilização do espectro de radiofrequências.
18. Considero que regular mercados de redes e de serviços de comunicações não é o mesmo que regular o acesso e a utilização do espectro de radiofrequências. O Código mostra que assim é.

COMENTÁRIOS ESPECÍFICOS

19. Artigo 2.º

- 19.1. O Código faz referência “*autoridade reguladora nacional*” ou “*ARN*” e a “*outras autoridades competentes*”. Considero que se trata de uma evolução positiva face ao quadro regulatório em vigor porque não só reflecte as situações existentes a nível europeu como permite que a atribuição de responsabilidades e de competências possa ser feita de forma mais clara e transparente. Este aspecto deve ser explorado na transposição, nomeadamente no que diz respeito ao Espectro.
- 19.2. No Art.º 2.º do Código não são apresentadas as definições para “*autoridade reguladora nacional*” (*ARN*) nem para “*autoridade competente*”. Considero que na transposição se deve recuperar a definição de *ARN* existente na Lei 5/2004 e incluir uma definição para “*autoridade competente*” (*AC*).

20. Artigo 3.º

- 20.1. A inclusão do objectivo “*Promover a Conectividade*” é adequada e reflecte a evolução registada e prevista para as comunicações electrónicas. Deve ser tido em consideração na transposição.
- 20.2. O Código não atribui poderes executivos ao “*Grupo de Política do Espectro Radioelétrico*” (*GPER* ou *RSPG*) mas reforça-lhe as atribuições e as competências, nomeadamente em matérias relacionadas com a disponibilização e a utilização do espectro de radiofrequências que, conforme assinalo no documento relativo ao “*espectro de radiofrequências*”, são competências e responsabilidades explicitamente atribuídas aos *EMs* e não às “*autoridades competentes*”.
- 20.3. Face à natureza das competências e responsabilidades atribuídas ao *RSPG*, considero os representantes nacionais no *RSPG* devem ser nomeados pelo membro do governo responsável pela área das comunicações, por proposta da autoridade nacional competente, actualmente a *ANACOM*.

21. Artigo 4.º

- 21.1. Este artigo estabelece claramente que são os *EMs*, e não as *ACs*, que têm a responsabilidade e a competência para, respeitando os objectivos fixados para a União promover a coordenação das políticas, proceder ao planeamento estratégico e à disponibilização harmonizada e coordenada do espectro de radiofrequências. Considero que é importante que este aspecto fique claramente expresso no diploma nacional.
- 21.2. Quando no considerando (30) se diz que, para retirar o máximo benefício da evolução das comunicações electrónicas a “*gestão do espectro de radiofrequências deverá, conforme adequado, ter uma abordagem intersectorial para aumentar a eficiência na sua utilização*” está, no meu entender, a dizer-se que há aspectos da gestão do espectro que devem ser responsabilidade e competência do Estado.

- 21.3. Conforme refiro nos comentários que seguem e no documento relativo ao “*espectro de radiofrequências*”, à AC competirá a operacionalização das decisões e a supervisão da sua implementação. Penso que este aspecto relevante deve ficar reflectido no diploma nacional.
- 21.4. A forma como a harmonização das condições de disponibilização e de utilização eficiente do espectro de radiofrequências é apresentada mostra que ela não é um fim em si e que as especificidades nacionais podem e devem ser tidas em consideração nos processos de decisão. O diploma nacional que resultar da transposição deve reflectir este aspecto.
- 21.5. São atribuídas ao RSPG, a função de coordenação da cooperação entre EMs e entre estes e a Comissão e, a possibilidade de emitir pareceres respeitantes a propostas legislativas da Comissão relativas a programas plurianuais para o espectro de radiofrequências. Estes aspectos, entre outros, justificam o entendimento que expressei no ponto 20.3 e que aqui retomo.
- 21.6. Ao determinar que o ORECE (ou BEREC) participa nas questões relativas à regulação do mercado e da concorrência que estejam relacionadas com o espectro de radiofrequências, o Código está, no meu entender, a fazer distinção entre AC e ARN. Os artigos 5.º a 9.º mostram de forma ainda mais clara a diferença aqui apontada.
- 21.7. É importante notar, e friso este aspecto, que nada impede que as competências e responsabilidades da ARN e as competências e responsabilidades da AC sejam atribuídas e exercidas por uma única entidade nacional, por exemplo a ANACOM. O que é essencial é garantir que as competências e as funções são exercidas a cada momento no quadro que o Código estabelece para cada uma das autoridades, nomeadamente no que se refere à sua independência.

22. Artigo 5.º

- 22.1. Este artigo visa principalmente a autoridade reguladora dos mercados das redes e dos serviços de comunicações, a ARN, e deve ser lido tendo presente o considerando (35).
- 22.2. O EM pode ou não atribuir à ARN responsabilidades no âmbito da gestão do espectro de radiofrequências, mas só a ela poderá atribuir responsabilidades de regulação *ex ante* dos mercados das redes e dos serviços de comunicações. Considero que este aspecto é coerente com o que o Código determina em matéria de independência para cada uma das autoridades, ARN e AC.
- 22.3. Os pontos 3 e 4 deste artigo sustenta o que refiro no ponto 21.7. Considero que o diploma nacional deve apresentar de forma clara e separadamente as responsabilidades, competências e funções de cada uma das autoridades nacionais.
- 22.4. De notar que O Código não tem um artigo de teor semelhante para a AC.

23. Artigos 6.º a 9.º

- 23.1. Este conjunto de artigos do Código diz respeito à independência das autoridades com responsabilidades e competências no sector das comunicações.

- 23.2. São artigos de grande importância e devem, no meu entender, merecer especial cuidado na sua transposição para o futuro diploma nacional.
- 23.3. Como anteriormente referi, o actual quadro institucional presta-se a interpretações desajustadas, especialmente no que se refere à independência política da ANACOM enquanto autoridade com responsabilidades em matéria de gestão do espectro de radiofrequências, isto é, enquanto AC.
- 23.4. O Artigo 6.º visa por igual a ARN e a AC e determina que o EM tem a obrigação de garantir, por um lado, que são autoridades independentes jurídica e funcionalmente, dos destinatários da sua acção e, por outro, que actuam de forma imparcial, transparente e, aspecto relevante, tempestivamente. A transposição deve assegurar que estes aspectos figuram no diploma nacional.
- 23.5. Acrescenta ainda o Artigo 6.º que o EM deve assegurar que as autoridades dispõem dos recursos humanos, financeiros e técnicos adequados.
- 23.6. Na transposição deste artigo considero que é importante que no diploma nacional fique garantido, de forma inequívoca e clara, que tanto a ARN como a AC são independentes face aos mercados que regulam e que estão dotados de todos os meios necessários ao cabal desempenho das suas funções.
- 23.7. São estes os únicos aspectos em que o Código trata por igual a ARN e a AC.
- 23.8. De facto, o Artigo 8.º, que relativo à independência política, só se aplica à ARN, enquanto autoridade reguladora de redes e serviços de comunicações. Nada diz quanto à AC, enquanto autoridade reguladora a utilização do espectro de radiofrequências.
- 23.9. Assim, considero que no diploma nacional resultante da transposição do Código deve ser claro que a ARN é politicamente independente.
- 23.10. Os Artigos 7.º e 9.º, também só aplicáveis à ARN, reforçam a independência da ARN, nomeadamente a política. São normas que já existem no quadro nacional aplicável. Devem ser mantidas, clarificando no que se entender por útil.
- 23.11. A distinção que o Código faz entre ARN e AC é também ilustrada pelo facto de não existir qualquer artigo como Artigo 10.º mas que tenha a AC como destinatária.
- 23.12. Assim, considero que nos termos do Código a AC não goza de independência política e que a transposição deve ter este aspecto em consideração deixando-o ficar muito claro no diploma nacional.
- 23.13. Ainda sobre a independência política e a manterem-se as responsabilidades e competências relativas ao espectro de radiofrequências no seio da ANACOM, como penso que se devem manter, considero que os seus Estatutos devem ser revistos, alterados e, clarificados.

24. Artigo 11.º

- 24.1. Considero importante que a transposição garanta que os princípios defendidos neste artigo ficam consagrados no diploma nacional e que as autoridades nacionais adoptam e

implementam os mecanismos necessários à sua aplicação, nomeadamente no que se refere à cooperação e à coordenação das acções.

25. Artigos 23.º e 24.º

- 25.1. Considero que o procedimento previsto na Lei 5/2004 deve ser alterado de modo a acolher de o previsto nestes dois artigos pois conferem maior abrangência ao procedimento.
- 25.2. Considero igualmente que na transposição do ponto 2 do artigo 23.º deve ser incluída a obrigação de a autoridade competente também informar, previamente à comunicação ao RSPG, o membro do governo responsável pela área das comunicações.

X