CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL PHILIPPE LÉGER
apresentadas em 10 de Julho de 2003 [1]

1. A Comissão das Comunidades Europeias intentou uma acção pedindo a declaração de que o Reino de Espanha não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força da Directiva 90/388/CEE da Comissão, de 28 de Junho de 1990, relativa à concorrência nos mercados de serviços de telecomunicações [2], na redacção que lhe foi dada pela Directiva 96/19/CE da Comissão, de 13 de Março de 1996 [3] (a seguir «Directiva 90/388 alterada»).

2. A Comissão considera que as autoridades espanholas não adoptaram todas as medidas necessárias para permitir que o operador histórico de telecomunicações, Telefónica de España SA (a seguir «Telefónica») procedesse ao reequilíbrio das suas tarifas, em conformidade com o artigo 4.°-C da Directiva 90/388 alterada.

1 — Língua original: francês.
2 — JO L 192, p. 10.
3 — JO L 74, p. 13.

I — Enquadramento legal

A — *O direito comunitário*

3. O reequilíbrio tarifário é uma das operações prévias à abertura do mercado da telefonia vocal à concorrência.

4. Antes do início do processo de liberalização, em 1990, a tarifa dos serviços de telecomunicações era objecto de um enquadramento legal estrito nos diversos Estados-Membros. Como regra geral, as tarifas de certos serviços — como a taxa de conexão inicial, a taxa mensal ou as comunicações locais — eram fixadas a um nível inferior aos custos suportados para a prestação destes serviços. Em contrapartida, outros serviços — como as comunicações nacionais e internacionais — eram facturados a um preço superior aos custos reais. Os organismos de telecomunicações operavam, deste modo, uma compensação entre os prejuízos sofridos com certos serviços e os lucros resultantes de outros.

5. Neste contexto, a abertura imediata do mercado da telefonia vocal à concorrência teria apresentado certos riscos.

6. Com efeito, os novos operadores poderiam ter concentrado as suas actividades nos segmentos mais lucrativos do mercado (a saber, as comunicações nacionais e internacionais). Devido aos preços elevados praticados pelo operador histórico, poderiam ter fixado tarifas inferiores e, deste modo, realizar rapidamente lucros e obter partes de mercado. Esta evolução teria obrigado o operador histórico a reduzir os seus lucros nos segmentos rentáveis e, assim, tê-lo-ia privado da possibilidade de compensar os prejuízos sofridos nos serviços menos rentáveis, que continuaria, no entanto, a oferecer (a saber, a taxa mensal e as comunicações locais).

7. Antes de abrir o mercado à concorrência, o legislador comunitário exigiu, portanto, aos Estados-Membros que permitissem aos organismos de telecomunicações «reequilibrar» as suas tarifas, ou seja, alinhá-las com os seus custos reais. Em concreto, esta operação devia traduzir-se numa redução das tarifas das comunicações nacionais e internacionais e num aumento da conexão inicial, da taxa mensal e do preço das comunicações locais.

8. A Directiva 96/19 tem por objectivo liberalizar os serviços de telefonia vocal e o fornecimento de infra-estruturas de telecomunicações, o mais tardar, em 1 de Janeiro de 1998 [4]. O quinto considerando desta directiva prevê que:

«[...] deixou de se justificar a derrogação concedida aos serviços de telefonia vocal; [...]a derrogação prevista na Directiva 90/388/CEE deve ser revogada e a directiva alterada nesse sentido [...]; [...] a fim de permitir aos organismos de telecomunicações concluírem a sua preparação para a livre concorrência e, em especial, procederem ao necessário ajustamento das tarifas, os Estados-Membros poderão manter os direitos especiais e exclusivos vigentes relativamente ao fornecimento de serviços de telefonia vocal até 1 de Janeiro de 1998; [...] os Estados-Membros com redes menos desenvolvidas ou com redes muito reduzidas devem poder beneficiar de uma derrogação temporária [...]; [...] esses Estados-Membros beneficiarão, mediante pedido, de um período transitório adicional de, no máximo, cinco e dois anos, respectivamente, com o objectivo de completarem os ajustamentos estruturais necessários; [...] os Estados-Membros que podem solicitar esta derrogação são a Espanha, a Irlanda, a Grécia e Portugal no que diz respeito às redes menos desenvolvidas [...]».

4 — V. segundo considerando.

9. O vigésimo considerando da Directiva 96/19 tem a seguinte redacção:

«[...] no que se refere à estrutura dos custos da telefonia vocal, deve ser estabelecida uma distinção entre a conexão inicial, a taxa mensal e as chamadas locais, interurbanas e internacionais; [...] actualmente, a estrutura tarifária dos serviços de telefonia vocal prestados pelos organismos de telecomunicações em alguns Estados-Membros continua a estar desfasada dos custos; [...] certas categorias de chamadas não são rendíveis e são subvencionadas pelos lucros obtidos noutras categorias; [...] no entanto, preços artificialmente reduzidos impedem a concorrência, uma vez que potenciais operadores não têm qualquer incentivo para penetrar neste segmento do mercado da telefonia vocal e são contrários ao artigo 86.° do Tratado, a menos que se justifiquem com base no n.° 2 do artigo 90.° do Tratado [CE] [...]; [...] os Estados-Membros devem suprimir o mais rapidamente possível todas as restrições injustificadas ao reajustamento das tarifas por parte dos organismos de telecomunicações e, nomeadamente, as que impeçam a adaptação das tarifas desfasadas dos custos e aumentem o custo da prestação do serviço universal [...]».

10. O artigo 4.°-C da Directiva 90/388, na redacção que lhe foi dada pela Directiva 96/19, dispõe que:

«[...] Os Estados-Membros permitirão aos seus organismos de telecomunicações o reajustamento das tarifas em função das condições específicas do mercado e tendo em conta a necessidade de garantir que o serviço universal seja acessível; em especial, os Estados-Membros permitir-lhe-ão adaptar as actuais taxas desfasadas em relação aos custos e que aumentam o encargo da prestação do serviço universal, a fim de atingir uma estrutura tarifária baseada nos custos reais. Quando tal reajustamento não puder ser efectuado até 1 de Janeiro de 1998, os Estados-Membros em causa apresentarão à Comissão um relatório sobre a eliminação futura dos desequilíbrios tarifários que subsistem, que deverá incluir um calendário preciso de execução [...]»

11. Em 10 de Junho de 1997, a Comissão adoptou a Decisão 97/603/CE, relativa à concessão a Espanha de períodos adicionais para a transposição da Directiva 90/388 no que diz respeito à introdução da plena concorrência nos mercados das telecomunicações [5].

12. Por força do artigo 1.° desta decisão, a Espanha foi autorizada a adiar até 1 de Dezembro de 1998 o cumprimento de certas obrigações e, designadamente, a concessão efectiva de novas licenças de prestação de serviços de telefonia vocal e das redes públicas de telecomunicações.

5 — JO L 243, p. 48.

13. Enfim, em 18 de Dezembro de 2000, o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia adoptaram o Regulamento (CE) n.º 2887/2000, relativo à oferta de acesso desagregado ao lacete local [6].

14. Em conformidade com o segundo considerando deste regulamento, a desagregação do lacete local complementará as disposições de direito comunitário vigentes que garantem o serviço universal e o acesso, a preços acessíveis, a todos os cidadãos da União Europeia através do reforço da concorrência, da garantia da eficiência económica e da aquisição de um benefício máximo para os utilizadores.

15. Segundo o terceiro considerando do Regulamento n.º 2887/2000, a expressão «lacete local» designa o circuito físico em pares de condutores metálicos entrançados da rede telefónica pública fixa que liga o ponto terminal da rede nas instalações do assinante ao repartidor principal ou a uma instalação equivalente [7].

16. O sétimo considerando do Regulamento n.º 2887/2000 refere que o acesso desagregado ao lacete local permite aos novos operadores entrar em concorrência com os operadores notificados, oferecendo serviços de transmissão de dados de alto débito para o acesso permanente à Internet e para aplicações multimédia a partir da tecnologia da linha de assinante digital (DSL), bem como serviços de telefonia vocal.

17. O artigo 3.º, n.º 3, do Regulamento n.º 2887/2000, dispõe que:

«Sem prejuízo do n.º 4 do artigo 4.º, os operadores notificados devem aplicar preços de acesso desagregado ao lacete local e aos recursos conexos fixados com base numa orientação para os custos.»

B — *O direito espanhol*

18. As autoridades espanholas adoptaram diversas medidas para permitir o reequilíbrio das tarifas praticadas pela Telefónica [8].

6 — JO L 336, p. 4.

7 — V., igualmente, artigo 2.º, alínea c), do mesmo regulamento.

8 — V. petição (n.ºs 13 a 20) e contestação (n. ºs 13 a 29).

19. A primeira medida foi a Orden de 18 de Março de 1997 por la que se determinan las tarifas y condiciones de interconexión a la red adscrita al servicio público de telefonía básica que explota el operador dominante para la prestación del servicio final de telefonía básica y el servicio portador soporte del mismo [9] (regulamento que fixa as tarifas e as condições de interconexão com a rede pública de telefonia vocal explorada pelo operador dominante). Esta medida consistiu em aumentar o preço da taxa mensal e o das chamadas locais em 16 e 13% e em reduzir o montante das chamadas locais, interurbanas, regionais e internacionais em 5,15 e 12%.

20. Em seguida, as autoridades espanholas adoptaram a Orden de 31 de Julho de 1998 sobre reequilibrio tarifario de servicios prestados por «Telefónica Sociedad Anónima» [10] (regulamento relativo ao reequilíbrio tarifário dos serviços prestados pela Telefónica). As autoridades espanholas fixaram o preço da assinatura telefónica mensal em 1 442 ESP para as linhas ditas residenciais e em 1 797 ESP para as *líneas de enlace*.

21. Em 16 de Abril de 1999, as autoridades espanholas procederam a uma nova redução das tarifas dos serviços locais, interurbanos e internacionais.

22. Em 15 de Outubro de 1999, adoptaram o Real Decreto-Ley 16/1999 por el que se adoptan medidas para combatir la inflación y facilitar un mayor grado de competencia en las telecomunicaciones [11] (decreto-lei real que adopta medidas para combater a inflação e aumentar a concorrência no mercado das telecomunicações), que previu novos aumentos para a assinatura telefónica. Segundo o calendário previsto, a taxa devia aumentar em 100 ESP por três vezes: em 1 de Agosto de 2000, em 1 de Março de 2001 e em 1 de Agosto de 2001.

23. Em seguida as autoridades espanholas estabeleceram um novo regime de preços, fundado num mecanismo de limites máximos, adoptando a Orden de 31 de Julho de 2000 por la que se dispone la publicación del Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos de 27 de julio de 2000, por el que se establece un nuevo marco regulatorio de precios para los servicios prestados por «Telefónica de España, Sociedad Anónima Unipersonal» [12] (regulamento relativo à publicação da resolução da Comissão Delegada do Governo para os Assuntos Económicos, de 27 de Julho de 2000, que estabelece um novo mecanismo de preços para os serviços oferecidos pela Telefónica).

24. Este novo mecanismo (também designado por «*price cap*») aplica-se aos serviços

9 — BOE n.º 74, de 27 de Março de 1997, p. 10079.
10 — BOE n.º 188, de 7 de Agosto de 1998, p. 26858.
11 — BOE n.º 248, de 16 de Outubro de 1999, p. 36561.
12 — BOE n.º 183, de 1 de Agosto de 2000, p. 27564.

oferecidos pela Telefónica e abrange o período de 2001 a 2002. É baseado em fórmulas de cálculo que incluem as previsões do Governo espanhol em matéria de evolução do índice de preços no consumo (a seguir «IPC») e factores de ajustamento. Foi prorrogado até 2003 pela Orden de 10 de Maio de 2001 por la que se dispone la publicación del Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos del Acuerdo por el que se modifica el Acuerdo de 27 de julio de 2000, por el que se establece un nuevo marco regulatorio de precios para los servicios prestados por «Telefónica de España, Sociedad Anónima Unipersonal» [13] (regulamento relativo à publicação da resolução da Comissão Delegada do Governo para os Assuntos Económicos que altera o Acordo de 27 de Julho de 2000 que estabelece um novo mecanismo de preços para os serviços oferecidos pela Telefónica).

25. O mecanismo de *price cap*, tal como resulta das Ordenes já referidas, prevê os seguintes elementos:

— todos os serviços de telefonia fixa e das chamadas fixas para telemóveis serão sujeitos a uma norma de evolução igual à taxa de variação anual do IPC previsível — 9% em 2001, à taxa anual do IPC previsível — 8% em 2002 e à taxa de variação anual do IPC previsível — 4% em 2003;

— as receitas de assinatura não podem ser aumentadas em 2001, mas podem sê-lo até um limite igual à taxa de variação anual do IPC previsível + 9,4% em 2002 e à taxa de variação anual do IPC previsível + 6% em 2003;

— os custos de conexão podem aumentar até um limite igual à taxa de variação anual do IPC previsível — 16,5% em 2001 e 2002 e à taxa de variação anual do IPC previsível — 2% em 2003.

26. As outras disposições de direito interno pertinentes para a análise do litígio são as medidas relativas à desagregação do lacete local.

27. O Real Decreto-Ley 7/2000, de 23 de Junho de 2000, de Medidas Urgentes en el Sector de las Telecomunicaciones [14] (decreto-lei real que aprova medidas urgen-

13 — BOE n.º 118, de 17 de Maio de 2001, p. 17456.

14 — BOE n.º 151, de 24 de Junho de 2000, p. 22458.

tes no sector das comunicações) tornou obrigatório o fornecimento de serviços de acesso totalmente desagregado e de acesso partilhado ao lacete local. Esta medida foi completada pelo Real Decreto 3456/2000, de 22 de Dezembro de 2000, por el que se aprueba el Reglamento que establece las condiciones para el acceso al bucle de abonado de la red pública telefónica fija de los operadores dominantes [15] (decreto real que aprova a regulamentação que estabelece as condições de acesso ao lacete local dos assinantes da rede pública de telefonia fixa dos operadores dominantes).

28. O artigo 5.°, n.° 1, deste diploma prevê que as tarifas de acesso ao lacete local devem ser determinadas com base numa orientação sobre os custos.

29. A Orden de 29 de Dezembro de 2000 por la que se dispone la publicación del Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, por el que se establecen los precios de la primera oferta de acceso al bucle de abonado en las modalidades de acceso completamente desagregado, de acceso compartido y de acceso indirecto, a la red pública telefónica fija de «Telefónica de España, Sociedad Anónima Unipersonal» [16] (decreto que publica o acordo da Comissão Delegada do Governo para os Assuntos Económicos que estabelece os preços da primeira oferta para o acesso dos assinantes ao lacete e as modalidades de acesso totalmente desagregado, de acesso partilhado e de acesso indirecto à rede de telefonia fixa da Telefónica) estabelece as tarifas mensais para o acesso desagregado ao lacete local. Estas são de 2 163 ESP em 2001, 2 100 ESP em 2002 e 2 050 ESP em 2003.

15 — BOE n.° 307, de 23 de Dezembro de 2000, p. 45567.
16 — BOE n.° 131, de 30 de Dezembro de 2000, p. 49758.

II — Fase pré-contenciosa

30. A fase pré-contenciosa teve duas etapas sucessivas.

31. Na primeira etapa, a Comissão criticou as autoridades espanholas por não lhe terem transmitido o relatório relativo à supressão dos obstáculos ao reequilíbrio tarifário, em conformidade com o artigo 4.°-C da Directiva 90/388 alterada.

32. Assim, em 11 de Dezembro de 1998, a Comissão enviou uma notificação indicando que o Reino de Espanha ainda não lhe tinha enviado o calendário preciso para a supressão dos obstáculos ao reequilíbrio tarifário.

33. Em 11 de Fevereiro de 1999, as autoridades espanholas responderam que a Orden de 31 de Julho de 1998 realizava o reequilíbrio tarifário e que o calendário poderia estender-se até 31 de Dezembro de 2000.

34. Entendendo que as medidas adoptadas eram insuficientes e que as autoridades espanholas reconheceram que não tinham estabelecido um calendário preciso de execução, a Comissão emitiu o seu parecer fundamentado em 4 de Maio de 1999.

35. Por carta de 26 de Abril de 1999, as autoridades espanholas comunicaram, entretanto, à Comissão as novas medidas de redução das tarifas locais, interurbanas e internacionais, adoptadas em 16 de Abril de 1999.

36. Tendo em conta essas medidas, a Comissão, por ofício de 26 de Maio de 1999, comunicou ao Reino de Espanha que o seu parecer fundamentado ficava sem efeito.

37. Na segunda fase do processo, a Comissão continuou a análise do processo à luz de uma queixa apresentada pela Telefónica em 23 de Novembro de 1998.

38. A Telefónica entendia, com efeito, que a legislação espanhola não lhe permitia aumentar o preço da taxa mensal de modo a cobrir o «défice de acesso». O défice de acesso constitui a diferença entre as receitas de acesso, isto é, as receitas provenientes da taxa mensal e da conexão inicial, e os custos de acesso à rede, isto é, os custos das infra-estruturas de telefonia fixa que ligam os utilizadores finais às centrais telefónicas do operador de telecomunicações.

39. Em 25 de Novembro de 1999, a Comissão pediu certas informações ao Governo espanhol, a propósito da queixa apresentada pela Telefónica.

40. Por carta de 21 de Janeiro de 2000, as autoridades espanholas responderam que lhes era impossível verificar a existência do défice de acesso alegado pela Telefónica. Além disso, informaram a Comissão da sua intenção de estabelecer o regime de *price cap*.

41. Em 4 de Maio de 2000, a Comissão dirigiu uma notificação ao Governo espanhol, criticando-o por não ter concedido suficiente flexibilidade à Telefónica para lhe permitir proceder ao reequilíbrio tarifário exigido pelo artigo 4.°-C da Directiva 90/388 alterada.

42. Não satisfeita com a resposta das autoridades espanholas a esta carta, a Comissão emitiu um parecer fundamentado em 29 de Janeiro de 2001, sublinhando que o processo de reequilíbrio tarifário não tinha sido completado em 1999 e provavelmente também não terminaria em 2001. A Comissão precisava igualmente que o défice de acesso da Telefónica em 1999 atingia 258 mil milhões de ESP.

43. Na sua resposta de 29 de Março de 2001, as autoridades espanholas contestaram a avaliação efectuada pela Comissão. Em seu entender, o défice de acesso alegadamente suportado pela Telefónica em 1999 atingia 173,449 mil milhões de ESP, ou seja, menos 85 mil milhões de ESP que o montante indicado. Além disso, as autoridades espanholas anunciaram uma série de correcções ao mecanismo de *price cap*.

44. Em 18 de Abril de 2001, a Telefónica indicou que, devido às medidas anunciadas pelo Governo espanhol, retirava a sua queixa.

45. Em 27 de Julho de 2001, a Comissão dirigiu um parecer fundamentado complementar ao Reino de Espanha para ter em conta três acontecimentos ocorridos em 2001. Estes acontecimentos foram a adopção da legislação impondo à Telefónica a oferta de serviços de acesso desagregado ao lacete local [17], as correcções ao regime de *price cap* adoptadas em Maio de 2001 [18] e a estimativa precisa, pelo Governo espanhol, do défice de acesso da Telefónica em 1999 [19].

46. As autoridades espanholas responderam a este parecer fundamentado complementar por carta de 9 de Outubro de 2001. Insatisfeita com esta resposta, a Comissão intentou a presente acção em 21 de Dezembro de 2001.

III — Pedidos e fundamentos das partes

47. Na sua petição, a Comissão sustenta que o Reino de Espanha não aplicou correctamente as disposições comunitárias relativas ao reequilíbrio tarifário.

48. Em seu entender, as autoridades espanholas deveriam ter permitido que a Telefónica reequilibrasse as suas tarifas em conformidade com o artigo 4.°-C da Direc-

17 — V. n.° 27 das presentes conclusões.
18 — *Ibidem* (n.° 24).
19 — *Ibidem* (n.° 43).

tiva 90/388 alterada. Ao impor à Telefónica que conservasse uma estrutura de tarifas prejudicial aos seus concorrentes e ao manter tarifas incoerentes com os custos reais, as autoridades espanholas criaram uma situação prejudicial ao desenvolvimento da concorrência.

49. A Comissão entende, tendo em conta os limites impostos pelo mecanismo de *price cap*, que as tarifas de assinatura mensal não poderiam ser fundadas nos custos reais antes do início do ano de 2003. A este respeito, a Comissão sublinha que as hipóteses de ganhos de produtividade de 6% ao ano, formuladas pelas autoridades espanholas e necessárias para suprimir o défice de acesso, são pouco prováveis, na medida em que os ganhos de eficácia ligados à infra-estrutura são moderados.

50. O Governo espanhol, por seu lado, indica que a Directiva 90/388 alterada não o obriga a impor à Telefónica tarifas fundadas nos custos reais. Esta directiva obriga-o simplesmente a suprimir os obstáculos que impedem a Telefónica de alinhar as suas tarifas pelos custos reais. O artigo 4.°-C da Directiva 90/388 alterada não lhe impõe, portanto, uma obrigação de resultado, mas sim uma obrigação de meios.

51. O Governo espanhol sublinha igualmente que o artigo 4.°-C da Directiva 90/388 alterada não impõe nenhum prazo preciso para o cumprimento da obrigação de supressão dos obstáculos ao reequilíbrio tarifário. Pelo contrário, esta disposição parte da ideia de que é difícil cumprir esta obrigação antes de 1 de Janeiro de 1998, porque prevê expressamente a possibilidade, em caso de atraso, de enviar um calendário preciso à Comissão.

52. Para determinar o prazo imposto aos Estados-Membros para o cumprimento da obrigação litigiosa, há que ter em conta a jurisprudência do Tribunal de Justiça, segundo a qual a existência de incumprimento deve ser apreciada em função da situação do Estado-Membro tal como se apresentava no termo do prazo fixado pelo parecer fundamentado. No caso vertente, o prazo fixado pelo parecer fundamentado complementar expirou no fim de Outubro de 2001.

53. Ora, nessa data, sublinha o Reino de Espanha, nenhum incumprimento lhe podia ser imputado. Com efeito, verifica-se que, mesmo com base em ganhos de produtividade de 3 a 4%, a Telefónica não registou qualquer défice de acesso em 2002 e em 2003 [20]. O facto de a Telefónica ter retirado a sua queixa em Abril de 2001 é a melhor prova deste elemento.

20 — Há que sublinhar que o Reino de Espanha apresentou a contestação em 25 de Março de 2002. Nessa data, as partes não podiam, evidentemente, conhecer os resultados da Telefónica para 2002 e 2003 porque esses resultados ainda não existiam.

54. O Reino de Espanha pede, portanto, ao Tribunal de Justiça que declare a acção improcedente e condene a Comissão nas despesas.

IV — Apreciação

55. O artigo 4.°-C da Directiva 90/388 alterada exige aos Estados-Membros que tomem as medidas necessárias para permitir que os seus organismos de telecomunicações procedam ao reequilíbrio das suas tarifas, ou seja, que baseiem a sua estrutura tarifária nos custos reais.

56. Para apreciar a procedência da acção da Comissão, há, portanto, que determinar se a Telefónica alinhou efectivamente as suas tarifas pelos custos reais. Em caso negativo, haverá que verificar se este desequilíbrio tarifário resulta do comportamento da Telefónica ou das medidas adoptadas pelas autoridades espanholas. Esta segunda etapa do raciocínio é efectivamente necessária, na medida em que, como sublinhou o Governo espanhol, o artigo 4.°-C da Directiva 90/388 alterada não o obriga a realizar o reequilíbrio tarifário, mas a tomar as medidas necessárias para permitir que a Telefónica efectue essa operação.

57. A título preliminar, no entanto, há que afastar a tese do Governo espanhol segundo a qual o prazo de cumprimento da obrigação em litígio expirava no fim de Outubro de 2001.

58. Resulta, com efeito, do vigésimo considerando da Directiva 96/19 que os Estados-Membros deviam proceder à supressão dos obstáculos ao reequilíbrio tarifário «o mais rapidamente possível». O quinto considerando desta directiva sublinha, por seu lado, que o reequilíbrio tarifário é uma medida preparatória da abertura do mercado à concorrência e que esta abertura deve efectuar-se, o mais tardar, em 1 de Janeiro de 1998. Além disso, o artigo 4.°-C da Directiva 90/388 alterada precisa que o próprio reequilíbrio tarifário deve realizar-se antes de 1 de Janeiro de 1998 porque, caso contrário, os Estados-Membros têm a obrigação de enviar à Comissão um relatório contendo um calendário preciso de execução.

59. Resulta destes elementos que os Estados-Membros eram obrigados a suprimir os obstáculos ao reequilíbrio tarifário o mais rapidamente possível a partir da entrada em vigor da Directiva 96/19 [21] e, o mais tardar, em 1 de Janeiro de 1998.

21 — A Directiva 96/19 entrou em vigor em 11 de Abril de 1996 (nos termos do seu artigo 3.°).

60. É certo que o artigo 4.°-C da Directiva 90/388 alterada permite derrogar esses prazos se o Estado-Membro transmitir um calendário preciso à Comissão. Em nossa opinião, esta excepção não pode, no entanto, ser aplicada no caso vertente. Com efeito, o Governo espanhol não demonstrou que tinha adoptado um calendário preciso de execução no prazo prescrito [22] e que esse calendário foi objecto de aprovação por parte da Comissão [23].

61. Do mesmo modo, pensamos que a Decisão 97/603 não tem por efeito de adiar o cumprimento da obrigação em litígio. Como sublinhou a Comissão [24], o dispositivo desta decisão identifica precisamente as obrigações cujo adiamento é autorizado e a supressão dos obstáculos ao reequilíbrio tarifário não faz parte destas obrigações [25].

22 — Quanto a esta exigência, v., nomeadamente, as conclusões do advogado-geral L. A. Geelhoed no processo Comissão/ /França (acórdão de 6 de Dezembro de 2001, C-146/00, Colect., p. I-9767, n.° 44), que indica que o requisito de um calendário preciso não pode ser satisfeito através da simples menção de um prazo final.

23 — A exigência dessa aprovação resulta, em nossa opinião, implicitamente da Directiva 96/19. Com efeito, na medida em que o calendário preciso tem o efeito de prorrogar o prazo de cumprimento da obrigação em litígio (bem como o reequilíbrio tarifário) e na medida em que esse calendário poderá servir de base à introdução de uma nova acção por incumprimento, é difícil imaginar que a Comissão não exerça nenhum controlo sobre os calendários enviados pelos Estados-Membros. A economia e a finalidade da Directiva 96/19 parecem-nos, pelo contrário, exigir que a Comissão dê o seu acordo relativamente a esses calendários de execução.

24 — V. petição (n.° 66).

25 — As obrigações cujo adiamento é autorizado são a concessão efectiva de novas licenças para a prestação de serviços de telefonia vocal e de redes públicas de telecomunicações (v. n.° 12 das presentes conclusões) e a notificação à Comissão e a publicação de todos os procedimentos de licença ou de declaração para a prestação de serviços de telefonia vocal e o estabelecimento de redes públicas de telecomunicações e os pormenores do regime nacional previsto para a repartição do custo líquido da obrigação de serviço universal [v. artigo 1.°, alíneas a) e b), da Decisão 97/603].

62. Por conseguinte, pensamos que o Reino de Espanha tinha a obrigação de tomar as medidas necessárias à supressão dos obstáculos ao reequilíbrio tarifário o mais rapidamente possível a partir da entrada em vigor da Directiva 96/19 e, o mais tardar, em 1 de Janeiro de 1998. É, portanto, à luz destes elementos que analisaremos os dois elementos constitutivos do incumprimento imputado ao Reino de Espanha.

A — *Quanto à existência de um desequilíbrio tarifário*

63. Segundo o vigésimo considerando da Directiva 96/19, o equilíbrio tarifário deve ser realizado relativamente aos cinco elementos tarifários do serviço prestado pelo organismo de telecomunicações, a saber, a conexão inicial, a taxa mensal e as tarifas locais, nacionais e internacionais.

64. A fim de determinar se existe desequilíbrio nos elementos tarifários do serviço da Telefónica, pensamos que o Tribunal de Justiça pode basear-se nos dois métodos de cálculo propostos pela Comissão [26].

26 — V. petição (n.os 46 a 50).

1. Quanto ao primeiro método de cálculo

65. O primeiro método consiste em apreciar a existência de um défice de acesso a partir da contabilidade da Telefónica, verificada pela Comisión del Mercado de Telecomunicaciones (a Comissão do Mercado das Telecomunicações). Como já indicámos [27], o défice de acesso constitui a diferença entre as receitas do acesso, isto é, as receitas provenientes da taxa mensal e da conexão inicial, e os custos de acesso à rede, isto é, os custos das infra-estruturas de telefonia fixa que ligam os utilizadores finais às centrais telefónicas do operador de telecomunicações.

66. Na sua contestação [28], o Governo espanhol reconheceu expressamente que a Telefónica sofreu um défice de acesso de 173,499 mil milhões de ESP em 1999. O Governo espanhol acrescentou que este montante constituía a base das correcções efectuadas em Maio de 2001 ao regime de *price cap*. Verifica-se, portanto, a existência de um desequilíbrio tarifário em 1999.

67. Quanto aos anos seguintes, diremos que, na sua carta de 9 de Outubro de 2001 [29], as autoridades espanholas forneceram várias estimativas das margens de lucros da Telefónica em função de diferentes hipóteses de ganhos de produtividade.

68. Resulta destas estimativas que, mesmo com ganhos de produtividade de 6% ao ano a partir de 1999 (que constitui a hipótese mais favorável), a Telefónica continuou a sofrer um défice de acesso até ao início de 2002. Além disso, na hipótese (mais plausível, segundo a Comissão) de ganhos de produtividade de 3 a 4% ao ano a contar de 1999, o défice de acesso da Telefónica não terá sido reabsorvido antes do início de 2003.

69. Os argumentos avançados pelo Governo espanhol para contestar esta análise não nos parecem convincentes.

70. Por um lado, o Governo espanhol contesta a estimativa feita pela Comissão do montante do défice de acesso da Telefónica em 1999 [30]. O Governo espanhol entende que este montante é excessivo, na medida em que a Comissão incluiu o custo relativo às linhas telefónicas não rentáveis,

27 — V. n.° 38 das presentes conclusões.
28 — N.os 27 e 28.
29 — Anexo 24 da petição.
30 — V. contestação (n.° 34).

quando esse custo já está compreendido no custo líquido da obrigação de serviço universal.

71. Quanto a este ponto, basta recordar que o défice de acesso em 1999 é um dado que o próprio Governo espanhol indicou no quadro da fase pré-contenciosa [31] e que confirmou expressamente no âmbito do presente processo [32]. Não se vê, portanto, como é que a Comissão pôde cometer um erro na estimativa do montante em litígio. De qualquer modo, as autoridades espanholas não indicaram qual seria, em seu entender, o montante exacto do défice de acesso sofrido pela Telefónica em 1999.

72. Por outro lado, o Governo espanhol sustenta que o défice de acesso no ano 2000, que o próprio governo tinha transmitido à Comissão na sua carta de 9 de Outubro de 2001, está igualmente errado [33]. Este montante está sobreavaliado em 30 mil milhões de ESP porque inclui, erradamente, o custo do serviço universal destinado a zonas não rentáveis ou de taxas especiais aplicadas a certos utilizadores.

73. Em nosso entender, este argumento também não pode ser acolhido na medida em que o Governo espanhol não fornece nenhum elemento de prova no que respeita ao erro que diz ter cometido.

74. Em qualquer caso, o Governo espanhol reconhece que, mesmo tendo em conta este erro, o défice de acesso da Telefónica não foi reabsorvido antes do início de 2002 (baseando-se numa hipótese de ganhos de produtividade de 3 a 4% a partir de 1999) [34]. Na medida em que esta reabsorção do défice de acesso, mesmo supondo que se verifica, ocorreu após o prazo fixado no parecer fundamentado (27 de Outubro de 2001) [35], não pode ser tida em conta para apreciar a existência do presente incumprimento.

2. Quanto ao segundo método de cálculo

75. O segundo método de cálculo consiste em comparar o preço da taxa mensal facturado pela Telefónica com a tarifa de acesso desagregado ao lacete local.

31 — Carta de 29 de Março de 2001 (anexo 22 da petição, n.° 3, segundo parágrafo).

32 — Contestação (n.os 27 e 28).

33 — *Ibidem* (n.° 35).

34 — *Ibidem* (n.° 36, segundo parágrafo).

35 — O prazo inicial de dois meses fixado pela Comissão foi prorrogado por um mês a pedido das autoridades espanholas (v. contestação, n.° 11). Tendo o parecer fundamentado complementar sido emitido em 27 de Julho de 2001, o prazo terminava três meses mais tarde, ou seja, em 27 de Outubro de 2001.

76. Como sublinhou a Comissão [36], as tarifas de acesso desagregado ao lacete local devem ser baseadas nos custos reais, em conformidade com o artigo 3.°, n.° 3, do Regulamento n.° 2887/2000. Aliás, o preço da taxa mensal deve igualmente ser baseado nos custos reais, em virtude do artigo 4.°-C da Directiva 90/388 alterada.

77. Além disso, os elementos que entram na composição do custo de acesso desagregado ao lacete local devem ser comparáveis aos que a prestação do serviço de assinatura mensal implica. Em ambos os casos, a infra-estrutura necessária é idêntica (trata-se do par metálico da rede telefónica pública fixa que liga a central telefónica do operador ao posto do utilizador final) e a estrutura dos preços compreende componentes comparáveis (a saber, as despesas de instalação e as despesas de conexão, por um lado, e a taxa de utilização das linhas desagregadas e a taxa de assinatura, por outro). O nível do preço da taxa mensal deve, portanto, ser globalmente comparável ao da tarifa de acesso desagregado ao lacete local.

78. No caso vertente, resulta dos elementos dos autos que a Telefónica fixou o preço da taxa mensal para as linhas residenciais do seguinte modo:

— aproximadamente 1 742 ESP em 2001 [37];

— 1 942 ESP em 2002 [38], e

— 2 100 ESP em 2003 [39].

79. Ora, no que se refere ao acesso desagregado ao lacete local, vimos que as

36 — V. petição (n.° 48).

37 — Este montante resulta da adição do preço de assinatura telefónica fixado pela Orden de 31 de Julho de 1998, já referida (n.° 20 das presentes conclusões), ou seja, 1 442 ESP, com os três aumentos sucessivos de 100 ESP previstos em Agosto de 2000, em Março de 2001 e em Agosto de 2001 pelo Real Decreto-Ley 16/1999, já referido (n.° 22 das presentes conclusões).

38 — Este montante foi avançado pela Comissão (v. petição, n.° 56) e expressamente confirmado pelo Governo espanhol (v. contestação, n.os 28 e 35).

39 — Este montante foi avançado pela Comissão (v. petição, n.° 56) e expressamente confirmado pelo Governo espanhol (v. contestação, n.° 28).

autoridades espanholas fixaram uma tarifa diferente. Com efeito, a Orden de 29 de Dezembro de 2000 [40], já referida, fixou esta tarifa em 2 163 ESP em 2001, em 2 100 ESP em 2002 e em 2 050 ESP em 2003.

80. Resulta desta comparação que o preço da taxa mensal permaneceu inferior à tarifa de acesso desagregado ao lacete local em 2001 (com uma diferença de 19,43%) e em 2002 (com uma diferença de 7,52%). Só em 2003 é que o preço da taxa mensal atingiu um nível superior à tarifa de acesso ao lacete local (com uma diferença de 2,38%).

81. Os argumentos avançados pelo Governo espanhol para contrariar esta análise não são convincentes.

82. O Governo espanhol entende que o facto de a tarifa da taxa mensal ser inferior à do acesso desagregado ao lacete local não é susceptível de entravar a concorrência nem de colocar os novos operadores numa situação desfavorável. Na opinião do Governo espanhol, só se pode concluir que existem distorções da concorrência tendo em conta vários factores, designadamente o facto de os novos operadores não estarem sujeitos às obrigações de serviço universal [41].

83. Aliás, o Governo espanhol indica que o preço da taxa mensal aumentou em mais de 56% para as linhas residenciais desde Agosto de 1998, de modo que o esforço exigido aos consumidores relativamente ao custo fixo do serviço telefónico permitiu suprimir o défice de acesso em 2002.

84. Estes argumentos não nos parecem convincentes. Com efeito, na sua contestação, o Governo espanhol não parece realmente contestar a pertinência do segundo método de cálculo, nem sequer a existência de uma diferença entre o preço da assinatura mensal e a tarifa de acesso ao lacete local. Tal como quanto ao primeiro método de cálculo, o Governo espanhol parece reconhecer a existência de um défice de acesso até ao início de 2002 [42].

85. Por conseguinte, pensamos que os elementos dos autos permitem que o Tribunal de Justiça conclua que o reequilíbrio tarifário exigido pelo artigo 4.°-C da Directiva 90/388 alterada não foi realizado

40 — V. n.° 29 das presentes conclusões.

41 — V. contestação (n.os 39 a 41).

42 — V. contestação (n.° 54).

pelo operador histórico espanhol antes do início de 2003 e, em qualquer caso, antes do termo do prazo fixado pelo parecer fundamentado.

86. Resta, portanto, verificar se esse desequilíbrio tarifário resulta do comportamento da Telefónica ou de medidas adoptadas pelas autoridades espanholas.

B — *Quanto à imputabilidade do desequilíbrio tarifário*

87. É útil recordar que, no plano prático, o reequilíbrio tarifário devia traduzir-se por um aumento da taxa inicial de conexão, do preço da taxa mensal e das tarifas de comunicações locais, bem como por uma redução das tarifas das comunicações nacionais e internacionais.

88. Até à entrada em vigor do regime de *price cap* em 2001, as próprias autoridades espanholas procediam aos diferentes aumentos e reduções das tarifas dos elementos do serviço de telefonia vocal. Assim, sabemos que:

— a Orden de 18 de Março de 1997, já referida, aumentou o preço da taxa mensal e das chamadas locais em 16 e 13% e diminuiu o preço das chamadas provinciais, interprovinciais e internacionais em 5,15 e 12%;

— a Orden de 31 de Julho de 1998, já referida, fixou o preço da taxa mensal em 1 442 ESP para as linhas residenciais e em 1 797 ESP para as *líneas de enlace*;

— em 16 de Abril de 1999, as autoridades espanholas procederam a uma nova redução das tarifas provinciais, interprovinciais e internacionais, e que

— o Real Decreto-Ley 16/1999, já referido, procedeu a três aumentos sucessivos de 100 ESP da taxa mensal, em Agosto de 2000, em Março de 2001 e em Agosto de 2001.

89. Daí resulta que, até à introdução do mecanismo de *price cap*, a Telefónica não dispunha de qualquer margem de manobra na fixação dessas tarifas. Pode considerar-se, portanto, que a falta de reequilíbrio tarifário em 1999 e 2000 é da exclusiva responsabilidade das autoridades espanholas.

90. No que se refere aos anos seguintes, o regime de *price cap* concedeu uma certa liberdade ao operador histórico espanhol [43]. Este regime, que se baseia num sistema de limites máximos de preços, indica os limites dentro dos quais, anualmente, a Telefónica é autorizada a aumentar ou reduzir os seus preços.

91. Parece, todavia, que a liberdade concedida à Telefónica era insuficiente para lhe permitir proceder ao reequilíbrio tarifário exigido pela Directiva 90/388 alterada.

92. Com efeito, na sua contestação [44], o Governo espanhol contestou a afirmação da Comissão segundo a qual a Telefónica não utilizou a sua liberdade tarifária em 2002 e 2003. O Governo espanhol indicou que «a Telefónica utilizou toda a margem de manobra que lhe oferece [o regime de *price cap*] aumentando os preços da assinatura das linhas profissionais e residenciais em 1 de Janeiro de 2002 até ao limite previsto para todo o ano».

93. Ora, resulta das considerações expostas acima [45] que o uso, até ao máximo, dessa liberdade não bastou para atingir o equilíbrio tarifário exigido pela Directiva 90/388 alterada. O desequilíbrio tarifário verificado no período de 2001 a 2002 não pode, portanto, ser imputado ao comportamento da Telefónica. Pelo contrário, esse desequilíbrio parece resultar das medidas, designadamente dos limites máximos, adoptados pelas autoridades espanholas.

94. Com base nos elementos dos autos, propomos, portanto, que o Tribunal de Justiça declare que o Reino de Espanha não adoptou todas as medidas necessárias para permitir que o seu organismo de telecomunicações procedesse ao reequilíbrio das suas tarifas, em conformidade com o artigo 4.°-C da Directiva 90/388 alterada.

43 — V. n.° 25 das presentes conclusões.

44 — V. n.os 51 e 52.

45 — V. n.os 63 a 85 das presentes conclusões.

V — Conclusão

95. Propomos ao Tribunal de Justiça que considere a acção procedente e declare o seguinte:

«1) Ao não adoptar todas as medidas necessárias para permitir que o operador histórico de telecomunicações, Telefónica de España SA, procedesse ao reequilíbrio das suas tarifas em conformidade com o artigo 4.°-C 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, o Reino de Espanha não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força das referidas directivas.

2) O Reino de Espanha é condenado nas despesas.»