ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Primeira Secção)

20 de Outubro de 2005 *

No processo C-334/03,

que tem por objecto uma acção por incumprimento nos termos do artigo 226.º CE, entrada em 30 de Julho de 2003,

Comissão das Comunidades Europeias, representada por A. Alves Vieira, S. Rating e G. Braga da Cruz, na qualidade de agentes, com domicílio escolhido no Luxemburgo,

demandante,

contra

República Portuguesa, representada por L. Fernandes e P. de Pitta e Cunha, na qualidade de agentes, com domicílio escolhido no Luxemburgo,

demandada,

* Língua do processo: português.

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Primeira Secção),

composto por: P. Jann, presidente de secção, K. Schiemann, N. Colneric (relatora), J. N. Cunha Rodrigues e E. Levits, juízes,

advogado-geral: L. A. Geelhoed,

secretário: R. Grass,

vistos os autos,

ouvidas as conclusões do advogado-geral na audiência de 2 de Junho de 2005,

profere o presente

Acórdão

1 Com a sua acção, a Comissão das Comunidades Europeias pede ao Tribunal de Justiça que declare que, ao não ter assegurado na prática a transposição do artigo 4.º-D da Directiva 90/388/CEE da Comissão, de 28 de Junho de 1990, relativa à concorrência nos mercados de serviços de telecomunicações (JO L 192, p. 10), na redacção que lhe foi dada pela Directiva 96/19/CE da Comissão, de 13 de Março de 1996 (JO L 74, p. 3, a seguir «Directiva 90/388»), a República Portuguesa não cumpriu as obrigações que lhe incumbem.

Quadro jurídico

Legislação comunitária

2 Segundo o vigésimo terceiro considerando da Directiva 96/19, «em muitos Estados-Membros, os organismos de telecomunicações beneficiam de privilégios legais para instalar a sua rede em propriedades públicas e privadas, sem encargos ou com encargos que apenas cobrem os custos ocasionados» e «se os Estados-Membros não concederem possibilidades semelhantes aos novos operadores para a instalação das respectivas redes, esta sofrerá atrasos em certas áreas e serão de facto mantidos direitos exclusivos a favor do organismo de telecomunicações».

3 O artigo 2.º da Directiva 90/388 dispõe:

«1. Os Estados-Membros devem suprimir todas as medidas que concedam:

a) direitos exclusivos para o fornecimento de serviços de telecomunicações incluindo a criação e a oferta de redes de telecomunicações necessárias para o fornecimento desses serviços,

ou

b) direitos especiais que limitem a duas ou mais as empresas autorizadas a fornecerem esses serviços de telecomunicações ou a criarem ou oferecerem essas redes, sem ser em função de critérios objectivos, proporcionais e não discriminatórios,

ou

c) direitos especiais que permitem, sem ser em função de critérios objectivos proporcionais e não discriminatórios, designar várias empresas concorrentes para fornecerem esses serviços de telecomunicações ou para criarem ou oferecerem essas redes.

2. Os Estados-Membros tomarão as medidas necessárias para garantir que qualquer empresa possa fornecer os serviços de telecomunicações a que se refere o n.º 1, bem como criar ou oferecer as redes referidas no n.º 1.

[...]»

4 Nos termos do artigo 4.º-D da referida directiva:

«Os Estados-Membros não farão qualquer discriminação entre operadores que oferecem redes públicas de telecomunicações no que diz respeito à concessão de direitos de passagem para a oferta das referidas redes.

Quando a concessão de novos direitos de passagem a empresas que pretendam oferecer redes públicas de telecomunicações não for possível em razão das exigências essenciais aplicáveis, os Estados-Membros devem garantir o acesso, em condições razoáveis, às infra-estruturas existentes estabelecidas mediante direitos de passagem e que não possam ser duplicadas.»

5 O artigo 5.º, n.º 3, da Directiva 97/33/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de Junho de 1997, relativa à interligação no sector das telecomunicações com o objectivo de assegurar o serviço universal e a interoperabilidade através da aplicação dos princípios da oferta de rede aberta (ORA) (JO L 199, p. 32), prevê que, para determinar a sobrecarga, caso exista, que a oferta do serviço universal representa, as organizações com obrigações de serviço universal calcularão, a pedido da sua autoridade reguladora nacional, o custo líquido dessas obrigações.

Legislação nacional

6 O artigo 12.º, n.º 1, da Lei n.º 91/97, de 1 de Agosto (*Diário da República*, I série-A, n.º 176, de 1 de Agosto de 1997, p. 4010), define a «rede básica de telecomunicações» como uma rede pública que cubra as necessidades de comunicação dos cidadãos e das actividades económicas e sociais no conjunto do território nacional e assegure as ligações internacionais.

7 O n.º 2 do referido artigo 12.º, na redacção que lhe foi dada pela Lei n.º 29/2002, de 6 de Dezembro (*Diário da República*, I série-A, n.º 282, de 6 de Dezembro de 2002, p. 7556), define o conceito de rede básica de telecomunicações como o conjunto dos elementos da rede necessários à prestação do serviço universal de telecomunicações.

8 Por força do artigo 13.º da Lei n.º 91/97, os operadores de redes básicas de telecomunicações estão isentos do pagamento de taxas e de quaisquer outros encargos pela implantação das infra-estruturas de telecomunicações ou pela passagem das diferentes partes da instalação ou do equipamento necessário à exploração da respectiva rede.

9 Em 20 de Março de 1994, o Estado português e a PT Comunicações, a filial da Portugal Telecom SA para o sector do serviço de telefonia fixa, celebraram um contrato de concessão para a prestação de serviços de comunicações considerados serviços públicos, autorizando a utilização e a exploração pela PT Comunicações das infra-estruturas de telecomunicações durante um período inicial de 30 anos.

10 As bases desta concessão do serviço público de telecomunicações, aprovadas pelo Decreto-Lei n.º 40/95, de 15 de Fevereiro (*Diário da República*, I série-A, n.º 39, de 15 de Fevereiro de 1995, p. 969), conferiram à PT Comunicações o direito exclusivo de estabelecer, gerir e explorar as infra-estruturas que constituem a «rede básica» de telecomunicações. Nos termos do artigo 2.º, n.º 1, alínea a), destas bases anexas ao Decreto-Lei n.º 40/95, a referida concessão tem por objecto «o estabelecimento, gestão e exploração das infra-estruturas que constituem a rede básica de telecomunicações». Através da concessão, foi simultaneamente confiada à PT Comunicações a detenção das infra-estruturas, com o encargo de as manter em bom estado de funcionamento, de segurança e de conservação e de as desenvolver, qualitativa e quantitativamente, para garantir a prestação de serviços de telecomunicações de utilidade geral, a título de serviço universal, em todo o território nacional.

11 Como contrapartida da referida concessão, a PT Comunicações era obrigada, por força dos artigos 24.º, 25.º e 32.º das bases da concessão, a pagar ao Estado concedente uma renda correspondente a 1% da receita bruta de exploração dos serviços objecto de concessão, estando previsto o direito a uma compensação caso o cumprimento das obrigações do serviço universal implique para o concessionário margens negativas.

12 As infra-estruturas que constituem a rede básica de telecomunicações pertenceram ao Estado português até à cessão, no fim de 2002, desta rede à PT Comunicações pelo valor, então, do montante total da renda devida ao Estado nos termos do contrato de concessão, de 1995 até ao termo do seu período de validade inicial.

13 Um novo contrato de concessão foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 31/2003, de 17 de Fevereiro (*Diário da República*, I série-A, n.º 40, de 17 de Fevereiro de 2003, p. 1044), que modificou as bases da concessão. As obrigações do operador da rede básica foram mantidas no essencial. O artigo 6.º, alínea b), do anexo do referido decreto-lei prevê que, na sua qualidade de concessionária, a PT Comunicações fica investida na obrigação de prestar os serviços que são objecto da concessão do serviço público de telecomunicações, assegurando a interoperabilidade, continuidade, disponibilidade, permanência e qualidade destes serviços.

Fase pré-contenciosa

14 Por notificação para cumprir de 2 de Maio de 2002, enviada às autoridades portuguesas, a Comissão convidou estas últimas a apresentar as suas observações quanto ao facto de a isenção do pagamento de qualquer taxa pela instalação das suas redes, concedida, ao abrigo do artigo 13.º da Lei n.º 91/97, à PT Comunicações, única empresa responsável pela gestão e exploração da rede básica de telecomunicações, constituir uma infracção ao princípio da não discriminação no que respeita à concessão de direitos de passagem prevista no artigo 4.º-D da Directiva 90/388.

15 Por carta de 2 de Julho de 2002, o Governo português expressou a sua intenção de corrigir o alegado tratamento discriminatório. Não tendo, contudo, recebido qualquer elemento de resposta adicional, a Comissão formulou, por carta de 19 de

Dezembro de 2002, um parecer fundamentado convidando a República Portuguesa a tomar as medidas necessárias para cumprir esse parecer no prazo de dois meses a contar da sua notificação.

16 Na ausência de qualquer resposta do Governo português ao parecer fundamentado, a Comissão decidiu intentar a presente acção.

Quanto à acção

Argumentos das partes

17 A Comissão alega que, através da isenção resultante do artigo 13.º da Lei n.º 91/97, em conjugação com o Decreto-Lei n.º 31/2003 e anteriormente com o Decreto-Lei n.º 40/95, que estabelecem que a PT Comunicações é responsável pela criação e exploração da rede básica, a República Portuguesa concedeu a esta empresa um tratamento diferente daquele de que beneficiam os outros operadores e que, na ausência de justificação precisa, é contrário ao artigo 4.º-D da Directiva 90/388.

18 Uma vez que a PT Comunicações, através da sua rede básica de telecomunicações, presta serviços que concorrem directamente com os prestados por outros operadores, os referidos privilégios conferem à PT Comunicações uma vantagem directa sobre os seus concorrentes. O facto de os novos operadores suportarem encargos mais elevados do que o operador histórico pode implicar um atraso no desenvolvimento das suas redes.

19 Segundo a Comissão, a diferença de tratamento em causa não é justificada.

20 Em contrapartida, o Governo português alega que não é legítimo qualificar de discriminatório o tratamento distinto de situações diferentes. Qualquer empresa com o encargo de assegurar o serviço universal está sujeita às obrigações de desenvolvimento e de manutenção da rede que não são impostas aos operadores concorrentes.

21 O referido governo observa que a isenção do pagamento de taxas eventualmente devidas pela ocupação do domínio público e a possibilidade de efectuar obras neste último com dispensa de licenciamento municipal prosseguem uma única finalidade, designadamente remover obstáculos ao desenvolvimento das infra-estruturas da rede básica, facilitando a realização das obras necessárias à sua implantação, conservação e manutenção. Não houve qualquer intenção de conceder à PT Comunicações uma vantagem sobre os seus concorrentes.

22 O Governo português recorda que a PT Comunicações está obrigada a facultar o acesso à rede básica aos operadores concorrentes de forma transparente e não discriminatória Por outras palavras, não pode tirar partido, no âmbito da prestação de serviços de telecomunicações, da isenção de taxas de que beneficia a título do desenvolvimento e da manutenção da rede.

Apreciação do Tribunal de Justiça

23 O artigo 4.º-D da Directiva 90/388, ao impor que os Estados-Membros não farão discriminações entre os operadores que oferecem redes públicas de telecomunicações no que diz respeito à concessão de direitos de passagem para a oferta das referidas redes, é uma expressão particular do princípio geral da igualdade [v., por analogia, no que respeita ao artigo 7.º, n.º 5, da Directiva 96/92/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Dezembro de 1996, que estabelece regras comuns para o mercado interno da electricidade (JO 1997, L 27, p. 20), acórdão de 7 de Junho de 2005, VEMW e o., C-17/03, Colect., p. I-4989, n.º 47].

24 A proibição de discriminação, que faz parte dos princípios fundamentais do direito comunitário, exige que situações comparáveis não sejam tratadas de maneira diferente, a menos que uma diferenciação se justifique objectivamente (v., designadamente, acórdão de 5 de Outubro de 1994, Alemanha/Conselho, C-280/93, Colect., p. I-4973, n.º 67).

25 No caso em apreço, é pacífico que a PT Comunicações está isenta do pagamento das taxas e dos encargos relacionados com a criação das infra-estruturas de telecomunicações ou com a passagem das diferentes partes da instalação ou do equipamento necessário à exploração da rede concessionada.

26 Importa referir a título liminar que não é decisivo a este respeito que a isenção em causa resulte do artigo 13.º da Lei n.º 91/97, em conjugação com o Decreto-Lei n.º 31/2003 e anteriormente com o Decreto-Lei n.º 40/95, como sustenta a Comissão, ou que a mesma decorra antes, como alega o Governo português, da jurisprudência dos tribunais administrativos portugueses, segundo a qual a ocupação do domínio público para a prestação de um serviço público só pode conduzir a uma cobrança de taxas se houver uma utilização individual de bens semipúblicos, para satisfazer, para além das necessidades colectivas, necessidades individuais. Com efeito, nestes dois casos, é por força da situação jurídica interna do Estado-Membro em causa que a exoneração existe.

27 Além disso, não é de excluir a comparação da situação de uma empresa responsável por assegurar o serviço universal, que está sujeita a obrigações de desenvolvimento e de manutenção da rede, com a dos outros operadores de telecomunicações que asseguram os serviços da sua escolha, segundo as condições que consideram ser mais vantajosas.

28 É certo que a ocupação do domínio público para fins individuais pode ser distinguida da ocupação do domínio público para fins de satisfação de necessidades colectivas. No entanto, ao contrário do que alega o Governo português, a comparação das situações das empresas do sector das telecomunicações não deve limitar-se apenas às empresas sujeitas às obrigações de serviço público.

29 Com efeito, a situação da PT Comunicações enquanto fornecedor de uma rede pública deve ser comparada com a dos concorrentes desta empresa que também exercem as suas actividades no mercado das telecomunicações e pretendem criar redes alternativas. Caso contrário, a finalidade prosseguida pela legislação comunitária, designadamente o estabelecimento de um mercado competitivo no sector das telecomunicações, ficaria gravemente ameaçada. Como resulta do vigésimo terceiro considerando da Directiva 96/19, se os Estados-Membros não concederem aos novos operadores autorizados os mesmos direitos e privilégios legais para a instalação das respectivas redes em propriedades públicas e privadas de que beneficiam os organismos históricos de telecomunicações, a instalação das redes destes novos operadores sofrerá atrasos, o que conduzirá a que em certas áreas sejam de facto mantidos direitos exclusivos a favor dos referidos organismos.

30 Importa, por conseguinte, verificar se o tratamento diferenciado constatado no caso em apreço, que consiste na exoneração do pagamento de taxas e de encargos ao abrigo das medidas nacionais em causa, se justifica à luz da Directiva 90/388.

31 Em primeiro lugar, importa referir que, ao abrigo do artigo 9.°, lido em conjugação com o artigo 8.°, n.° 1, alínea a), das bases da concessão do serviço público de telecomunicações, o Estado português confiou à PT Comunicações o encargo de manter as infra-estruturas em bom estado de funcionamento, de segurança e de conservação e de as desenvolver, qualitativa e quantitativamente, para garantir a prestação de serviços de telecomunicações de utilidade geral, a título de serviço universal, em todo o território nacional.

32 Ora, a compensação de custos resultante desta obrigação não é susceptível, no caso em apreço, de justificar uma discriminação entre os operadores no que respeita à concessão de direitos de passagem.

33 Com efeito, o custo líquido da execução de um serviço universal devia ter sido calculado em conformidade com o artigo 5.º, n.º 3, da Directiva 97/33, lido em conjugação com o anexo III desta directiva. Porém, este cálculo dos custos líquidos não se verifica no caso em apreço. Consequentemente, não há que determinar se a isenção das taxas municipais constitui uma medida de financiamento da prestação do serviço universal, nem se, como sustenta o Governo português, esta isenção não excede o necessário para cobrir o custo do serviço na acepção da jurisprudência Altmark Trans e Regierungspräsidium Madgeburg (acórdão de 24 de Julho de 2003, C-280/00, Colect., p. I-7747).

34 Em segundo lugar, o facto de a PT Comunicações ser obrigada a dar acesso à rede básica de telecomunicações aos operadores concorrentes de forma transparente e não discriminatória também não pode justificar a diferença de tratamento em causa. É certo que o artigo 12.º, n.º 2, da Directiva 2002/21/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março de 2002, relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações electrónicas (directiva «quadro») (JO L 108, p. 33), incentiva acordos de partilha ou de coordenação e o estabelecimento de regras de repartição dos custos da partilha do recurso ou do bem imóvel. No entanto, o acesso de outros operadores à rede não pode justificar um tratamento diferente no que respeita aos custos gerais gerados pela criação de uma rede nova.

35 Em terceiro lugar, o facto de o Governo português pretender, no âmbito da transposição da Directiva 2002/21, garantir a instituição de uma taxa municipal, transparente e não discriminatória, sobre os direitos de passagem não pode ser tido em conta, uma vez que a existência de um incumprimento deve ser apreciada em função da situação do Estado-Membro tal como se apresentava no termo do prazo fixado no parecer fundamentado.

36 Atendendo a todas as considerações precedentes, deve concluir-se que, ao não assegurar a transposição do artigo 4.º-D da Directiva 90/388, a República Portuguesa não cumpriu as obrigações que lhe incumbem.

Quanto às despesas

37 Nos termos do artigo 69.º, n.º 2, do Regulamento de Processo, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido. Tendo a Comissão pedido a condenação da República Portuguesa e tendo esta sido vencida, há que condená-la nas despesas.

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Primeira Secção) decide:

1) **Ao não assegurar a transposição do artigo 4.º-D da Directiva 90/388/CEE da Comissão, de 28 de Junho de 1990, relativa à concorrência nos mercados de serviços de telecomunicações, na redacção que lhe foi dada pela Directiva 96/19/CE da Comissão, de 13 de Março de 1996, a República Portuguesa não cumpriu as obrigações que lhe incumbem.**

2) **A República Portuguesa é condenada nas despesas.**

Assinaturas.