

# APRITEL

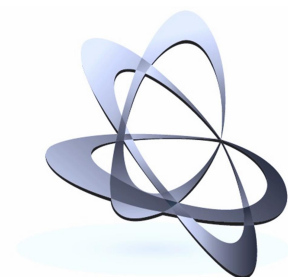
ASSOCIAÇÃO DOS OPERADORES  
DE COMUNICAÇÕES ELETRÓNICAS

Resposta da APRITEL à Consulta Pública sobre as  
Concessões de Distribuição de Eletricidade em BT

14 de setembro de 2018

## Índice

Introdução .....	2
Comentários genéricos .....	2
Comentários na especialidade .....	5
Conclusões.....	19



14 de setembro de 2018

## Introdução

Na sequência da consulta pública realizada pela Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (de ora em diante designada por ERSE), relativamente às Concessões de Distribuição de Eletricidade em BT, vem a APRITEL, enquanto Associação dos Operadores de Telecomunicações e representando a totalidade dos operadores de comunicações eletrónicas (CE), apresentar os seus comentários ao referido documento.

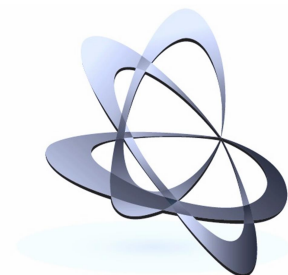
Os comentários da APRITEL encontram-se divididos em duas partes distintas:

- a) **Uma primeira parte, denominada “Comentários Gerais”, de carácter genérico, na qual se efetua uma breve descrição de enquadramento da proposta em consulta e seu interesse para o sector das telecomunicações; e,**
- b) **Uma segunda parte, que contém comentários a artigos específicos do Projeto de Proposta da ERSE sob consulta, nomeadamente ao nível da sua legalidade, oportunidade e impacto para o sector das telecomunicações.**

Os presentes comentários não substituem, nem invalidam, as contribuições individuais que os Associados da APRITEL entendam dever fazer no âmbito desta consulta.

## Comentários genéricos

Conforme se extrai do documento de consulta a que agora se responde, a atividade de distribuição de energia elétrica em baixa tensão (BT) em Portugal Continental é um direito exclusivo dos municípios (ou entidades intermunicipais), o qual pode ser exercido por via da exploração direta por parte dos referidos municípios / entidades intermunicipais ou, em alternativa, ser concessionado por estes a terceiros em regime de serviço público, em exclusivo.



14 de setembro de 2018

Atualmente, a distribuição de energia elétrica em BT é exercida em todos os municípios de Portugal continental sob concessão, sendo essas concessões atribuídas mediante contrato de concessão celebrado nos termos da legislação do setor elétrico - cfr. Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de Fevereiro e do Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de Agosto.

O contrato de concessão tem por base um contrato-tipo aprovado por portaria dos membros do Governo responsáveis pelas áreas da energia, das finanças e da administração interna, ouvida a Associação Nacional dos Municípios Portugueses e a ERSE (a Portaria n.º 454/2001 de 5 de maio).

A Lei n.º 31/2017, de 31 de maio, veio aprovar os princípios e regras gerais relativos à organização dos concursos de atribuição das concessões municipais de distribuição de energia elétrica em BT e determinar que os concursos para a concessão de distribuição de eletricidade em BT sejam lançados em 2019.

Para que seja dado cumprimento ao referido desígnio de lançamento dos referidos concursos públicos em 2019, existem vários estudos e ações a desenvolver pela ERSE, em articulação com a Direção-Geral de Energia e Geologia (DGEG) e com a Associação Nacional de Municípios Portugueses (ANMP).

Atenta a complexidade, implicações e importância da matéria, a ERSE optou por previamente submeter as suas propostas à discussão pública de todos os interessados de forma a que a proposta final a apresentar pela ERSE ao Governo possa incorporar as mais diversas perspetivas e visões.

No que respeita ao sector das telecomunicações, a matéria relativa ao acesso pelas empresas de comunicações eletrónicas aos apoios da rede de distribuição de eletricidade em BT (Infraestruturas Aptas) e respetiva remuneração, reveste de extrema importância, na medida em que, os referidos apoios, constituem uma das principais formas de instalação das redes de comunicações eletrónicas e de possibilidade de ligação de clientes, com especial incidência nas zonas mais rurais e de interior onde muitas vezes é mesmo a única forma de conseguir chegar com rede a casa dos clientes.



14 de setembro de 2018

Conforme indicado pela ERSE no documento de consulta objeto da presente resposta «*Até ao final de 2016, foram contabilizados cerca de 300 mil apoios da rede aérea de BT da EDP Distribuição que são utilizados pelos operadores de telecomunicações para alojamento de redes de comunicações eletrónicas.*»

O que evidencia a importância desta matéria para as empresas de comunicações eletrónicas e para o sector das telecomunicações e consumidores em geral.

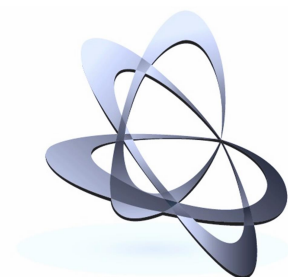
O “contrato tipo” a usar nas concessões, foi aprovado pela Portaria 454/2001 de 5 de maio, ou seja, em data muito anterior à publicação e entrada em vigor do novo quadro legal comunitário e nacional aplicável à instalação de redes de comunicações eletrónicas.

Razão pela qual é mandatário proceder à sua alteração, de forma a harmonizar o clausulado do “contrato tipo” de concessão com o novo regime de instalação de infraestruturas de comunicações eletrónicas introduzido pelo Decreto-Lei nº 123/2009, de 21 de maio.

O mesmo se diga quanto à disposição constante do nº 2 do artigo 1 da Base I do Capítulo I do Anexo V a que se refere o nº 5 do artigo 42º do Decreto-Lei nº 172/2006, de 23 de Agosto, no sentido de que « (...) mediante autorização da Câmara Municipal solicitada caso a caso, a concessionária pode exercer outras atividades com fundamento no proveito daí resultante para o interesse da concessão».

Também neste caso, estamos perante legislação anterior ao novo regime de instalação de infraestruturas de comunicações eletrónicas introduzido pelo referido Decreto-Lei nº 123/2009, de 21 de Maio.

E, como tal, que carece de ser alterada.



14 de setembro de 2018

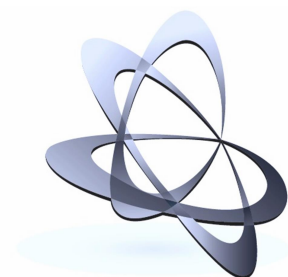
Sucedem, porém, que:

Analisados os documentos colocados em consulta, verifica-se que a proposta de alteração denominada “I. Proposta sobre as Principais determinantes do Procedimento Tipo de Atribuição das Concessões”, contém, no seu ponto 4.7 denominado “ACESSO ÀS INFRAESTRUTURAS APTAS AO ALOJAMENTO DE REDES DE COMUNICAÇÕES ELETRÓNICAS”(vd. pág. 34 e 35 do documento de consulta), uma proposta de alteração à minuta tipo do contrato de concessão (ou contrato tipo), a qual, pelos motivos a seguir expostos, não poderá ter lugar nos moldes propostos pela ERSE, sob pena de se incorrer em violação da lei nacional e comunitária aplicável.

## Comentários na especialidade

No ponto 4.7 “ACESSO ÀS INFRAESTRUTURAS APTAS AO ALOJAMENTO DE REDES DE COMUNICAÇÕES ELETRÓNICAS” do documento em consulta denominado “I. Proposta sobre as Principais determinantes do Procedimento Tipo de Atribuição das Concessões” (vd. pág. 34 e 35 da referida proposta), a ERSE vem propor alterar o contrato tipo de concessão decorrente da Portaria nº 454/2001, de 5 de maio atualmente em vigor, de forma a poder articular o mesmo com o regime aplicável à construção de infraestruturas aptas ao alojamento de redes de comunicações eletrónicas, à instalação de redes de comunicações eletrónicas e à construção de infraestruturas de telecomunicações em loteamentos, urbanizações, conjuntos de edifícios e edifícios, previsto no Decreto-Lei n.º 123/2009, de 21 de maio com a redação dada pelo Decreto-Lei n.º 92/2017, de 31 de julho.

A proposta de alteração da ERSE ao modelo de contrato tipo de concessão aprovado pela Portaria nº 454/2001, de 5 de maio, incide sobre dois pontos fundamentais e estruturantes



14 de setembro de 2018

para a atividade das empresas de comunicações eletrónicas, mais precisamente, sobre ( I.) o direito de acesso e utilização das infraestruturas das redes de distribuição para alojamento de redes de comunicações eletrónicas; e sobre (II.) a contrapartida a pagar pelas empresas de comunicações eletrónicas por essa utilização.

A saber:

**I. DO DIREITO DE ACESSO E UTILIZAÇÃO DAS INFRAESTRUTURAS DAS REDES DE DISTRIBUIÇÃO PARA ALOJAMENTO DE REDES DE COMUNICAÇÕES ELETRÓNICAS:**

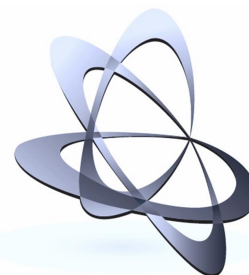
No que respeita à salvaguarda do direito de acesso e utilização das infraestruturas das redes de distribuição, por parte das empresas de comunicações eletrónicas, a ERSE formula a seguinte proposta de complemento ao n.º 3 do Artigo 1.º do atual contrato tipo de concessão:

*«Proposta de complemento ao n.º 3 do Artigo 1.º do atual contrato tipo (assumindo que tal número se mantém):*

*3. O património e infraestruturas afetos à concessão não poderão ser utilizados pelo concessionário em atividades diferentes daquelas que constituem objeto da concessão, sem que haja sido acordado entre as partes o valor da compensação devida à Câmara, **exceto nas situações impostas por lei, nomeadamente o estabelecido no Decreto-Lei n.º 92/2017.**»*

A APRITEL concorda que é necessário complementar o n.º 3 do Artigo 1.º do atual contrato tipo de concessão, no sentido de introduzir que, no caso de acesso e/ou utilização pelas empresas de comunicações eletrónicas do património e infraestruturas afetos à concessão, aplica-se o regime específico previsto no Decreto-Lei nº 123/2209, de 21 maio, ficando por isso nesses casos a Concessionária dispensada de:

- a) solicitar autorização à Câmara para utilização da infraestrutura em atividades diferentes daquelas que constituem objeto da concessão;**



14 de setembro de 2018

**b) bem como de acordar com a Câmara uma compensação devida à Câmara.**

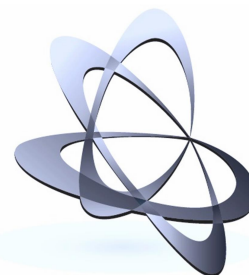
Este entendimento da APRITEL fundamenta-se no facto de a matéria referente à instalação de redes de comunicações eletrónicas em infraestruturas pré-existentes de terceiros (como seja o caso dos apoios da rede de distribuição de energia em BT concessionados pelas autarquias), estar especificamente regulada na lei portuguesa, mais precisamente no Decreto-Lei n.º 123/2009, de 21 de maio (diploma legal que estabelece o regime aplicável à construção de infraestruturas aptas ao alojamento de redes de comunicações eletrónicas, à instalação de redes de comunicações eletrónicas e à construção de infraestruturas de telecomunicações em loteamentos, urbanizações, conjuntos de edifícios e edifícios).

O referido Decreto Lei confere às empresas de comunicações eletrónicas um direito de acesso e utilização das infraestruturas aptas ao alojamento de redes de comunicações eletrónicas (“Infraestruturas Aptas”), como seja o caso dos apoios da rede de distribuição de eletricidade em BT.

Este direito de acesso e utilização, é um direito legal, imposto às autarquias e respetivas concessionárias por força do disposto na alínea b) do art.º 2º e no art.º 13º do mencionado Decreto-Lei n.º 123/2009, não podendo, por isso, os contratos de concessão conter cláusulas contratuais que violem tais direitos de acesso às referidas infraestruturas por parte das empresas de comunicações eletrónicas.

A este respeito destaca-se que, conforme disposto no nº 1 do artigo 14º do referido decreto-Lei nº 123/2009, de 21 de maio, «São proibidas e nulas as cláusulas contratuais que prevejam a ocupação em exclusivo por uma empresa de comunicações eletrónicas, ou por uma das entidades referidas no artigo 2.º, ou por ambas em conjunto, das infraestruturas aptas.»

(sublinhados nossos)





14 de setembro de 2018

Desta forma, não está na disponibilidade da Concedente (o Município), nem da Concessionária a possibilidade de decidir que os apoios em causa só podem ser afetos à distribuição de energia elétrica em BT e, nessa medida, não autorizar, por esse motivo, o acesso das operadoras de comunicações eletrónicas aos mesmos.

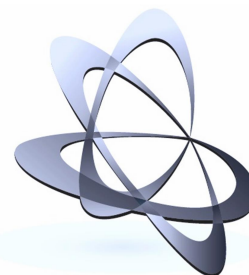
É a própria lei (através do Decreto-Lei nº 123/2009, de 21 de maio) que impõe que os apoios da rede de distribuição de eletricidade em BT, enquanto “*Infraestruturas Aptas*”, possam ser *utilizados pelo concessionário em atividades diferentes daquelas que constituem objeto da concessão*.

**Termos em que, a limitação constante do n.º 3 do artigo 1º do contrato tipo de concessão de que «O património e infraestruturas afetos à concessão não poderão ser utilizados pelo concessionário em atividades diferentes daquelas que constituem objeto da concessão, sem que haja sido acordado entre as partes o valor da compensação devida à Câmara» não é aplicável no caso da utilização do referido património/infraestruturas ser efetuada por empresas de comunicações eletrónicas ao abrigo do disposto no Decreto-Lei nº 123/2009, de 21 de maio.**

(destacados e sublinhados nossos)

Inexistindo qualquer fundamento legal para que o Município possa recusar, onerar ou limitar a autorização de acesso e utilização dos referidos apoios (“*Infraestruturas Aptas*”) às empresas de comunicações eletrónicas para efeitos de instalação dos seus cabos de transmissão de telecomunicações.

Acresce que, nos termos do disposto no referido diploma legal, o acesso às Infraestruturas Aptas tem que ser dado pela entidade que detém ou gere as Infraestruturas Aptas (neste caso a Concessionária) e efetuado em condições de igualdade e não discriminação, eficiência, transparência, neutralidade tecnológica e não subsidiação cruzada entre setores, mediante condições remuneratórias orientadas para os custos (cfr. Artigo 4.º e n.º 1 e n.º 2 do Artigo 13.º do referido Decreto-Lei n.º 123/2009).



14 de setembro de 2018

Estando, por força do disposto no artigo 17.º do referido Decreto-Lei n.º 123/2009, a Concessionária (enquanto entidade que detém ou gere as Infraestruturas Aptas) obrigada a elaborar e publicitar os procedimentos e condições de acesso e utilização das referidas infraestruturas, as quais devem observar o disposto nos artigos 18.º, 19.º e 21.º do Decreto-Lei n.º 123/2009.

Conforme disposto no n.º 1 do art. 20.º do referido Decreto-Lei n.º 123/2009, a empresa de comunicações eletrónicas deverá formular o seu pedido de acesso e utilização das referidas infraestruturas junto da entidade que as detenha ou cuja gestão lhes incumba, a qual, como atrás referido, quando existe contrato de concessão, é a Concessionária e não o Município.

Sendo que:

Nos termos do disposto no artigo 15.º do referido Decreto-Lei n.º 123/2009, o acesso aos “apoios” (que constitui um tipo de “Infraestruturas Aptas” de acordo com a definição do mesmo diploma) ou a outra “infraestrutura apta” só pode ser recusado, de forma devidamente fundamentada, nas seguintes situações expressamente previstas e elencadas na lei:

- a) Quando seja *tecnicamente inviável* o alojamento de redes de comunicações eletrónicas nas infraestruturas em causa;
- b) Quando a utilização das infraestruturas pelas empresas de comunicações eletrónicas *inviabilize o fim principal para que aquelas foram instaladas*, ponha em causa a *segurança de pessoas ou bens* ou venha a causar *sério risco de incumprimento*, pelas entidades referidas no artigo 2.º, de regras legais, regulamentares ou técnicas em matéria de obrigações de serviço público a que a respetiva prestação de serviço se encontre sujeita; ou
- c) Quando *não haja espaço disponível* em consequência do seu estado de ocupação ou da necessidade de assegurar espaço para uso próprio, nos termos do n.º 2 do artigo anterior, ou para intervenções de manutenção e reparação.



14 de setembro de 2018

Desta forma, o limite atualmente previsto no n.º 3 do artigo 1.º do Contrato de Concessão não é, nem pode ser, aplicável quando esteja em causa o acesso e a utilização por parte de empresas de comunicações eletrónicas das infraestruturas aptas ao alojamento de redes de comunicações eletrónicas afetas à concessão, cedendo perante a lei (artigos 2º, 13º nº 1 e 14º nº 1 do Decreto-Lei nº 123/2009, de 21 de maio), na medida em que, como atrás se referiu, a obrigação de dar acesso é uma obrigação legal, que é imposta:

- a) **diretamente à Concessionária, por ser a entidade que detém e gere os “apoios” (“Infraestruturas Aptas”) em causa; e**
  
- b) **por via indireta à Concedente, que, no caso particular da utilização dos apoios de distribuição de energia BT por operadoras de comunicações eletrónicas, não tem a faculdade de poder decidir não autorizar a utilização dos referidos apoios para “atividades diferentes daquelas que constituem objeto da concessão”.**

Dito de outro modo, o Contrato-tipo de Concessão, atento o regime constante do DL n.º 123/2009, não pode constituir fonte direta e autónoma de criação de outros fundamentos de recusa ao acesso a infraestruturas aptas pelas empresas de CE que não sejam aqueles que o referido do diploma institui e que se elencaram acima.

**Perante o atrás exposto, a APRITEL entende que o n.º 3 do Artigo 1.º do atual contrato tipo de concessão deverá ser alterado, solicitando que o mesmo passe a ter a seguinte redação:**

*«Proposta de complemento ao n.º 3 do Artigo 1.º do atual contrato tipo (assumindo que tal número se mantém):*

*3. O património e infraestruturas afetas à concessão não poderão ser utilizados pelo concessionário em atividades diferentes daquelas que constituem objeto da*



14 de setembro de 2018

*concessão, sem que haja sido acordado entre as partes o valor da compensação devida à Câmara.*

*4. O disposto no número anterior não se aplica à utilização, nos termos do disposto no Decreto-lei n.º 123/2009, de 21 de maio, do património e das infraestruturas da concessão como infraestruturas aptas ao alojamento de redes de comunicações eletrónicas pelas empresas de comunicações eletrónicas.»*

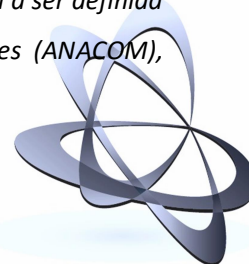
**As alterações propostas pela APRITEL ao artigo 1.º do contrato tipo de concessão deverão subsistir em conjunto com as propostas de alteração, desta associação, à cláusula adicional objeto de comentários e de proposta de alteração indicada pela APRITEL no ponto II infra.**

## **II. DA CONTRAPARTIDA A PAGAR PELAS EMPRESAS DE COMUNICAÇÕES ELETRÓNICAS PELO ACESSO E UTILIZAÇÃO DAS INFRAESTRUTURAS DAS REDES DE DISTRIBUIÇÃO PARA ALOJAMENTO DE REDES DE COMUNICAÇÕES ELETRÓNICAS:**

No que respeita ao acesso e utilização, pelas empresas de comunicações eletrónicas, das infraestruturas das redes de distribuição de energia elétrica aptas ao alojamento de redes de comunicações eletrónicas, a ERSE propõe que se adite uma cláusula específica a regular esta matéria ao atual modelo de “*contrato tipo*” de concessão aprovado pela Portaria n.º 454/2001, de 5 de Maio, com o seguinte teor:

*«Cláusula adicional proposta: Acesso e utilização das infraestruturas das redes de distribuição de energia elétrica aptas ao alojamento de redes de comunicações eletrónicas*

*1. O operador de comunicações eletrónicas que utilize as infraestruturas das redes de distribuição para alojamento de redes de comunicações eletrónicas deverá pagar uma contrapartida ao concessionário da rede BT de acordo com a metodologia a ser definida em Regulamento a aprovar pela Autoridade Nacional de Comunicações (ANACOM),*



14 de setembro de 2018

*mediante parecer vinculativo a emitir pela Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE), incluindo os valores a receber pelo município.»*

A APRITEL concorda que faz sentido adicionar uma cláusula ao contrato tipo de concessão que regule o caso específico do acesso e utilização do património e infraestruturas da concessão pelas empresas de comunicações eletrónicas decorrentes da aplicação do Decreto-Lei n.º 123/2009, de 21 de maio.

Não pode, contudo, concordar, ou conformar-se, com o facto de a referida cláusula, conter a redação proposta pela ERSE na parte em que alude a um “*parecer vinculativo a emitir pela Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE)*”, nem na parte que refere que a contrapartida inclui “*(...) os valores a receber pelo município*”. Tais referências não só não resultam do quadro legal nacional e comunitário em vigor respeitante à utilização de infraestruturas aptas ao alojamento de redes de comunicações eletrónica pelas empresas de comunicações eletrónicas, como, inclusivamente, violam esse quadro.

Senão vejamos:

No que respeita à contrapartida a pagar pelas empresas de comunicações eletrónicas pela utilização das referidas infraestruturas concessionadas, a mesma está clara e completamente definida no Decreto-Lei n.º 123/2009, de 21 de maio, decorrendo deste último **que tal contrapartida deve ser orientada para os custos**, atendendo aos (a) custos decorrentes da construção, manutenção, reparação e melhoramento das infraestruturas em questão, aos (b) custos administrativos incorridos com o tratamento dos pedidos, nomeadamente dos pedidos de instalação, de reparação ou remoção de cabos ou outros elementos de redes de comunicações eletrónicas e aos (c) custos de acompanhamento de intervenções (cf. número 1 do artigo 19.º do diploma em questão).

Sendo as coisas desse modo, quando a ERSE refere que, em sede do modelo de contrato tipo de concessão, irá proceder à definição “*do proveito devido do concessionário e do município*”, tal menção, numa leitura conforme com o Decreto-lei n.º 123/2009, de 21 de



14 de setembro de 2018

Maio, apenas poderá ser interpretada como se referindo, não a uma reconfiguração da contrapartida para a utilização de infraestruturas aptas relativamente àquilo que o Decreto-Lei n.º 123/2009 estabelece, designadamente, através da inclusão de uma rubrica destinada a remunerar os Municípios, o que constituiria uma violação direta desse diploma, mas à repartição entre a Concessionária e o Município da contrapartida calculada estritamente de acordo com o previsto no artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 123/2009, de 21 de maio, sem, portanto, qualquer adicional.

Isto também porque, da parte das empresas de comunicações eletrónicas, a remuneração pela utilização de infraestruturas aptas apenas é devida a quem detém e gere as infraestruturas (in casu à Concessionária) – cfr. n.º 1 e n.º 2 do artigo 13.º e artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 123/2009, de 21 de maio.

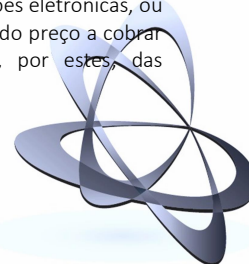
E não uma parte à Concessionária e outra à Concedente (Município), sob pena de se taxar duas vezes as empresas de comunicações eletrónicas pelo acesso e utilização das Infraestruturas Aptas, o que, nos termos da lei, é proibido, por implicar uma dupla tributação.

Por outro lado, uma remuneração ao Município Concedente não tem enquadramento em qualquer dos custos que o número 1 do artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 123/2009, de 21 de maio, prevê como admissíveis na fixação da remuneração das infraestruturas aptas.

Desta forma, **eventuais remunerações que venham a ser acordadas entre os Municípios e as Concessionárias ao abrigo do contrato de concessão** só poderão ter lugar no âmbito das relações contratuais dessas entidades, **não podendo, de forma alguma e sob pena da violação do disposto no regime jurídico de acesso e utilização das Infraestruturas Aptas, ser direta ou indiretamente<sup>1</sup> imputadas às empresas de comunicações eletrónicas.**

---

<sup>1</sup> diretamente pela cobrança pelos Municípios de uma contrapartida às empresas de comunicações eletrónicas, ou por via indireta, através da sua inclusão nos custos da concessionária elegíveis para a definição do preço a cobrar por esta aos operadores de comunicações eletrónicas, em contrapartida da utilização, por estes, das infraestruturas aptas integradas no perímetro da concessão.



14 de setembro de 2018

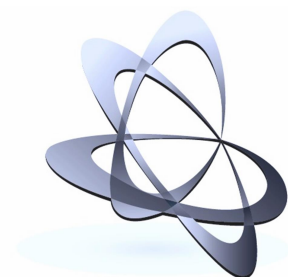
Efetivamente, e como já referido, de acordo com o art.º 19 do Decreto-Lei nº 123/2009, de 21 de maio, que define a tipologia de custos que poderão ser tomados em consideração para definir a remuneração do acesso às infraestruturas aptas, estas apenas poderão abranger:

- i) **Custos decorrentes da construção, manutenção, reparação e melhoramento das infraestruturas em questão;**
- ii) **Custos administrativos incorridos com o tratamento dos pedidos, nomeadamente dos pedidos de instalação, de reparação ou remoção de cabos ou outros elementos de redes de comunicações eletrónicas e, ainda,**
- iii) **Custos de acompanhamento de intervenções.**

Resulta evidente do acima exposto que qualquer contrapartida que seja definida em sede de contrato concessão, entre o Município Concedente e a Concessionária, como remuneração da primeira à segunda, em virtude da utilização que possa ser feita pelos operadores de comunicações eletrónicas, ao abrigo do Decreto-Lei nº 123/2009 de 21 de maio, da infraestrutura da Concessionária, não tem qualquer cabimento nas categorias de custos elegíveis para a determinação da remuneração do acesso às Infraestruturas Aptas.

Note-se, por extremo, que caso fosse admissível à Concessionária incluir na estrutura de custos elegíveis para a definição da remuneração prevista no art.º 19 do Decreto-Lei nº 123/2009, de 21 de maio, o valor definido em sede de contrato de concessão como contrapartida ao Município Concedente pela utilização das infraestruturas aptas pelos operadores de comunicações eletrónicas, estaríamos perante uma situação que, além de inequivocamente ilegal, contrariava todos os princípios que subjazem ao Decreto Lei nº 123/2009 de 21 de maio, bem como da Diretiva n.º 2014/61/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014.

Senão veja-se:

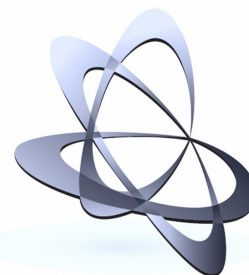


14 de setembro de 2018

Desde logo, estaríamos perante um claro incumprimento do princípio da não subsídio cruzada entre setores (cf. n.º 1 do art.º 4 do Decreto Lei n.º 123/2009), na medida em que um custo comercial/administrativo da Concessionária – no caso, a remuneração a pagar à Concedente pela Concessionária pela utilização imposta pela lei que os operadores de comunicações eletrónicas fazem de infraestruturas da sua rede que são aptas ao alojamento de redes de comunicações eletrónicas – sem qualquer relação com os custos de utilização da infraestrutura em causa e que foi definido exclusivamente pelo Município Concedente e pela Concessionária em sede do contrato de concessão, seria pura e simplesmente passado para o setor das comunicações eletrónicas, que o passaria a suportar.

Note-se que não colhe o argumento contrário, ou seja, de o cenário onde essa remuneração não é exigida às operadoras de comunicações eletrónicas é suportada pela Concessionária constituir uma subsídio cruzada do setor da eletricidade ao das telecomunicações. Efetivamente, o Decreto-Lei n.º 123/2009 de 21 de maio, garante que essa subsídio não se verifica por via da previsão dos custos que identifica como elegíveis para a definição da remuneração (cf. art.º 19 do Decreto Lei 123/2009 atrás referido) que, aliás, configura a concretização do princípio, inscrito na lei nacional e comunitária, de que uma tal remuneração tem de ser orientada aos custos.

A inclusão de um custo meramente comercial/administrativo que não tem a sua origem na utilização objetiva das infraestruturas aptas pelas operadoras de comunicações eletrónicas, mas, antes e isso é que sim, numa construção contratual que resulta da vontade do Município Concedente em obter uma remuneração adicional junto da Concessionária, não por existirem custos por ressarcir conexos com aquela utilização, mas porque o Município Concedente considera que a receita auferida pela Concessionária com esses ativos da concessão deve ser partilhado consigo, independentemente da sua origem, é – queira-se ou não – um tema que é específico do setor da energia (pois resulta das condições comerciais que as partes, dentro das regras existentes, têm liberdade em definir para o seu relacionamento) e que não pode ser imputado ao setor das comunicações eletrónicas.





14 de setembro de 2018

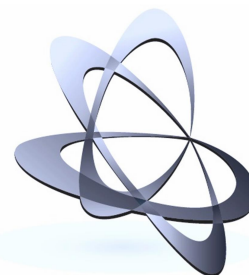
A receita em questão é gerada pela utilização que o setor das comunicações eletrónicas fará das infraestruturas elétricas que sejam infraestruturas aptas, mas o efeito que tal receita tem é, no seio das contas da Concessionária elétrica, a redução dos custos que esta última suporta com essas infraestruturas no âmbito da concessão, o que constitui, por sua vez, tema específico do setor elétrico. O tema está, portanto, não na existência de um custo adicional para as operadoras de comunicações eletrónicas com a utilização das Infraestruturas Aptas - as operadoras não farão nenhuma utilização diferente daquela fazem hoje - mas na repercussão que o Município Concedente considera que tal receita da Concessionária deve ter no preço da concessão elétrica, o que é inegavelmente um tema do setor elétrico, alheio às empresas de comunicações eletrónicas.

Não fosse assim, e nada impediria o Município Concedente e a Concessionária de definirem a esse respeito um valor totalmente arbitrário e que, em última análise, servisse para remunerar problemas resultantes das relações existentes entre essas duas entidades. A certeza de que essa remuneração seria suportada por um terceiro que, em nada, o poderia influenciar dar-lhes-ia tal prerrogativa, o que não é aceitável, nem – como vimos – é conforme a lei.

Um entendimento destes, em que o valor a acordar entre a Concessionária e a Concedente é suportado, na íntegra, por um terceiro, levaria a que o único critério para definição do valor fosse o de encontrar o ponto onde a receita para o Município Concedente é a maior possível, sem reduzir a procura da infraestrutura concessionada.

Na prática, estar-se-ia a aumentar artificialmente os custos de utilização das Infraestruturas Aptas, em claro incumprimento dos princípios do Decreto-Lei n.º 123/2009, de 21 de maio e da Diretiva n.º 2014/61/EU, subvertendo-se o princípio de orientação para os custos.

Nestes termos, da redação de cláusula proposta pela ERSE aqui em análise não poderá constar o texto “ (...) incluindo os valores a receber pelo município”.



14 de setembro de 2018

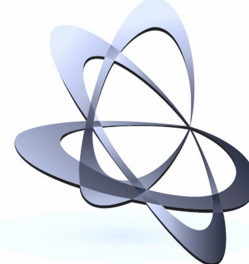
Por outro lado, no que respeita à menção feita pela ERSE na sua proposta de nova cláusula de “ (...) *mediante parecer vinculativo a emitir pela Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE) (...)*”, também não pode ser aceite pela APRITEL por não ter suporte legal.

Na verdade, no que respeita à fixação do valor da remuneração a pagar pelas empresas de comunicações eletrónicas como contrapartida pelo acesso e utilização das infraestruturas aptas, dispõe-se no n.º 4 do artigo 19.º do Decreto-Lei nº 123/2009, de 21 de maio, que a ANACOM aprovará por regulamento e para efeitos de assegurar uma remuneração orientada para os custos a metodologia para fixação desse valor de remuneração, ouvidas as entidades reguladoras competentes, designadamente, a Entidade Reguladora do Setor Elétrico para o setor elétrico.

Em lugar nenhum desse dispositivo se diz que o parecer da ERSE a emitir nesse âmbito constitui um parecer vinculativo, apontando assim para que esta norma constante do n.º 4 do artigo 19.º do Decreto-Lei nº 123/2009, de 21 de maio configure uma norma especial relativamente àquela que consta do n.º 3 do artigo 4.º do Decreto-Lei nº 123/2009, de 21 de maio.

Por outro lado, a matéria relativa à aprovação pela ANACOM da metodologia a utilizar para a fixação do valor da remuneração a pagar pelas empresas de comunicações eletrónicas não é matéria enquadrável na previsão do nº 3 do artigo 4.º do Decreto-Lei nº 123/209, de 21 de maio, por não ser uma “*matéria do sector elétrico*”. Não estando também por essa via sujeita a uma pronúncia da ERSE com carácter vinculativo.

A confirmar-se tal entendimento, extrai-se também do disposto nos n.ºs 8 e 9 do art.º 19.º do referido Decreto-Lei n.º 129/2003, de 21 de maio que em caso de divergência ou litígio relativo à remuneração a aplicar às empresas de comunicações eletrónicas, a ANACOM deve consultar a respetiva entidade sectorial (o presente caso a ERSE), mas se a decisão da ANACOM for «*(...) total ou parcialmente, contrária ao parecer da entidade reguladora setorial emitido nos termos do número anterior, aquela deve ser devidamente*



14 de setembro de 2018

*fundamentada, justificando especificamente as razões para o não acolhimento das conclusões constantes daquele parecer.».*

Desta forma, no que respeita à adequação da remuneração das concessionárias à metodologia fixada, a ANACOM deverá a ouvir a ERSE e a Direção Geral de Energia e Geologia, pronúncias que não são, porém, vinculativas.

Por outro lado, no caso de a ANACOM ser chamada a resolução de disputas sobre a concreta remuneração e/ou condições específicas de acesso a uma Infraestrutura Apta, a ANACOM deve novamente ouvir a entidade reguladora do setor a que pertence a entidade detentora de tais infraestruturas, mas – como se dispõe expressamente no número 9 do art.º 19.º do decreto-lei n.º 123/2009, de 21 de maio - não está obrigada a, na decisão dessa disputa, a seguir a pronúncia desse regulador, devendo somente, caso não acompanhe total ou parcialmente essa pronúncia, justificar de forma fundamentada e especificada as suas razões para o facto.

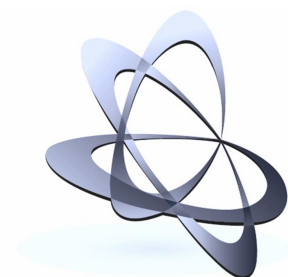
É perfeitamente compreensível que assim seja, na medida em que o parecer da ERSE não pode servir para contornar o *princípio da legalidade*, nem tampouco conduzir a ANACOM à fixação de uma metodologia que conduza à aplicação de uma remuneração que não é orientada aos custos.

Desta forma, **perante o atrás exposto, a APRITEL entende que a cláusula adicional que a ERSE propõe introduzir no atual contrato tipo de concessão deverá ser alterada, passando a ter a redação infra.**

**As alterações propostas pela APRITEL à cláusula adicional deverão subsistir em conjunto com as propostas de alteração, desta associação, ao artigo 1.º (cfr. ponto I *supra*).**

***Cláusula adicional proposta:***

\_\_\_\_\_º



14 de setembro de 2018

***Acesso e utilização das infraestruturas das redes de distribuição de energia elétrica aptas ao alojamento de redes de comunicações eletrônicas***

***1. As empresas de comunicações eletrônicas têm o direito de acesso e utilização das infraestruturas das redes de distribuição de energia elétrica aptas ao alojamento de redes de comunicações eletrônicas afetas à concessão nos termos do regime jurídico constante do Decreto-Lei nº 123/2009, de 21 de maio.***

***2. A empresa de comunicações eletrônicas que utilize as infraestruturas das redes de distribuição para alojamento de redes de comunicações eletrônicas deverá pagar uma contrapartida ao concessionário da rede BT definida nos termos fixados no art.º 19.º do Decreto-Lei nº 123/2009, de 21 de maio.***

## **Conclusões**

Atentas as razões apontadas, e dadas as ilegalidades de que padece o ponto 4.7. do Projeto de Proposta da ERSE, solicita-se à ERSE que proceda à competente alteração do mesmo, nos termos atrás sugeridos.

A APRITEL gostaria, ainda, de informar que caso as ilegalidades se mantenham no documento a final aprovado e/ou venham a ser aprovadas pelo Governo, irá aconselhar os seus associados a tomar as medidas que julguem mais convenientes para impedir a sua eventual aplicação, atentos os elevados prejuízos para as empresas de comunicações eletrônicas, para os consumidores de serviços de comunicações eletrônicas e, em última análise para o país, que resultariam da introdução de um valor a pagar às autarquias ao abrigo do contrato de concessão, como um custo passível de fazer refletir na contrapartida a pagar pelo operador de comunicações eletrônicas que utilize as infraestruturas das redes de distribuição para alojamento de redes de comunicações eletrônicas ao detentor /gestor dessas Infraestruturas.

