ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Terceira Secção)

20 de Outubro de 2005 *

Nos processos apensos C-327/03 e C-328/03,

que têm por objecto dois pedidos de decisão prejudicial nos termos do artigo 234.° CE, apresentados pelo Bundesverwaltungsgericht (Alemanha), por decisões de 30 de Abril de 2003, entrados no Tribunal de Justiça em 28 de Julho de 2003, nos processos:

Bundesrepublik Deutschland

contra

ISIS Multimedia Net GmbH und Co. KG, representada por **ISIS Multimedia Net Verwaltungs GmbH** (C-327/03),

Firma O2 (Germany) GmbH und Co. OHG (C-328/03),

* Língua do processo: alemão.

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Terceira Secção),

composto por: A. Rosas, presidente de secção, J. Malenovský, S. von Bahr (relator), A. Borg Barthet e U. Lõhmus, juízes,

advogado-geral: D. Ruiz-Jarabo Colomer,
secretário: M. Ferreira, administradora principal,

vistos os autos e após a audiência de 11 de Novembro de 2004,

vistas as observações apresentadas:

— em representação da Bundesrepublik Deutschland, por S. Prömper e K. Schierloh, na qualidade de agentes,

— em representação da ISIS Multimedia Net GmbH und Co. KG, representada pela ISIS Multimedia Net Verwaltungs GmbH, por R. Schütz, Rechtsanwalt,

— em representação da Firma O2 (Germany) GmbH und Co. OHG, por M. Hoffmann, Rechtsanwalt,

— em representação do Governo do Reino Unido, por K. Manji, na qualidade de agente, assistido por S. Moore, barrister,

— em representação da Comissão das Comunidades Europeias, por C. Schmidt e M. Shotter, na qualidade de agentes,

ouvidas as conclusões do advogado-geral na audiência de 9 de Dezembro de 2004,

profere o presente

Acórdão

1 Os pedidos de decisão prejudicial dizem respeito à interpretação da Directiva 97/13/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 10 de Abril de 1997, relativa a um quadro comum para autorizações gerais e licenças individuais no domínio dos serviços de telecomunicações (JO L 117, p. 15).

2 Estes pedidos foram apresentados no quadro de dois litígios que opõem a Bundesrepublik Deutschland à ISIS Multimedia Net GmbH und Co. KG, representada pela ISIS Multimedia Net Verwaltungs GmbH (a seguir «ISIS Multimedia»), e à Firma O2 (Germany) GmbH und Co. OHG (a seguir «Firma

O2») a propósito da taxa exigida pela Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (autoridade reguladora das telecomunicações e correios, a seguir «autoridade reguladora») no âmbito de pedidos de atribuição de números de telefone.

Quadro jurídico

Regulamentação comunitária

3 O artigo 11.º da Directiva 97/13 prevê:

«1. Os Estados-Membros devem zelar por que quaisquer taxas cobradas a empresas no quadro dos processos de autorização se destin[e]m apenas a cobrir os custos administrativos decorrentes da emissão, gestão, controlo e aplicação das licenças individuais. As taxas relativas a uma licença individual devem ser proporcionais ao trabalho envolvido e devem ser publicadas de modo adequado e suficientemente pormenorizado, por forma a facilitar o acesso a essas informações.

2. Não obstante o n.º 1, quando forem utilizados recursos escassos, os Estados-Membros poderão permitir que as suas autoridades reguladoras nacionais imponham encargos que reflictam a necessidade de assegurar a utilização óptima desses recursos. Esses encargos devem ser não discriminatórios e devem ter particularmente em conta a necessidade de fomentar o desenvolvimento de serviços inovadores e a concorrência.»

Legislação nacional

4 A legislação nacional relevante inclui o § 43, n.º 3, da lei das telecomunicações (Telekommunikationsgesetz), de 25 de Julho de 1996, (BGBl. 1996 I, p. 1120, a seguir «TKG»), e o regulamento de taxas dos números de telecomunicações (Telekommunikations-Nummerngebührenverordnung), de 16 de Agosto de 1999 (BGBl. 1999 I, p. 1887, a seguir «TNGebV»).

5 O § 43 da TKG prevê que a autoridade regulamentar assume as tarefas de gestão da numeração e que a decisão de atribuição de um número de telefone, na sequência de um pedido, dá lugar à cobrança de uma taxa. Os factos geradores da taxa e o seu montante são fixados por via regulamentar, nos termos da lei sobre as despesas administrativas (Verwaltungskostengesetz), de 23 de Junho de 1970 (BGBl. 1970 I, p. 821).

6 O § 1 do TNGebV, conjugado com o ponto B 1 do seu anexo, na versão inicial, prevê que a atribuição de um grupo de 1 000 números de telefone com 10 dígitos para redes locais devem ser cobrados 1 000 DEM (cerca de 500 EUR). No caso de indeferimento de um pedido de números, é cobrada uma taxa correspondente a um quarto do montante cobrado pela atribuição de números, ou seja, 250 DEM (cerca de 125 EUR).

Litígios no processo principal e questões prejudiciais

7 A ISIS Multimedia e a Firma O2, que são empresas de telecomunicações, pediram à autoridade reguladora a atribuição de números de telefone.

8 A ISIS Multimedia obteve 37 blocos de 1 000 números com 10 dígitos dos 43 solicitados. A Firma O2 obteve 2 303 blocos de 1 000 números com 10 dígitos dos 2 324 que tinham sido objecto do seu pedido. Nesta ocasião, foi exigida às duas empresas uma taxa de, respectivamente, 38 500 DEM e cerca de 2,3 milhões de DEM.

9 O montante destas taxas é mais de quinze vezes superior ao das despesas administrativas geradas com a atribuição de números de telefone e mais de três vezes superior ao das despesas inerentes ao indeferimento de um pedido de números. Por outro lado, o montante da taxa por número atribuído corresponde a cerca de 0,1% do volume de negócios anual susceptível de ser realizado com um número.

10 A Deutsche Telekom AG (a seguir «Deutsche Telekom»), empresa que sucedeu ao operador histórico que detinha o monopólio em matéria de telecomunicações na Alemanha, beneficia de uma reserva de 400 milhões de números que obteve gratuitamente. Segundo o Bundesverwaltungsgericht, o legislador nacional tinha pretendido sujeitar esta empresa ao pagamento da taxa fixada pelo TNGebV, como contrapartida da concessão dessa reserva, mas isso não foi possível, uma vez que a Deutsche Telekom não apresentou qualquer pedido de atribuição de números e, portanto, o § 43 da TKG não era então aplicável.

11 A ISIS Multimedia e a Firma O2 interpuseram recursos das decisões da autoridade reguladora que lhes impunham o pagamento da taxa. Os seus recursos foram considerados improcedentes em primeira instância, mas foi-lhes dada razão em sede de recurso. A autoridade reguladora interpôs então recurso de revista para o Bundesverwaltungsgericht.

12 Este órgão jurisdicional indica que a TKG e o TNGebV estão em conformidade com a Constituição alemã. Considera também que o artigo 11.°, n.° 2, da Directiva 97/13

permite cobrar uma taxa pela atribuição de números de telefone, que constituem um recurso escasso. Pergunta-se, no entanto, se é conforme a esta disposição, nomeadamente à necessidade de promover a concorrência, aplicar às novas empresas de telecomunicações uma taxa que em parte reflecte o valor económico dos números atribuídos, quando, por força do direito nacional, é impossível impor o pagamento da mesma taxa à Deutsche Telekom pela reserva de números de que beneficia. O Bundesverwaltungsgericht considera que, se se tiver de atender à situação da concorrência no mercado, é provável que essa taxa seja contrária ao referido artigo 11.°, n.° 2.

13 Nestas condições, o Bundesverwaltungsgericht decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as duas questões prejudiciais seguintes, que foram formuladas em termos idênticos nos processos C-327/03 e C-328/03:

«1) A Directiva 97/13/CE [...] deve ser interpretada no sentido de que as autoridades reguladoras nacionais podem cobrar pela atribuição de números de telefone uma taxa que tenha em conta o valor económico dos números atribuídos, embora opere no mesmo mercado uma empresa de telecomunicações que nele tem uma posição dominante que recebeu gratuitamente do seu antecessor legal, o antigo monopólio estatal de telecomunicações, números de telefone em grande quantidade, subtraindo-se, com base no direito nacional, à cobrança *a posteriori* de taxas relativamente a esse *stock* anterior?

Em caso de resposta afirmativa à primeira questão:

2) Em tal situação podem as empresas que entrem pela primeira vez no mercado ser oneradas com uma taxa, pagável por uma só vez, de determinada percentagem (no caso, 0,1%) do volume de negócios anual estimado, que, no caso de cedência desse número de telefone a um consumidor final, pode ser

repercutido, sem se levar em consideração os restantes custos de entrada no mercado e sem uma análise, em ligação com esta questão, das suas possibilidades de concorrência relativamente à empresa que tem uma posição dominante no mercado?»

14 Por despacho do presidente do Tribunal de Justiça de 16 de Setembro de 2003, os processos C-327/03 e C-328/03 foram apensos para efeitos das fases escrita e oral e do acórdão.

Quanto às questões prejudiciais

Quanto à primeira questão

15 Com a sua primeira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, essencialmente, se o artigo 11.º, n.º 2, da Directiva 97/13 deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma regulamentação nacional, como a em causa no processo principal, que prevê que um novo operador no mercado das telecomunicações tem de pagar uma taxa pela atribuição de números de telefone que atende ao seu valor económico, mesmo que uma empresa de telecomunicações que detém uma posição dominante no mesmo mercado tenha obtido gratuitamente uma importante reserva de números de que dispunha o antigo monopólio a que sucedeu e que o direito nacional exclua o pagamento *a posteriori* dessa taxa relativamente a essa reserva.

Observações apresentadas ao Tribunal

16 A ISIS Multimédia, a Firma O2 e a Comissão das Comunidades Europeias defendem que a obrigação imposta aos novos operadores de pagarem a taxa prevista pelo

TNGebV, como contrapartida da atribuição dos números de telefone necessários para oferecerem serviços de telefonia vocal aos seus clientes no sector das redes locais, quando a Deutsche Telekom, pelo mesmo serviço, beneficia gratuitamente de uma importante reserva de números, é discriminatória e constitui um obstáculo ao desenvolvimento da concorrência. Uma regulamentação, como aquela em se baseia essa taxa, é, portanto, contrária às condições enunciadas no artigo 11.º, n.º 2, segundo período, da Directiva 97/13.

17 Em contrapartida, o Governo alemão afirma, antes de mais, que essa regulamentação não é discriminatória porque a Deutsche Telekom deve, como os seus concorrentes, pagar uma taxa pela atribuição de novos números de telefone.

18 Em seguida, quanto à reserva de números que a Deutsche Telekom recebeu da empresa a que sucedeu, o referido governo defende que, no momento em que essa reserva se constituiu, não estava prevista qualquer taxa, nem por força do direito nacional nem pelo direito comunitário. Assim, não havia que exigir o pagamento *a posteriori* dessa taxa relativamente à referida reserva, pagamento que, de qualquer modo, não era possível segundo o direito nacional.

19 O Governo alemão acrescenta, por fim, que o não pagamento da taxa pela Deutsche Telekom relativamente à reserva de números de telefone de que beneficia se justifica pelos pesados encargos que tem de suportar a título do serviço universal, assim como devido à assunção de um grande número de funcionários e à obrigação que daí resulta de assegurar o pagamento das suas pensões.

20 O Governo do Reino Unido defende, por sua vez, que a obrigação de pagar uma taxa que tenha em conta o valor económico dos números de telefone atribuídos permite gerir o recurso escasso que estes constituem, nos termos das disposições do artigo 11.°, n.° 2, da Directiva 97/13.

Resposta do Tribunal de Justiça

21 Segundo os termos do artigo 11.°, n.° 2, da Directiva 97/13, é necessário que a taxa satisfaça três condições. Antes de mais, deve permitir assegurar uma utilização óptima de um recurso escasso. Em seguida, deve ser não discriminatória. Por fim, deve ter em conta a necessidade de fomentar o desenvolvimento de serviços inovadores e a concorrência.

22 Quanto à primeira condição relativa à gestão óptima de um recurso escasso, os Governos alemão e do Reino Unido defendem que os números de telefone utilizáveis existem em quantidade limitada e que a primeira condição está, portanto, preenchida.

23 A este respeito, há que notar que o artigo 11.°, n.° 2, da Directiva 97/13 permite efectivamente aplicar uma taxa para gerir de maneira óptima um «recurso escasso», embora este conceito não esteja definido no referido artigo.

24 É, portanto, necessário referir as disposições que precedem o referido artigo, em especial o artigo 10.°, n.° 1, da mesma directiva. Segundo esta disposição, os Estados-

-Membros apenas podem limitar o número de licenças individuais para qualquer categoria de serviços de telecomunicações na medida do necessário para a disponibilização de números suficientes. Conclui-se que o legislador comunitário reconheceu assim que os números de telefone podem existir em quantidade limitada e, consequentemente, constituir um recurso escasso.

25 O artigo 11.º, n.º 2, da Directiva 97/13 deve, portanto, ser entendido no sentido de que os Estados-Membros podem impor uma taxa às empresas de telecomunicações a fim de gerir de maneira óptima a atribuição de números de telefone.

26 Consequentemente, a primeira condição enunciada na referida disposição encontra-se preenchida desde que a obrigação de pagar uma taxa, como a prevista pela regulamentação em causa no processo principal, se refira à atribuição de números de telefone.

27 Em contrapartida, no caso de indeferimento de um pedido de atribuição de números de telefone, que não implica, por definição, qualquer utilização de números nem, consequentemente, qualquer redução da quantidade de números disponíveis, as disposições do artigo 11.º, n.º 2, da Directiva 97/13 não são aplicáveis. Neste caso, há que aplicar a regra geral que consta do n.º 1 desse artigo, segundo a qual a taxa cobrada às empresas no quadro dos processos de autorização deve cobrir apenas os custos administrativos decorrentes do trabalho a que o tratamento do pedido de números deu azo. Assim, a obrigação de pagar uma taxa superior ao triplo do montante dos custos administrativos em que se incorreu é contrária a esta regra.

28 Há ainda que verificar se a obrigação de pagar uma taxa pela atribuição de números de telefone, como a prevista pela regulamentação em causa no processo principal,

preenche as duas outras condições enunciadas no artigo 11.º, n.º 2, da Directiva 97/13.

29 Quanto à condição de não discriminação, importa recordar que esse princípio exige que situações comparáveis não sejam tratadas de forma diferente, a menos que uma diferenciação se justifique objectivamente (v., designadamente, acórdão de 23 de Novembro de 1999, Portugal/Conselho, C-149/96, Colect., p. I-8395, n.º 91).

30 A este respeito, há que sublinhar que a ISIS Multimedia e a Firma O2, à semelhança da Deutsche Telekom, são empresas de telecomunicações que operam no sector da rede local. A fim de oferecerem os seus serviços, devem necessariamente dispor de números de telefone para alugar aos seus clientes. Estas empresas encontram-se, portanto, numa situação comparável do ponto de vista da oferta de serviços. Ora, é pacífico que a ISIS Multimedia, a Firma O2 e todos os novos operadores devem pagar a taxa referida no § 1 do TNGebV, conjugado com o ponto B 1 do seu anexo, para obter números de telefone e aceder ao mercado dos serviços de telefonia vocal no sector da rede local, enquanto a Deutsche Telekom dispõe de uma reserva importante de números que lhe permite estar operacional nesse mercado e por cuja obtenção não pagou qualquer taxa.

31 Há, portanto, que declarar que a Deutsche Telekom e os seus concorrentes não são tratados da mesma maneira no que se refere ao acesso ao referido mercado.

32 A circunstância de a Deutsche Telekom dever pagar a taxa para obter novos números em nada altera esta conclusão, relativa ao acesso dos operadores ao mercado.

33 Por outro lado, o facto de a reserva de números da empresa a que sucedeu a Deutsche Telekom ter sido legalmente obtida por esta tanto à luz do direito alemão como da regulamentação comunitária aplicável no momento da transferência dessa reserva, também não altera a referida conclusão.

34 Coloca-se, no entanto, a questão de saber se a diferença de tratamento dos novos operadores relativamente a uma empresa como a Deutsche Telekom, que sucedeu ao antigo monopólio, pode ser justificada ou constitui uma discriminação contrária ao artigo 11.°, n.° 2, da directiva.

35 O Governo alemão afirma que o não pagamento de uma taxa pela Deutsche Telekom relativamente à reserva de números de telefone de que beneficia se justifica pelo facto de que essa empresa deve assumir tarefas de serviço universal e deve também assegurar o pagamento das pensões dos funcionários que assumiu.

36 A este respeito, importa indicar que o Governo alemão não apresentou dados numéricos em apoio da sua alegação segundo a qual a atribuição gratuita da referida reserva constitui uma compensação pelos encargos que a Deutsche Telekom tem de suportar devido às suas obrigações de serviço universal ou ao pagamento das pensões dos funcionários que assumiu. Ora, como o Tribunal de Justiça decidiu anteriormente, na medida em que o artigo 11.°, n.° 2, da Directiva 97/13 introduz uma derrogação relativamente à regra geral enunciada no seu n.° 1, deve ser interpretada estritamente (v. acórdão de 18 de Setembro de 2003, Albacom e Infostrada, C-292/01 e C-293/01, Colect., p. I-9449, n.^{os} 33 e 34). Consequentemente, não se podem apresentar, de forma puramente geral, justificações baseadas no referido n.° 2.

37 Sob reserva de uma explicação que permita justificar a diferença de tratamento dos operadores, há que considerar que a obrigação de pagar uma taxa pela atribuição de

números de telefone, como a imposta aos novos operadores pela regulamentação em causa no processo principal, pagamento que é condição necessária à entrada destes últimos no mercado dos serviços de telefonia vocal no sector da rede local, quando a empresa que sucedeu ao antigo monopólio pode operar no mercado, dispondo gratuitamente de uma grande reserva de números, constitui uma discriminação relativamente a esses novos operadores contrária ao artigo 11.º, n.º 2, da Directiva 97/13.

38 Ainda que o Governo alemão venha a demonstrar o carácter alegadamente não discriminatório da reserva de números de telefone de que beneficia a Deutsche Telekom, há que verificar se, nos termos da terceira condição enunciada no referido artigo 11.º, n.º 2, o pagamento da taxa em caso de atribuição de números tem em conta a necessidade de fomentar o desenvolvimento de serviços inovadores e a concorrência.

39 A este respeito, há que recordar que um sistema de concorrência não falseada só pode ser garantido se estiver assegurada a igualdade de oportunidades entre os diferentes operadores económicos (v. acórdão de 22 de Maio de 2003, Connect Austria, C-462/99, Colect., p. I-5197, n.º 83).

40 O Tribunal de Justiça já teve de examinar a questão de direito da concorrência suscitada por uma regulamentação que previa a atribuição gratuita de certas facilidades de operação a uma empresa pública em posição dominante, nesse caso frequências suplementares num sector da telefonia móvel numérica, enquanto um novo operador tivera de pagar uma taxa pela aquisição de uma licença relativa ao mesmo sector. A este respeito, o Tribunal decidiu que tal regulamentação é susceptível de violar as disposições do artigo 82.º CE ao alargar ou reforçar a posição dominante dessa empresa. Precisou, contudo, que as regras da concorrência não se opõem a essa regulamentação se a taxa anteriormente paga pela empresa pública em posição dominante para a obtenção de uma licença no domínio da telefonia móvel e para a atribuição gratuita das frequências complementares forem equivalentes em

termos económicos à taxa imposta ao concorrente (v. acórdão Connect Austria, já referido, n.os 85 a 90).

41 Importa, pois, efectuar um exame comparativo análogo no que respeita às taxas pela atribuição de números de telefone aplicadas à empresa em posição dominante e aos seus concorrentes.

42 Há que reconhecer, a este respeito, que a empresa em posição dominante, a saber, a Deutsche Telekom, não pagou qualquer taxa pela atribuição de uma grande quantidade de números de telefone e que esta empresa apenas tem de pagar taxa pela atribuição de novos números, enquanto os seus concorrentes, os novos operadores, a devem pagar desde a atribuição do primeiro número.

43 Ora, é pacífico que esta taxa, que é calculada em função do valor económico dos números atribuídos, constitui um encargo significativo para as empresas de telecomunicações. No caso dos novos operadores, este encargo agrava o seu orçamento desde a sua fase inicial de instalação no sector da rede local.

44 Conclui-se que os novos operadores não são colocados em pé de igualdade com a empresa em posição dominante para a obtenção de números de telefone e que a concorrência no mercado dos serviços de telefonia vocal no sector da rede local é, consequentemente, falseada.

45 Em vez de facilitar de maneira significativa a entrada de novos operadores no mercado, como precisa o quinto considerado da Directiva 97/13 (v. acórdão Albacom e Infostrada, já referido, n.º 35), atenuando as disparidades em matéria de concorrência entre a empresa em posição dominante e os novos operadores no mercado das telecomunicações, uma regulamentação como a do processo principal tem como efeito manter essas disparidades. Constitui um obstáculo à entrada destes últimos no referido mercado e constitui, consequentemente, um entrave ao desenvolvimento da concorrência e ao fomento de serviços inovadores, contrariamente à terceira condição enunciada no artigo 11.º, n.º 2, da Directiva 97/13.

46 Assim, importa responder à primeira questão que o artigo 11.º, n.º 2, da Directiva 97/13 deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma regulamentação nacional, como a em causa no processo principal, que prevê que um novo operador no mercado das telecomunicações tem de pagar uma taxa pela atribuição de números de telefone que atenda ao seu valor económico, mesmo que uma empresa de telecomunicações que detém uma posição dominante no mesmo mercado tenha obtido gratuitamente uma importante reserva de números de que dispunha o antigo monopólio a que sucedeu e que o direito nacional exclua o pagamento *a posteriori* de uma tal taxa relativamente a essa reserva.

Quanto à segunda questão

47 Tendo em atenção a resposta dada à primeira questão, não há necessidade de responder à segunda.

Quanto às despesas

48 Revestindo o processo, quanto às partes na causa principal, a natureza de incidente suscitado perante o órgão jurisdicional de reenvio, compete a este decidir quanto às

despesas. As despesas efectuadas pelas outras partes para a apresentação de observações ao Tribunal de Justiça não são reembolsáveis.

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Terceira Secção) declara:

O artigo 11.º, n.º 2, da Directiva 97/13/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 10 de Abril de 1997, relativa a um quadro comum para autorizações gerais e licenças individuais no domínio dos serviços de telecomunicações, deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma regulamentação nacional, como a em causa no processo principal, que prevê que um novo operador no mercado das telecomunicações tem de pagar uma taxa pela atribuição de números de telefone que atenda ao seu valor económico, mesmo que uma empresa de telecomunicações que detém uma posição dominante no mesmo mercado tenha obtido gratuitamente uma importante reserva de números de que dispunha o antigo monopólio a que sucedeu e que o direito nacional exclua o pagamento *a posteriori* de uma tal taxa relativamente a essa reserva.

Assinaturas.