

©2018 Centro de Estudos em Direito da União Europeia
Escola de Direito – Universidade do Minho



O Mercado Único Digital como o novo mundo para a União Europeia: repercussões na estrutura regulatória social e institucional – a redefinição do serviço universal e do Organismo de Reguladores Europeus das Comunicações Eletrónicas (ORECE)

Joana Covelo de Abreu*

SUMÁRIO: O Mercado Único Digital é “o novo mundo” na União Europeia – sendo perspectivado como um interesse público primário porque é uma das formas que a União encontrou para se tornar financeiramente mais atrativa e chamativa à fixação de inovação. A fim de atingir estes objetivos, várias soluções normativas aparecem como desadequadas ao novo período que a União Europeia está a viver. Especialmente no que diz respeito às comunicações eletrónicas, o seu enquadramento legal e regulatório precisava de ser revisto e a proposta de um novo Código para as Comunicações Eletrónicas foi apresentada pela Comissão Europeia. Entre outras soluções inovadoras, pretende a redefinição do serviço universal europeu, para o atualizar às soluções de conectividade do nosso tempo, e visa a revisão do papel do Organismo dos Reguladores Europeus das Comunicações Eletrónicas conferindo-lhe competências mais amplas no âmbito da resolução transnacional de litígios e de articulação entre as instituições europeias e as autoridades reguladoras nacionais. Estas dimensões repensam o modelo regulatório social e institucional e este texto pretende perceber as suas potencialidades e fragilidades.

PALAVRAS-CHAVE: Mercado Único Digital – comunicações eletrónicas – regulação – serviço universal – ORECE.

* Professora da Escola de Direito da Universidade do Minho e integrante do Projeto Jean Monnet “INTEROP - EU Digital Single Market as a political calling: interoperability as the way forward” financiado pela EACEA (Educational, Audiovisual and Culture Executive Agency), Comissão Europeia.

O impacto das Tecnologias de Informação e de Comunicação (TIC) nas relações económicas globais e a implementação do Mercado Único Digital como interesse público primário

A Internet é o espaço onde as dimensões económica, política, social, cultural e lúdica se confundem e aglomeram, determinando que diferentes paradigmas coabitem. Esta reflexão pretende problematizar a ideia e o funcionamento da Internet como facilitadora de um fenómeno – aquele que diz respeito à globalização – com repercussões económicas que não podem ser desconsideradas ou esquecidas.

Na realidade, o fenómeno da globalização (ou das relações que extravasam fronteiras) já não é propriamente uma novidade, mas viu-se profundamente exponenciado e propiciado com a generalização do uso das ferramentas digitais. E tal *input* digital permitiu que os mercados – em todos os setores de atividade – se reinventassem e explorassem novas formas de procura e de oferta, novas formas de comercialização, novas plataformas de publicidade e de *marketing*, etc. A isto se pode chamar “o mundo novo”, numa apologia à obra cinematográfica com o mesmo nome, de Terrence Mallick. Afinal, perante o surgimento de uma nova realidade – e independentemente do período histórico em que esta raie – há demandas a acautelar, há que abraçar novos horizontes e perspetivas e há que estar ciente das necessárias alterações políticas e jurídicas que são inerentes ao novo *status quo*.

Neste diapasão, e tendo em consideração tal realidade, cabe a este estudo exploratório verificar e expor de que modo a União Europeia (UE) tem abordado estas novas dinâmicas relativas à globalização económica e qual o papel inovador que as TIC acarretaram. Na realidade, estes novos ângulos políticos vão ter um forte impacto no enquadramento jurídico e económico.

Com base nesta sensibilidade, a UE apostou no estabelecimento de um Mercado Único Digital como a mais recente novidade no plano político, perspetivando-o como uma das suas prioridades a dar cumprimento no âmbito da Estratégia Europa 2020¹ – e todos os agentes políticos nacionais e europeus se congratulam com o seu estabelecimento na medida em que têm a consciência que “as plataformas em linha alteraram drasticamente a economia digital ao longo das últimas duas décadas e acarretaram grandes benefícios para a sociedade digital dos dias de hoje”.² O Mercado Único Digital apareceu como um interesse público primário porque as instituições europeias se consciencializaram que as ferramentas digitais e as soluções tecnológicas “desempenham um papel fulcral na criação de valor digital, particularmente através da captação de valor significativo [...], facilitando a criação de novas empresas e criando novas dependências estratégicas”,³ sobretudo quando “[a] Europa tem uma crescente comunidade criadora de novas empresas, com empreendedores dinâmicos que procuram novas oportunidades [...]”.⁴ Acresce que a Comissão Europeia chegou à conclusão que “[d]iversas plataformas globalmente competitivas tiveram origem

¹ Cfr. Comissão Europeia, *Commission Staff Working Document “A Digital Single Market Strategy for Europe – Analysis and evidence”*, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – “A Digital Single Market Strategy for Europe”, SWD(2015) 100 final, Bruxelas, 6 de maio de 2015.

² Cfr. Comissão Europeia, *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões – “As plataformas em linha e o Mercado único digital: oportunidades e desafios para a Europa”*, COM(2016) 288 final, Bruxelas, 25 de maio de 2016.

³ Cfr. Comissão Europeia, *As plataformas em linha...*, 3.

⁴ Cfr. Comissão Europeia, *As plataformas em linha...*, 3.

na Europa, por exemplo a Skyscanner e a BlaBlaCar” mas que “[...] globalmente, a UE apenas representa atualmente cerca de 4% da capitalização total de mercado das maiores plataformas em linha”.⁵

Assim, a Comissão compreendeu que a União Europeia deveria tornar-se um local suficientemente atrativo para que os agentes económicos domiciliassem os seus negócios. Ora, isto deriva das próprias características inerentes às TIC – a sua utilização permite alcançar os respetivos utilizadores instantânea e facilmente, redesenhando a própria estrutura económica como a conhecemos há muitos anos. A oferta digital permite que se chegue ao destinatário final de forma fácil e eficaz e com um impacto praticamente imediato – independentemente de este ser um comprador, um fornecedor ou um cidadão comum tentando manter-se a par das últimas notícias... Assim, a oferta económica digital começou a abranger “[...] um vasto conjunto de atividades, incluindo plataformas de publicidade em linha, mercados, motores de busca, redes sociais e meios de produção de conteúdos criativos, serviços de comunicação, sistemas de pagamento e plataformas para a economia colaborativa”.⁶ À distância de um clique, todos os bens e serviços podem ser adquiridos, ainda que o seu fornecedor se encontre do outro lado do globo.

A UE passou a desenhar as suas preocupações em promover um ambiente mais recetivo às ferramentas inerentes às TIC quando chegou à conclusão, através de dados avançados pela Comissão Europeia, que tem um impacto apenas marginal, numa escala mundial, no desenvolvimento tecnológico e digital. De facto, a Comissão dá-nos ainda conta do seguinte: “[...] a grande maioria das plataformas em linha tem origem nos EUA e na Ásia”⁷, sendo necessário estabelecer estratégias para que a União se torne competitiva no contexto global.

Tendo presentes tais números, a UE percebeu que os seus Estados-Membros têm de criar o ambiente adequado e as condições de enquadramento jurídico essenciais para promover a emergência de novas plataformas em linha que estejam em condições de escolher a União para se sediarem. Acresce que a UE teve de pensar novas abordagens que pudessem dar aos agentes económicos aí sediados a possibilidade de crescerem globalmente, votando particular atenção às Pequenas e Médias Empresas (PME), acarretando ganhos de produtividade para o futuro.

Para o efeito, a UE avançou a estratégia para a prossecução do Mercado Único Digital⁸ que, a fim de promover o acesso e o exercício em linha de atividades de cidadãos e empresas, pretende promover um clima de livre concorrência enquanto observa padrões mais elevados de proteção de dados e do consumidor, sob pena de criar, sistemicamente, um retrocesso dos valores europeus quando não deve ser esse o caminho a calcorrear.

Assim, a aposta num espaço mais aberto às componentes digitais e tecnológicas visa desenvolver o envolvimento dos cidadãos em novas formas de acesso à informação e à cultura; pode conduzir a “um governo aberto, à igualdade e à não discriminação”; e “[p]ode criar novas oportunidades para o envolvimento dos cidadãos na sociedade, incluindo a participação democrática”.⁹ A UE está a tentar reinventar-se através de uma Europa digital, onde os meios digitais possam ser usados e adotados pela população em

⁵ Cfr. Comissão Europeia, *As plataformas em linha...*, 3.

⁶ Cfr. Comissão Europeia, *As plataformas em linha...*, 2.

⁷ Cfr. Comissão Europeia, *As plataformas em linha...*, 3.

⁸ Cfr. Comissão Europeia, *Commission Staff Working Document...*

⁹ Cfr. Comissão Europeia, *Commission Staff Working Document...*, 3 (tradução livre).

geral e as empresas sejam capazes de “fazer uso das TIC para aumentar os seus ganhos de produtividade, criando crescimento pelo caminho”.¹⁰ Como Malcolm Harbour, Membro do Parlamento Europeu, afirmou: “o Mercado Único Digital é o Mercado Único porque, se olharem para qualquer negócio que acede ao mercado único, um dos seus mais fortes componentes será a Internet ou uma oferta eletrónica”.

Tendo esta construção em mente, a UE promoveu um fórum de partes interessadas – o Forum Digital4EU de 2016 – onde, numa primeira aproximação, o destino do Mercado Único Digital esteve sob escrutínio. Na sua sessão 1, sob o tema “Atingindo o Mercado Único Digital – do índice de Digitalidade da Economia e da Sociedade (IDES) à ação”, foram avançados, pelas partes interessadas, quatro contributos centrais: 1) estimular a conectividade; 2) promover a alavancagem das designadas capacidades digitais (= *digital skills*) do capital humano envolvido; 3) estimular a integração da tecnologia digital pelas empresas; e 4) apostar em serviços públicos digitais.¹¹ No caso concreto, demandava-se uma reflexão sobre o impacto do estabelecimento de um Mercado Único Digital na estrutura regulatória das comunicações eletrónicas a fim de entender quais as alterações principais que teriam de ser introduzidas. No âmbito do tópico “conectividade”, os *stakeholders* entenderam ser fundamental “estabelecer um ambiente capaz de promover investimento no âmbito da revisão regulatória do setor das telecomunicações” a fim de promover uma melhor performance económica da UE.

Contudo, o contexto e o enquadramento jurídico deste novo sistema regulatório têm de ser claros, previsíveis e flexíveis de modo a permitir que os Estados-Membros possam ter em conta as suas próprias especificidades, adaptando-as.¹² No mesmo sentido, os *stakeholders* mostraram ser imperioso antecipar quando e sob que condições deve haver intervenção de entidades reguladoras já que entenderam que a intervenção regulatória e a supervisão devem observadas por atividade e não tendo em consideração quais são os agentes económicos envolvidos. Nesta matéria, o ritmo é sobejamente rápido e as soluções devem ser adotadas o quanto antes. Acresce que estas partes interessadas também sinalizaram como vital “dar os incentivos necessários às empresas” onde “os auxílios públicos se tornam indispensáveis para áreas de negócio onde ainda não há retorno”¹³ e, particularmente, para estimular a inovação. Na realidade, estes foram a base da ideia de coinvestimento (recentemente adotada pelo Parlamento Europeu nesta matéria).

As partes interessadas entenderam ainda que há trabalho a fazer quanto àqueles que compõem o lado da oferta: há uma clara necessidade de incrementar as capacidades digitais da população, apostando em novas formas de contacto digital pelo poder político e estimulando o comércio eletrónico através de um sentimento alargado de segurança em linha.

Assim, os *stakeholders* auscultados – entre os quais se destaca a Organização Europeia de Consumidores (BEUC) – perspetivaram tal enquadramento regulatório como um elemento de promoção do comércio transfronteiriço e não como um elemento de contenção, focando-se i) nas atividades desenvolvidas e não apenas nos atores económicos que as observam; ii) na criação de medidas regulatórias exequíveis

¹⁰ Cfr. Comissão Europeia, *Commission Staff Working Document...*, 3 (tradução livre).

¹¹ Cfr. Comissão Europeia, *Digital4EU 2016 Stakeholder Forum Report*, Bruxelas, 25 de fevereiro de 2016, 13-14.

¹² Cfr. Comissão Europeia, *Digital4EU 2016*, 13.

¹³ Cfr. Comissão Europeia, *Digital4EU 2016*, 13 (tradução livre).

relativas às atividades inerentes às TIC; iii) num sistema que esteja ao serviço da proteção dos agentes económicos; iv) na promoção de inovação; e v) na adoção de uma atuação neutra.¹⁴

Nesta circunstância, entendeu-se que existem inúmeros desenvolvimentos a observar no ordenamento regulatório inerente às telecomunicações e às comunicações eletrónicas – mas algumas dúvidas permanecem quanto à sua execução e cumprimento. Não obstante, o maior problema centra-se no facto de este tratamento estar a ser operado localmente apesar de as realidades em jogo terem, na sua base, uma interação mais globalizada, interconectada e interoperável, onde a ação de apenas uma entidade reguladora com escopo e âmbito de atuação nacional não se revelará suficiente ou, sequer, adequada. Por exemplo, Annabelle Gawer “questionou o papel da regulação no contexto onde as empresas como as das plataformas em linha são atores globais embora a aplicação regulatória seja local”.¹⁵

Acresce que, tendo em conta a necessidade de a regulação incidir sobre atividades e não sobre um negócio especial – na realidade, não pode surgir um novo enquadramento regulatório com o surgimento de novas plataformas em linha; é necessário avaliar se se trata, de facto, de uma nova atividade ou, por outro lado, se se trata de uma antiga com uma nova abordagem e, portanto, já sujeita ao escrutínio do quadro legal existente. E é neste ponto que a atualização da legislação em sede de regulação se torna particularmente difícil – a oferta digital surge com um tal ritmo que determina que o enquadramento jurídico lute contra o tempo. A fim de superar esta dificuldade, tem de haver uma maior consistência na aplicação das regras existentes quer pela UE, quer pelos Estados-Membros.

Resta, portanto, entender que soluções estão a ser equacionadas.

1. A implementação do Mercado Único Digital e o problema da regulação das plataformas em linha

A fim de responder às preocupações dos *stakeholders*, nomeadamente de regular as atividades e não os agentes económicos, a Comissão Europeia adotou a sua Comunicação subordinada ao tema “As plataformas em linha e o mercado único digital: oportunidades e desafios para a Europa”, onde começou por tratar importantes características das plataformas em linha. Na realidade, sem um fio condutor das características que vão ser usadas para definir uma plataforma em linha torna-se difícil desenhar o caminho que as autoridades reguladoras têm de seguir – e, bem assim, quais as circunstâncias que carecem de regulação.

É, assim, importante estabelecer que as plataformas em linha têm algumas características iminentes que irão permitir antever se se está perante uma nova atividade ou se se trata de um novo agente a desenvolver a mesma atividade, já anteriormente submetida ao enquadramento regulatório. Deste modo, “[a]s plataformas em linha partilham algumas características importantes e específicas”: 1) “têm a capacidade de criar e moldar novos mercados”, desafiando “os mercados tradicionais e [de] organizar novas formas de participação ou condução de negócios com base na recolha, processamento e edição de grandes quantidades de dados”; 2) têm a capacidade de atuar em mercados multifacetados; 3) podem ser beneficiárias dos designados “efeitos de rede” mas mantêm diferentes níveis de controlo sobre as interações diretas entre

¹⁴ Cfr. Comissão Europeia, *Digital4EU 2016*, 21.

¹⁵ Cfr. Comissão Europeia, *Digital4EU 2016*, 20 (tradução livre).

grupos de utilizadores; 3) beneficiam dos “efeitos em rede”;¹⁶ 4) baseiam-se em ferramentas de TIC para alcançar os respetivos utilizadores de forma instantânea e fácil; e 5) são capazes de criar valor digital, normalmente através “da acumulação de dados a fim de promover novas ofertas de negócio.”¹⁷

Os seus benefícios já foram tratados mas a Comissão também elencou as suas preocupações: “[...] a importância crescente da economia digital aliada à diversidade e à natureza de mudança rápida dos ecossistemas das plataformas também colocam novos desafios políticos e regulamentares”.¹⁸ A fim de atingir as potencialidades do Mercado Único Digital na União Europeia, nomeadamente para “colher todos os benefícios da economia das plataformas e estimular o crescimento de novas empresas europeias de plataformas” é importante a adoção de um conjunto harmonizado de regras para todos os Estados-Membros – “[d]ivergências na regulamentação nacional, ou mesmo local, relativa às plataformas em linha criam incerteza junto dos operadores económicos, limitam a disponibilidade dos serviços digitais e geram confusão nos utilizadores e nas empresas”.¹⁹

Tal tem sido gradualmente observado em sede de concorrência, proteção de dados pessoais, proteção dos consumidores e quanto às liberdades económicas. Mas também é preciso ter em consideração o acompanhamento em sede de cumprimento. Na realidade, as plataformas em linha têm uma configuração transfronteiriça que demanda maior cooperação entre as autoridades nacionais relevantes. Neste sentido, já se encontra em implementação o Regulamento Geral de Proteção de Dados,²⁰ demandando que as entidades nacionais e europeias se articulem em matéria de proteção de dados pessoais. A mesma sensibilidade tem de perpassar outros setores materiais, como o do quadro regulatório das comunicações eletrónicas.

A Comissão também entendeu que outras medidas deveriam ser tidas em consideração: aquelas que “apenas abordem com clareza os problemas identificados em relação a um tipo específico ou atividade de plataformas, em linha com os princípios da boa regulação”.²¹ Assim, aquela anteviu como fundamental que condições equitativas para serviços digitais comparáveis deveriam ser observadas a fim de promover e adequar um regime jurídico regulatório atualizado que possa responder aos novos desafios colocados pelas plataformas em linha.

Este caminho vem estritamente associado à convicção de que existem operadores de plataformas em linha que oferecem serviços que têm a capacidade de funcionalmente se substituírem a outros de natureza tradicional. O exemplo paradigmático é o das aplicações *Over-The-Top* (OTT). “As aplicações *Over-The-Top* (OTT) ganham grande interesse por causa da sua oferta competitiva de um serviço face ao fornecedor e operador de telecomunicações”.²² Na realidade, “armazenamento em linha (*cloud*), notícias, redes

¹⁶ Sumariamente, e como mencionado pela Comissão Europeia, os “efeitos de rede” descrevem que a forma como o mercado se comporta – “o valor dos serviços aumenta com o número de utilizadores”. Cfr., para maiores detalhes, Comissão Europeia, *As plataformas em linha...*, 3.

¹⁷ Cfr., para maior desenvolvimento, Comissão Europeia, *As plataformas em linha...*, 2 e 3.

¹⁸ Cfr. Comissão Europeia, *As plataformas em linha...*, 3.

¹⁹ Cfr. Comissão Europeia, *As plataformas em linha...*, 5.

²⁰ Cfr. Regulamento (UE) n.º 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção de pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados).

²¹ Cfr. Comissão Europeia, *As plataformas em linha...*, 5.

²² Cfr. Marius Corici *et al.*, “Network and control platforms”, in *Evolution of telecommunication services – the convergence of telecom and internet: technologies and ecosystems*, ed. Emmanuel Bertin *et al.* (Springer:

sociais assim como os serviços clássicos de fornecimento de telecomunicações como voz, vídeo e mensagens são oferecidos alternativamente e parcialmente de graça.”²³

As aplicações OTT com particular relevância para a matéria são aquelas que diretamente concorrem com os fornecedores tradicionais de telecomunicações. Na realidade, as OTT têm as mesmas características dos serviços tradicionais mas não estão vinculadas às mesmas regras aplicáveis a estes. Apesar de as OTT terem ganho particular importância porque reinventaram a área do fornecimento móvel, elas questionam “o negócio das telecomunicações no âmbito da voz, do vídeo e das mensagens e, finalmente, reduzem o agente económico a um mero fornecedor de ligação via IP”. Acresce que “os serviços OTT maioritariamente se sedimentam em soluções próprias, sem terem em consideração a interoperabilidade”²⁴ – aliás, como veiculado pela doutrina autorizada na matéria, “[n]ormalmente a comunicação oferecida a um subscritor de serviços OTT (Skype, Facebook, Google, WhatsApp, etc.) é limitada a outro subscritor no mesmo sistema, mas não inclui subscritores de outros serviços OTT”²⁵

Tendo em conta tal conclusão, torna-se claro que são necessárias condições iguais para fornecedores de serviços comparáveis – a ideia foi a de evitar sobrecarregar tanto os mercados emergentes como os tradicionais a fim de criar, em termos regulatórios, um regime não discriminatório com a faculdade de ser equitativamente aplicável. Assim, perante serviços digitais comparáveis devem ser adotadas normas similares ou equivalentes. É um facto que aquilo que se pode perspetivar como “um serviço comparável pode variar de acordo com o contexto das políticas públicas”, mas esta é outra razão para estabelecer um princípio geral do Mercado Único Digital na matéria – aquele que é chamado, pela Comissão Europeia, como o princípio da “criação de condições equitativas nas áreas relevantes” – que pode ser atingido através da simplificação, modernização e esclarecimento da regulação existente sem “a imposição de um fardo desproporcionado sobre os modelos de negócio, quer novos, quer tradicionais”²⁶

Seguindo esta demanda, a Comissão Europeia apresentou, no dia 14 de setembro de 2016, uma proposta de Diretiva que estabelece o Código Europeu das Comunicações Eletrónicas.²⁷ Esta proposta surge na medida em que o quadro legal regulatório para as comunicações eletrónicas foi revisto, pela última vez, em 2009 e pede atualização na medida em que “o setor evoluiu significativamente e o seu papel enquanto promotor da economia em linha ganhou relevância”.²⁸ Na realidade, quer os cidadãos, quer as empresas dependem, cada vez mais, “de dados e de serviços de acesso à Internet, em detrimento da telefonia e dos outros serviços de comunicação tradicionais”.²⁹ E isto proporcionou o surgimento de novas tipologias de agentes de mercado para concorrer com os operadores de serviços de telecomunicações tradicionais – como aqueles das aplicações OTT.³⁰ Acresce que se trata de uma proposta que visa dar cumprimento

Heidelberger, 2013), 18 (tradução livre).

²³ Cfr. Marius Corici *et al.*, *Network and control platforms...*, 18 (tradução livre).

²⁴ Cfr. Marius Corici *et al.*, *Network and control platforms...*, 18 (tradução livre).

²⁵ Cfr. Marius Corici *et al.*, *Network and control platforms...*, 18 (tradução livre).

²⁶ Cfr. Comissão Europeia, *As plataformas em linha...*, 7.

²⁷ Cfr. Comissão Europeia, *Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece o Código Europeu das Comunicações Eletrónicas*, COM(2016) 590 final, Bruxelas, 12 de outubro de 2016.

²⁸ Cfr. Comissão Europeia, *Proposta de Diretiva...*

²⁹ Cfr. Comissão Europeia, *Proposta de Diretiva...*, 2.

³⁰ Como referido na Proposta de Diretiva, “por exemplo, os operadores de distribuição de conteúdos

a outro interesse público do Mercado Único Digital: a implementação da Sociedade Europeia a Gigabits.³¹

Mais recentemente, em fevereiro de 2018, o Parlamento Europeu emanou uma Nota Informativa relativa ao tópico “O Código das Comunicações Eletrónicas da UE e o coinvestimento: fazendo o balanço da discussão das políticas”.³² É um documento que pretende, na senda da proposta da Diretiva, promover a implementação da Sociedade Europeia a Gigabits e as demandas dos *stakeholders* em encontrar uma forma de promover o entrosamento do financiamento privado. Para este propósito, o Parlamento Europeu aposta no coinvestimento como uma forma de atingir aqueles objetivos afastando a figura de auxílios de estado como outra forma de atingir maior eficiência.

Votando a nossa atenção à proposta de Diretiva, sente-se a sua nota de ambição e, nesta senda, visa atingir a observância dos princípios gerais do direito da concorrência, obrigatórios no contexto da UE. Entre várias propostas para o quadro jurídico-regulatório das comunicações eletrónicas, votar-se-á a atenção a duas, uma de natureza material e outra de natureza institucional:

- por um lado, este Código procura uma redefinição do serviço universal que é assegurado em todos os Estados-Membro da UE;
- por outro lado, aposta na redefinição do papel do ORECE concedendo-lhe, em articulação com uma proposta de Regulamento, poderes consultivos, particulares poderes em matéria de resolução de litígios transfronteiriços e poderes consultivos técnicas.

Analisando estes dois tópicos de forma mais premente, tentar-se-á verificar quais as principais alterações que advirão deste proposto Código das Comunicações Eletrónicas.

1.1 A redefinição do serviço universal à luz da proposta de Diretiva que implementa o Código Europeu das Comunicações Eletrónicas

Cabe ao âmbito regulatório promover, a par da leal concorrência dos agentes económicos, o que se designa de uma regulação social. Esta regulação social, quando se trata de comunicações eletrónicas, diz respeito a um serviço universal. A regulação social surge, assim, como uma necessidade de proteção dos direitos e dos interesses dos utilizadores independentemente da sua localização geográfica.

Neste contexto, cabe às autoridades reguladoras nacionais assegurar que todos os utilizadores tenham acesso ao serviço universal. O conceito de serviço universal é dinâmico: refere-se ao mínimo de serviços de qualidade especificada, disponível para todos os utilizadores, apesar da sua localização geográfica e, em função das condições nacionais, a um preço acessível. Assim, “[as] regras do serviço universal asseguram

audiovisuais em linha, denominados ‘operadores OTT’ - do inglês “*over-the-top*” - que oferecem um leque variado de aplicações e serviços, incluindo serviços de comunicações, através da Internet”. Para maior desenvolvimento, cfr. Comissão Europeia, *Proposta de Diretiva...*, 2.

³¹ Cfr. Joana Covelo de Abreu, “Promotion of internet connectivity in local communities (“WiFi4EU” legislative framework): deepening European Digital Single Market through interoperability solutions – Editorial of October 2017”, in UNIO – EU Law Journal - The official blog “Thinking and debating Europe”, <https://officialblogofunio.com/2017/10/09/editorial-of-october-2017/#more-2265> [acesso: 5.5.2018].

³² Cfr. Parlamento Europeu, *Briefing “EU electronic communications code and co-investment: Taking stock of the policy discussion”*, 5 February 2018, in [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/614693/EPRS_BRI\(2018\)614693_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/614693/EPRS_BRI(2018)614693_EN.pdf) [acesso: 20.3.2018] (tradução livre).

que qualquer utilizador pode aceder a serviços de comunicação básicos de qualidade razoável e por um preço acessível, ainda que o mercado não o faculte”.³³

Como se trata de um conceito dinâmico, o seu âmbito deve ser sujeito a uma leitura evolutiva a fim de acompanhar o progresso tecnológico, o desenvolvimento do mercado e as modificações na procura por parte dos utilizadores. A sua característica fundamental é a da sua ubiquidade geográfica – todos os utilizadores, independentemente da sua localização geográfica, têm de ter acesso ao serviço em condições igualitárias. Esta característica tem particular relevo porque evita que os agentes económicos distingam as comunidades isoladas (onde o interesse dos consumidores é diminuto e, portanto, aqueles não as veem como sendo capazes de gerar o retorno para o investimento inicial) das comunidades centrais (onde o lucro é uma realidade).

Atento o quadro jurídico regulatório ainda em vigor, cabe às autoridades reguladoras nacionais controlar os preços de tais préstimos ao abrigo do serviço universal a fim de promoverem e permitirem maior conectividade e acessibilidade. No entanto, o serviço universal não pode ser confundido com serviço público – já que a noção de serviço universal nos remete para uma responsabilidade pública de garantia, demandando que o Estado assegure, não por si, mas através do próprio mercado, que certos serviços serão prestados mediante condições especificadas. A prestação daquele serviço representa, de algum modo, um encargo para os prestadores, impondo-lhes que prestem os serviços abrangidos segundo regras predefinidas e não segundo as condições normais do mercado (marcadas pela disponibilização da oferta mediante a procura detetada).

Tratando-se de um conceito dinâmico, a proposta da Comissão visa proceder a uma adaptação gradual do serviço universal às tendências atuais: através do estabelecimento de serviços de voz e de banda larga fixos. Esta proposta apenas aposta que este acesso se foque, em primeira linha, em serviços de voz e de Internet banda larga – embora convide os Estados-Membros a adotar medidas legislativas e de regulação que podem “incluir medidas de acessibilidade económica dos serviços móveis para os utilizadores finais mais vulneráveis”.³⁴ A fim de dar cumprimento a isto, a proposta prevê a mobilização de mecanismos de estímulo político como “incentivos ao investimento privado, auxílios estatais, obrigações de cobertura relativas ao espetro, etc.” para atingir, no âmbito da redefinição do serviço universal, o que se chama de “banda larga universal”.³⁵

Neste sentido, a proposta visa modernizar o regime do serviço universal, centrando-se no serviço universal de banda larga básica. A intervenção dos Estados-Membros deve incidir na acessibilidade económica da conectividade disponível. Neste contexto, a proposta confia aos Estados-Membros e às suas autoridades reguladoras nacionais a tarefa de assegurarem, a todos os utilizadores, a preços acessíveis, serviços funcionais de acesso à Internet de banda larga e a comunicações de voz, pelo menos, numa localização fixa. A fim de garantir a acessibilidade económica, a proposta habilita os Estados-Membros a exigirem, aos agentes económicos, a oferta de opções tarifárias especiais para os utilizadores finais identificados como tendo parcos rendimentos ou necessidades sociais especiais.

Para promover a adequação legislativa, a proposta da Comissão também antevê

³³ Cfr. Comissão Europeia, *Universal Service*, última atualização em 8 de junho de 2018, in <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/content/universal-service-0> [acesso: 27.6.2018] (tradução livre).

³⁴ Cfr. Comissão Europeia, *Proposta de Diretiva...*, 12.

³⁵ Cfr. Comissão Europeia, *Proposta de Diretiva...*, 12.

a necessidade de afastar algumas demandas que hoje em dia não são mais apropriadas: para o realizar, a Comissão propõe alterações como “a remoção das obrigações de serviço universal redundantes, tais como os requisitos de disponibilização de cabinas telefónicas e listas telefónicas físicas” e “um estreitamento do âmbito das obrigações de disponibilidade do serviço universal e o encerramento do mecanismo de repartição setorial”.³⁶

Em Portugal, é a ANACOM (Autoridade Nacional para as Comunicações) que é responsável pela regulação do setor das comunicações eletrónicas e, especificamente, realiza as diligências, conjuntamente com o Governo, para a prestação de um serviço universal. Contudo, tendo em conta a revisão do quadro regulatório europeu, é previsível que a legislação nacional relativa às comunicações eletrónicas³⁷ precise de ser significativamente revista, nomeadamente quanto à definição de serviço universal a fim de acondicionar as novidades que foram anteriormente mencionadas.

Apenas o decurso do tempo permitirá perceber se estas alterações irão chegar à luz do dia apesar de ser claro que respostas tendentes a um quadro jurídico-regulatório mais eficiente serão capazes de incrementar as potencialidades do Mercado Único Digital.

1.2 Da redefinição do papel do ORECE

Na proposta de um Código Europeu das Comunicações Eletrónicas, a Comissão Europeia aposta em fortalecer as relações entre o ORECE e as autoridades reguladoras nacionais perspetivando o ORECE como uma agência reguladora descentralizada.

As agências da União são organismos distintos das instituições da União, tratando-se de entidades jurídicas criadas para realizar tarefas específicas ao abrigo do direito da União, nomeadamente tendo competências técnicas para suplantar as dúvidas das autoridades nacionais. São entidades legais criadas para desenvolver tarefas específicas no âmbito do direito da União Europeia. No caso, “[o]s motivos para um reforço seletivo da supervisão regulamentar, sobretudo mediante um papel acrescido do ORECE, justifica-se pelos indícios que comprovam uma falta de coerência na aplicação de regulamentação, a qual é fundamental para promover o mercado interno”.³⁸ Ao ORECE são conferidas funções adicionais como uma agência descentralizada, assumindo um papel consultivo com alguns poderes normativos. Vai acarretar que os Estados-Membros e as autoridades reguladoras nacionais ajam em conjunto com as instituições europeias a fim de implementar opções políticas públicas europeias – nomeadamente no âmbito de competências partilhadas – permitindo uma maior cooperação e a partilha de competências técnicas.

Como estas agências e organismos não observam um modelo único, todas dependem da criação e do estabelecimento da sua própria “carta constitutiva”. No caso do ORECE, a proposta de Código das Comunicações Eletrónicas determina a adoção de outras propostas legislativas, nomeadamente uma proposta de Regulamento que institui o Gabinete do Organismo de Reguladores Europeus das Comunicações Eletrónicas.³⁹ Este Regulamento é um ato instrumental relativamente à proposta de

³⁶ Cfr. Comissão Europeia, *Proposta de Diretiva...*, 15.

³⁷ Cfr. Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro, também conhecida como “REGICOM – Regime Geral das Comunicações Eletrónicas”, disponível, em português, em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1439&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo=& [acesso: 27.6.2018].

³⁸ Cfr. Comissão Europeia, *Proposta de Diretiva*, 6.

³⁹ Cfr. Comissão Europeia, *Proposta de Regulamento do Parlamento e do Conselho que institui o Gabinete do Organismo de Reguladores Europeus das Comunicações Eletrónicas*, COM(2016) 591 final, Bruxelas, 14 de

Diretiva que cria um Código Europeu de Comunicações Eletrónicas porque tal código confia ao ORECE a realização de certas tarefas que ajudarão a atingir a aplicação coerente do quadro regulatório.

Assim, apesar de institucionalmente criado em 2010 (tornando-se operacional em 2011), o ORECE ofereceu conhecimentos técnicos preciosos para as autoridades reguladoras nacionais e para as instituições da União, nomeadamente através da apresentação de pareceres. Por tais razões, o seu papel teve de sair reforçado apesar de manter a mesma designação. Ser-lhe-á pedido que assista a Comissão Europeia e as autoridades reguladoras nacionais no domínio da normalização, ajudando-as a identificar falhas de interoperabilidade ou situações que ameacem a conectividade ou o acesso efetivo a serviços de emergência.

Também funcionará, nos procedimentos de autorização geral, como ponto de contacto único. Assim, os fornecedores de serviços ou de redes deverão submeter ao ORECE a sua notificação que a irá reencaminhar para as autoridades reguladoras nacionais.⁴⁰ A fim de facilitar tais contactos, o ORECE deverá criar um registo europeu. O ORECE também desempenhará funções consultivas, através do estabelecimento de orientações de boas práticas na realização de levantamentos geográficos relativos à disponibilização de redes.⁴¹

Acresce que, ao abrigo do artigo 2.º, n.º 3 da proposta de Regulamento, é estabelecido que as autoridades reguladoras nacionais “deverão cumprir qualquer decisão e ter na melhor conta qualquer parecer, orientação, recomendação e boa prática adotado(a) pelo ORECE com o objetivo de assegurar uma aplicação coerente do quadro regulamentar das comunicações eletrónicas”.

Por outro lado, no âmbito do artigo 27.º da proposta de um Código das Comunicações Eletrónicas, é criado um mecanismo de resolução de litígios transfronteiriços. Aqui, o papel do ORECE sai consolidado na medida em que as autoridades reguladoras nacionais o notificarão “no sentido de obterem uma resolução do litígio coerente”.

Assim, a proposta de Regulamento visa a observância de objetivos regulatórios que a Comissão estabeleceu na estratégia que ela designou para o Mercado Único Digital. Quanto ao ORECE, a revisão do seu papel pretende assegurar um quadro jurídico-regulatório institucional que possa ser mais efetivo para que o enquadramento das comunicações eletrónicas seja aplicado adequadamente a fim de criar as condições propícias à sedimentação do Mercado Único Digital. Na realidade, como dar-se-ão avanços significativos nas condições de mercado e no ambiente tecnológico, há a necessidade de reforçar o quadro institucional, nomeadamente asseverando o papel e o âmbito de atuação do ORECE.

A propósito do ORECE, o Parlamento Europeu se pronunciou através da Nota Informativa “Organismo de Reguladores Europeus das Comunicações Eletrónicas (ORECE)”⁴² onde entendeu que “[a] sua atual arquitetura é pensada para um organismo com personalidade legal (o Gabinete do ORECE), que é (em termos de recursos humanos) a mais pequena entidade tipo agência na UE, a que acresce o Conselho

setembro de 2016.

⁴⁰ Cfr. Comissão Europeia, *Proposta de Diretiva*, considerando 40.

⁴¹ Cfr. Comissão Europeia, *Proposta de Diretiva*, considerando 60.

⁴² Cfr. Parlamento Europeu, *Briefing “Body of European Regulators for Electronic Communications (BEREC)”*, 23 de junho de 2017, in http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/593560/EPRS_BRI%282016%29593560_EN.pdf [acesso: 20.5.2018].

de Reguladores do ORECE”.⁴³ Neste sentido, o Parlamento Europeu percebeu que as condições legislativas necessárias tendentes a uma aplicação coerente do quadro regulatório das comunicações eletrónicas podem ser atingidas através de uma efetiva supervisão a ser realizada pelo ORECE, nomeadamente pelo aprofundamento das suas competências consultivas na resolução de litígios transfronteiriços.

Na realidade, tornou-se claro que, para além da fragmentação do mercado, também há uma falta de coerência na regulação das comunicações eletrónicas. Estes dois aspetos negativos são devidos, pelo menos em parte, à atual estrutura institucional e à forma como os vários agentes institucionais (principalmente as autoridades reguladoras nacionais, o ORECE e a Comissão Europeia) interagem e podem influenciar a efetividade do resultado regulatório final. Assim, os poderes reguladores reforçados *ex ante* do ORECE irão reforçar a segurança jurídica e contribuir para uma maior coerência regulatória. Na realidade, as evoluções tecnológicas acarretam inúmeras questões transfronteiriças que requerem uma coerência regulatória entre os vários Estados-Membros envolvidos. Ora, uma entidade europeia será capaz de abordar melhor as referidas questões do que cada um dos Estados-Membros, isoladamente. No entanto, há uma avaliação de proporcionalidade na medida em que o novo ORECE continuará a conjugar as suas competências com as das autoridades reguladoras nacionais (que permanecem no cerne da ação do ORECE e constituem os membros da sua administração).

Assim, a estrutura administrativa e de gestão do ORECE é constituída por 1) um conselho de administração; 2) um diretor executivo; 3) os grupos de trabalho e 4) uma instância de recurso (artigo 3.º da proposta de Regulamento). O conselho de administração será composto por um representante de cada Estado-Membro e dois representantes da Comissão, todos com direito de voto. Caberá a cada autoridade reguladora nacional nomear o seu respetivo representante de entre os seus membros – artigo 4.º, n.º 1. Quando exista mais do que uma autoridade reguladora nacional por Estado-Membro, irão acordar entre si um representante comum, assegurando que a necessária coordenação entre aquelas é mantida – artigo 4.º, n.ºs 1 e 2.

Nos termos do artigo 4.º, n.º 3, os seus membros serão designados tendo em conta os seus conhecimentos no domínio das comunicações eletrónicas, atentando às suas qualificações relevantes em matéria administrativa, orçamental e de gestão. O mandato será de quatro anos e poderá ser renovado – artigo 4.º, n.º 4.

O diretor executivo administrará o ORECE e responderá perante o conselho de administração – artigo 9.º, n.º 1. Exercerá as suas funções com autonomia e independência, não solicitando nem recebendo instruções de qualquer governo, instituição, pessoa ou organismo – artigo 9.º, n.º 2.

Os grupos de trabalho serão constituídos mediante determinação do conselho de administração quando se justifique para dar execução ao programa de trabalho da ORECE – artigo 10.º, n.º 1. Os seus membros serão designados pelo conselho de administração entre os peritos das autoridades reguladoras nacionais, dos serviços da Comissão, do ORECE e das autoridades reguladoras nacionais de países terceiros que participem nos trabalhos do ORECE – artigo 10.º, n.º 2. A coordenação e moderação dos trabalhos serão asseguradas por um membro do pessoal do ORECE – artigo 10.º, n.º 3.

A instância de recurso tramitará os recursos das decisões do ORECE, os quais podem ser interpostos por qualquer pessoa singular ou coletiva, incluindo as

⁴³ Cfr. Parlamento Europeu, *Briefing “Body of European Regulators...”*, 2 (tradução livre).

autoridades reguladoras nacionais. Para este efeito, a pessoa/entidade com legitimidade é ou a destinatária da decisão ou, embora a decisão seja formalmente dirigida a outra pessoa, lhe diga direta e individualmente respeito – artigo 14.º, n.º 2. Os recursos não terão, em regra, efeito suspensivo – artigo 14.º, n.º 3.

Assim, esta solução legislativa trata, numa perspetiva apriorística, algumas dificuldades que se podem colocar num mercado integrado, especialmente quando existam manifestações transfronteiriças e a UE esteja a harmonizar a forma como as disposições regulatórias são aplicadas em todos os Estados-Membros.

II. Reflexões conclusivas

Da nossa exposição, resulta claro que há “*o novo mundo*” que determinará como a economia da União Europeia será moldada no futuro – através de uma aposta efetiva em espalhar o conhecimento técnico e digital.

No entanto, isto acarreta uma atenção redobrada para que se consiga a manutenção do paradigma regulatório existente no contexto da União Europeia, mas que simultaneamente se opere a sua atualização necessária – decorrente de novas realidades, daquele “*novo mundo*”... As demandas de regulação, tal como as conhecemos hoje, determinam que cabe às autoridades reguladoras nacionais controlar os mercados e intervir a fim de promover determinados fins a que se encontram adstritas. Assim, tanto a Comissão Europeia como os outros organismos e agências especializadas assumem um papel de supervisão e de acompanhamento técnico especializado.

Do domínio do esquema regulatório das comunicações eletrónicas, há grandes alterações que tivemos oportunidade de tratar. Em primeiro lugar, existe a proposta de Diretiva estabelecendo um Código Europeu das Comunicações Eletrónicas. Visa tratar aprofundadamente o papel vital que as comunicações eletrónicas têm na economia europeia, mas dando corte a preocupações sociais e institucionais que mereceram a nossa atenção.

Esta proposta de Diretiva alarga a noção de serviço universal no âmbito das comunicações eletrónicas. Na realidade, uma exigência harmonizada de serviço universal é importante a fim de promover um tratamento não discriminatório dos agentes económicos e para alargar e atualizar os serviços compreendidos como universais atentos os novos desenvolvimentos em matéria de comunicações eletrónicas.

Neste contexto de mudança, o serviço universal terá de pressupor um serviço de Internet de banda larga – de natureza fixa, pelo menos – numa perspetiva de omnipresença geográfica em todos os Estados-Membros. A proposta inova no tipo de serviço universal, mas também demanda o estabelecimento de infraestruturas capazes que possam responder a este novo serviço universal. Contudo, uma aproximação breve a esta proposta levanta duas preocupações:

- no contexto da UE, a representação de interesses é uma prática legalmente regulada e poderá determinar que este tipo de solução seja recusada se os custos inerentes se revelarem demasiadamente onerosos para os agentes económicos que atuam no mercado das comunicações eletrónicas;

- juridicamente, parece que esta iniciativa poderá ser vítima das mesmas razões que conduziram às alterações que estamos a analisar. Na realidade, a proposta de Código Europeu das Comunicações Eletrónicas não é suficientemente concreta – nem sequer remete para outro ato jurídico onde o assunto seja tratado – em como os agentes económicos, que operam o mercado das comunicações eletrónicas, serão onerados na promoção desta nova amplitude reconhecida ao serviço universal. Ora, verificou-

se que existem dificuldades quanto à sujeição de determinadas novas atividades no âmbito das comunicações eletrónicas à regulação social – como aquelas realizadas pelos serviços OTT. Se não existir maior concretização, os operadores tradicionais continuarão a ser aqueles que mais saem onerados, já que continuarão a ser os que suportarão os custos inerentes à criação das condições necessárias ao estabelecimento deste serviço universal.

Só o tempo será capaz de estabelecer como é que tudo se irá operacionalizar, mas parece que a solução encontrada continua a tratar diferentemente aqueles que, com a revolução digital, são iguais ou, pelo menos, comparáveis e, para esse efeito, o objetivo traçado por este pacote legislativo parece comprometido. Quando mais informação for disponibilizada será possível aferir se esta será a solução adotada e quais as suas consequências.

Por sua vez, em termos institucionais, o ORECE irá experienciar uma reconversão e surgirá como em verdadeira agência descentralizada, devendo desempenhar um papel mais proeminente no sentido da consecução dos objetivos e políticas da União, especialmente através da resolução de litígios transfronteiriços e da promoção de um diálogo cruzado entre as instituições europeias e as autoridades reguladoras nacionais.

O nosso tempo passa por um período histórico paradigmático e o enquadramento legal tem de ser suficientemente adaptável para responder aos novos desafios. Contudo, é importante que juridicamente se atue com a mesma rapidez que a inovação acontece em todos os outros setores... E este é o novo desafio que o direito da União tem de enfrentar e debelar.