Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
MACIEJ SZPUNAR
apresentadas em 28 de maio de 2020[1]

Processo C-49/19

Comissão Europeia
contra

República Portuguesa

«Incumprimento de Estado — Diretiva 2002/22/CE — Comunicações eletrónicas — Financiamento das obrigações de serviço universal — Mecanismo de repartição — Princípios da transparência, da mínima distorção do mercado, da não discriminação e da proporcionalidade»

I. Introdução

1. A Diretiva 2002/22/CE[2] pretende «criar um quadro regulamentar harmonizado que assegure a prestação do serviço universal, ou seja, de um determinado conjunto mínimo de serviços a todos os utilizadores finais, a um preço acessível»[3], e traduz a importância do acesso de todos a certos serviços essenciais em matéria de telecomunicações. As obrigações de serviço universal instituídas por esta diretiva visam, por conseguinte, atenuar certos efeitos negativos que a liberalização do mercado das telecomunicações possa ocasionar em áreas geográficas específicas ou para certas pessoas na União Europeia que, de outra forma, ficariam privadas de acesso a serviços indispensáveis[4].

2. Para assegurar a prestação desses serviços essenciais, os Estados-Membros podem encarregar uma ou várias empresas da prestação do serviço universal. No entanto, em certas circunstâncias, essas obrigações de serviço universal só podem ser asseguradas pelas empresas delas encarregadas com prejuízo ou com um custo líquido que ultrapassa os padrões comerciais normais[5]. Nessa situação, os Estados-Membros estabelecem um mecanismo de financiamento desses custos das obrigações de serviço universal. Estes têm duas soluções, segundo o artigo 13.º, n.º 1, da Diretiva 2002/22: a utilização de fundos públicos para compensar o prestador encarregado do serviço universal pelo encargo que suporta ou a introdução de um mecanismo de repartição dos custos líquidos ligados ao serviço universal, para o qual contribuem os diferentes operadores de telecomunicações. A República Portuguesa optou por esta segunda solução.

1 Língua original: francês.

2 Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de março de 2002, relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações eletrónicas (diretiva serviço universal) (JO 2002, L 108, p. 51).

3 Acórdão de 19 de junho de 2008, Comissão/França (C-220/07, não publicado, EU:C:2008:354, n.º 28).

4 Slautsky, E., «Financement du service universel des communications électroniques et autonomie nationale: quelques enseignements récents de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union», *Cahiers de droit européen*, 2016, vol. 52, n.º 3, p. 886.

5 Considerando 18 da Diretiva 2002/22. V., igualmente, E. Slautsky, *op. cit.*

3. O mecanismo de repartição previsto pela República Portuguesa apresenta, no entanto, uma particularidade. Com efeito, este mecanismo prevê, designadamente, a instituição de uma contribuição extraordinária destinada a compensar os custos do serviço universal incorridos antes da criação do mecanismo de repartição. É a compatibilidade desta particularidade com o artigo 13.º, n.º 3, e o anexo IV, parte B, da Diretiva 2002/22 que a Comissão Europeia põe em causa, considerando que a contribuição extraordinária em questão não respeita as exigências a que deve obedecer um mecanismo de repartição, conforme previstas nestas disposições, a saber, os princípios da transparência, da proporcionalidade, da mínima distorção da concorrência e da não discriminação.

4. Com a presente ação por incumprimento, a Comissão pede assim ao Tribunal de Justiça que declare que, ao estabelecer uma contribuição extraordinária para a repartição do custo líquido das obrigações de serviço universal a partir de 2007, em conformidade com o disposto na Lei n.º 35/2012 do Fundo de Compensação do Serviço Universal, de 23 de agosto de 2012[6], na sua versão aplicável ao presente processo (a seguir «Lei n.º 35/2012»), a República Portuguesa não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 13.º, n.º 3, e do anexo IV, parte B, da Diretiva 2002/22.

5. O presente processo proporciona, portanto, ao Tribunal de Justiça a oportunidade de precisar o alcance das exigências a que deve obedecer um mecanismo de repartição dos custos líquidos do serviço universal.

II. Quadro jurídico

A. Direito da União

6. Os considerandos 18 a 21 e 23 da Diretiva 2002/22 enunciam:

«(18) Os Estados-Membros podem, sempre que necessário, estabelecer mecanismos de financiamento do custo líquido das obrigações de serviço universal, nos casos em que se demonstre que as obrigações só podem ser asseguradas com prejuízo ou com um custo líquido que ultrapassa os padrões comerciais normais. É importante assegurar que os custos líquidos das obrigações de serviço universal sejam adequadamente calculados e que qualquer financiamento efetuado provoque uma distorção mínima no mercado e nas empresas e seja compatível com o disposto nos artigos [107.º e 108.º TFUE].

(19) O cálculo do custo líquido do serviço universal deve ter devidamente em conta os custos e as receitas, bem como os benefícios não materiais que resultam da prestação do serviço universal, mas não deve dificultar a realização do objetivo geral de assegurar que as estruturas de preços reflitam os custos. Os custos líquidos das obrigações de serviço universal devem ser calculados com base em procedimentos transparentes.

(20) Ter em conta os benefícios não materiais significa fazer uma estimativa em termos monetários dos benefícios indiretos realizados por uma empresa devido à sua posição de prestadora de um serviço universal e deduzir o montante assim obtido dos custos líquidos diretos das obrigações de serviço universal, por forma a determinar os custos líquidos globais.

(21) Quando uma obrigação de serviço universal constitui um encargo excessivo para uma empresa, é apropriado permitir que os Estados-Membros estabeleçam mecanismos para uma recuperação eficiente dos custos líquidos. A recuperação através de fundos públicos é um dos métodos mais eficientes de recuperação dos custos líquidos das obrigações de serviço universal. Também é razoável que os custos líquidos apurados sejam repartidos por todos os utilizadores de forma

6 *Diário da República*, 1.ª série, n.º 163, de 23 de agosto de 2012.

transparente, mediante a imposição de taxas às empresas. Os Estados-Membros devem poder financiar os custos líquidos dos diversos elementos do serviço universal através de diferentes mecanismos, e/ou financiar os custos líquidos de alguns ou de todos os elementos através de um ou outro desses mecanismos ou da combinação de ambos. No caso da recuperação dos custos através de taxas impostas às empresas, os Estados-Membros devem assegurar que o método de repartição das mesmas se baseie em critérios objetivos e não discriminatórios e esteja de acordo com o princípio da proporcionalidade. Este princípio não impede os Estados-Membros de isentarem dessas taxas os novos operadores que ainda não alcançaram uma presença significativa no mercado. Qualquer mecanismo de financiamento adotado deve assegurar que os participantes no mercado apenas contribuam para o financiamento das obrigações de serviço universal e não para outras atividades que não estejam diretamente ligadas ao cumprimento das referidas obrigações. Os mecanismos de recuperação devem respeitar sempre os princípios do direito comunitário, e nomeadamente, no caso dos mecanismos de repartição, os princípios da não discriminação e da proporcionalidade. Qualquer mecanismo de financiamento deve garantir que os utilizadores de um Estado-Membro não contribuam para os custos do serviço universal de outro Estado-Membro, por exemplo, ao fazerem chamadas de um Estado-Membro para outro.

[…]

(23) O custo líquido das obrigações de serviço universal pode ser repartido por todas as empresas ou por certas classes específicas de empresas. Os Estados-Membros deverão garantir que o mecanismo de repartição respeite os princípios da transparência, da mínima distorção do mercado, da não discriminação e da proporcionalidade. "Mínima distorção do mercado" significa que as contribuições devem ser recuperadas de um modo que, na medida do possível, minimize o impacto do encargo financeiro suportado pelos utilizadores finais, por exemplo através de uma repartição tão vasta quanto possível das contribuições.»

7. O artigo 12.º da Diretiva 2002/22, sob a epígrafe «Determinação dos custos das obrigações de serviço universal», prevê:

«1. Sempre que as autoridades reguladoras nacionais considerem que a prestação do serviço universal tal como estabelecido nos artigos 3.º a 10.º pode constituir um encargo excessivo para as empresas designadas para prestar esse serviço, calcularão os custos líquidos da sua prestação.

Para esse efeito, as autoridades reguladoras nacionais devem:

a) Calcular o custo líquido da obrigação de serviço universal, tendo em conta quaisquer vantagens de mercado adicionais de que beneficie a empresa designada para prestar o serviço universal, de acordo com a parte A do anexo IV; ou

b) Utilizar o custo líquido da prestação do serviço universal identificado por um mecanismo de designação nos termos do n.º 2 do artigo 8.º

2. As contas e/ou outras informações que servem de base para o cálculo do custo líquido das obrigações de serviço universal nos termos da alínea a) do n.º 1 serão objeto de auditoria ou de verificação por parte da autoridade reguladora nacional ou de um organismo independente das partes interessadas e aprovad[o] pela autoridade reguladora nacional. Os resultados do cálculo dos custos e as conclusões da auditoria devem estar acessíveis ao público.»

8. O artigo 13.º da Diretiva 2002/22, sob a epígrafe «Financiamento das obrigações de serviço universal», dispõe:

«1. Quando, com base no cálculo do custo líquido referido no artigo 12.º, as autoridades reguladoras nacionais considerarem que uma empresa está sujeita a encargos excessivos, os Estados-Membros devem, a pedido da empresa designada, decidir:

a) Introduzir um mecanismo para compensar essa empresa pelos custos líquidos apurados em condições de transparência e a partir de fundos públicos; e/ou

b) Repartir o custo líquido das obrigações de serviço universal pelos operadores de redes e serviços de comunicações eletrónicas.

2. Caso o custo líquido seja repartido, como previsto na alínea b) do n.º 1, os Estados-Membros devem estabelecer um mecanismo de repartição administrado pela autoridade reguladora nacional ou por um organismo independente dos beneficiários, sob a supervisão da autoridade reguladora nacional. Apenas pode ser financiado o custo líquido, determinado nos termos do artigo 12.º, das obrigações estabelecidas nos artigos 3.º a 10.º

3. Qualquer mecanismo de repartição deve respeitar os princípios da transparência, da mínima distorção do mercado, da não discriminação e da proporcionalidade, em conformidade com os princípios da parte B do anexo IV. Os Estados-Membros podem optar por não exigir contribuições de empresas com um volume de negócios inferior a um dado limite.

4. Os encargos relacionados com a repartição do custo das obrigações de serviço universal serão desagregados e identificados separadamente para cada empresa. Tais encargos não serão impostos nem cobrados às empresas que não forneçam serviços no território do Estado-Membro que estabeleceu o mecanismo de repartição.»

9. O artigo 14.º da Diretiva 2002/22, sob a epígrafe «Transparência», dispõe:

«1. Caso seja instituído o mecanismo de repartição do custo líquido das obrigações de serviço universal a que se refere o artigo 13.º, as autoridades reguladoras nacionais garantirão que os princípios de repartição dos custos e os elementos constituintes do mecanismo utilizado estejam acessíveis ao público.

2. Sob reserva das normas nacionais e comunitárias em matéria de confidencialidade das atividades comerciais, as autoridades reguladoras nacionais assegurarão a publicação de um relatório anual contendo o custo calculado das obrigações de serviço universal, indicando as contribuições feitas por todas as empresas envolvidas e identificando quaisquer vantagens de mercado que possam ter resultado para a ou as empresas designadas para prestar o serviço universal, caso tenha sido efetivamente instituído um fundo e este esteja em funcionamento.»

10. Nos termos do anexo IV, parte B, da Diretiva 2002/22:

«A recuperação ou o financiamento de quaisquer custos líquidos das obrigações de serviço universal requer que as empresas designadas com obrigações de serviço universal sejam compensadas pelos serviços que oferecem em condições não comerciais. Uma vez que essa compensação envolve transferências financeiras, os Estados-Membros devem garantir que estas tenham lugar de forma objetiva, transparente, não discriminatória e proporcionada. Tal significa que as transferências devem causar a menor distorção possível na concorrência e na procura por parte dos utilizadores.

Em conformidade com o n.º 3 do artigo 13.º, qualquer mecanismo de repartição baseado num fundo deverá utilizar um meio transparente e neutro para a cobrança das contribuições, o que evitará o perigo de uma dupla imposição, simultaneamente sobre os *inputs* e os *outputs* das empresas.

O organismo independente que administra o fundo será responsável pela cobrança das contribuições das empresas suscetíveis de contribuir para o custo líquido das obrigações de serviço universal no Estado-Membro e supervisionará a transferência de verbas devidas e/ou pagamentos administrativos para as empresas com direito a receber pagamentos do fundo.»

B. Direito português

11. A Lei n.º 5/2004 das Comunicações Eletrónicas, de 10 de fevereiro de 2004[7], conforme alterada, pela última vez, pelo Decreto-Lei n.º 92/2017, de 31 de junho de 2017[8] (a seguir «Lei n.º 5/2004»), revogou o Decreto-Lei n.º 458/99, de 5 de novembro de 1999[9], e transpôs para o ordenamento jurídico português a Diretiva 2002/22.

12. O artigo 97.º da Lei n.º 5/2004 prevê:

«1. Verificada a existência de custos líquidos do serviço universal e que sejam considerados excessivos pela ARN, compete ao Governo, mediante pedido dos respetivos prestadores, promover a compensação adequada através de um ou ambos os seguintes mecanismos:

a) Compensação a partir de fundos públicos;

b) Repartição do custo pelas outras empresas que ofereçam, no território nacional, redes e serviços de comunicações eletrónicas acessíveis ao público.

2. Sempre que haja lugar à aplicação do mecanismo previsto na alínea b) do número anterior, deve ser estabelecido um fundo de compensação, para o qual contribuem as empresas que oferecem redes e serviços de comunicações eletrónicas acessíveis ao público administrado pela ARN ou por outro organismo independente designado pelo Governo, neste caso sob supervisão da ARN.

3. Os critérios de repartição do custo líquido do serviço universal, entre as empresas obrigadas a contribuir, são definidos pelo Governo, respeitando os princípios da transparência, da mínima distorção do mercado, da não discriminação e da proporcionalidade.

[…]»

13. A Lei n.º 35/2012 instituiu um fundo de compensação do serviço universal de comunicações eletrónicas destinado a financiar os custos líquidos decorrentes do cumprimento das obrigações de serviço universal e a garantir a partilha desses custos entre as empresas obrigadas a contribuir.

14. O artigo 1.º desta lei, que identifica o seu objeto, dispõe que é criado o fundo de compensação do serviço universal de comunicações eletrónicas a que se refere o n.º 2 do artigo 97.º da Lei n.º 5/2004, e que é fixado o critério de repartição dos custos líquidos do referido serviço entre as empresas obrigadas a contribuir.

7 *Diário da República*, I série-A, n.º 34, de 10 de fevereiro de 2004.

8 *Diário da República*, 1.ª série, n.º 146, de 31 de julho de 2017.

9 *Diário da República*, I série-A, n.º 258, de 5 de novembro de 1999.

15. Segundo o artigo 2.º, n.º 1, da Lei n.º 35/2012, «[o] fundo de compensação obedece no seu funcionamento aos princípios da transparência, não discriminação, proporcionalidade e mínima distorção do mercado».

16. O artigo 6.º desta lei prevê:

«O fundo de compensação destina-se ao financiamento dos custos líquidos do serviço universal determinados no âmbito dos concursos a que se refere o n.º 3 do artigo 99.º da Lei n.º 5/2004 […], alterada e republicada pela Lei n.º 51/2011, de 13 de setembro, e considerados excessivos pel[a Autoridade Nacional de Comunicações (ANACOM)], em conformidade com o disposto na alínea b) do n.º 1 do artigo 95.º e no artigo 97.º da mesma lei, bem como ao financiamento dos custos líquidos do serviço universal referidos no capítulo v.»

17. O artigo 17.º da referida lei, sob a epígrafe «Financiamento dos custos líquidos no período anterior à designação por concurso», dispõe:

«1. O fundo de compensação instituído pela presente lei deve ser igualmente acionado para compensação dos custos líquidos do serviço universal incorridos até ao início da prestação do serviço universal pelo prestador ou prestadores que vierem a ser designados nos termos do n.º 3 do artigo 99.º da Lei n.º 5/2004 […], alterada e republicada pela Lei n.º 51/2011, de 13 de setembro, sempre que, cumulativamente:

a) Se verifique a existência de custos líquidos, na sequência de auditoria, que sejam considerados excessivos pel[a ANACOM], de acordo com o previsto na alínea a) do n.º 1 e no n.º 2 do artigo 95.º e nos artigos 96.º e 97.º da Lei n.º 5/2004 […], alterada e republicada pela Lei n.º 51/2011, de 13 de setembro;

b) O prestador do serviço universal solicite ao Governo a compensação dos custos referidos na alínea anterior.

2. O montante dos custos líquidos a compensar no período anterior à designação por concurso corresponde ao que vier a ser aprovado pel[a ANACOM], nos termos previstos na alínea a) do número anterior.»

18. O artigo 18.º, n.º 1, da mesma lei prevê que «[a]s empresas que oferecem, no território nacional, redes de comunicações públicas e ou serviços de comunicações eletrónicas acessíveis ao público estão obrigadas a efetuar uma contribuição extraordinária para o fundo de compensação, relativa a cada um dos anos de 2013, 2014 e 2015, exclusivamente destinada ao financiamento dos custos líquidos referidos no artigo anterior que vierem a ser aprovados pel[a ANACOM] em tais anos».

19. Em conformidade com o artigo 18.º, n.º 5, da Lei n.º 35/2012, a «contribuição extraordinária a que se refere o n.º 1 corresponde a 3 % do volume de negócios elegível anual de cada entidade, com os limites decorrentes dos números seguintes».

20. Nos termos do artigo 18.º, n.º 6, desta lei, o «montante da contribuição extraordinária a cobrar a cada entidade nunca pode exceder o valor que lhe caberia em resultado da repartição dos custos líquidos a que se refere o n.º 2 do artigo 17.º pelas entidades obrigadas a contribuir, na proporção do respetivo volume de negócios elegível».

21. Segundo o artigo 20.º da referida lei, o montante da contribuição extraordinária de cada ano pode ser pago ao longo de um período de cinco anos.

III. Antecedentes do litígio

A. Factos na origem do litígio

22. Pelo Decreto-Lei n.º 31/2003, de 17 de fevereiro de 2003, que alterou as bases da concessão do serviço público de telecomunicações em Portugal, a sociedade PT Comunicações (a seguir «PTC») foi designada como prestadora do serviço universal até 2025.

23. Enquanto prestadora do serviço universal, a PTC apresentou por diversas vezes estimativas dos custos líquidos do serviço universal, acompanhadas de pedidos de ressarcimento das respetivas margens negativas relativas aos anos compreendidos entre 1996 e 1999, ao ano de 2000 e, em seguida, aos anos de 2001, 2002 e 2003. No entanto, a ANACOM rejeitou estes diferentes pedidos de ressarcimento.

24. Na sequência da adoção da Lei n.º 5/2004 e de um pedido da PTC formulado em julho de 2007, a ANACOM aprovou, em 9 de junho de 2011 e após procedimento de consulta pública e de audiência prévia dos interessados, duas deliberações que precisaram, por um lado, o conceito de «encargo excessivo», na aceção do artigo 97.º da Lei n.º 5/2004, e, por outro, a metodologia a utilizar para calcular os custos líquidos do serviço universal.

25. Com estes fundamentos, a ANACOM considerou que a prestação de serviço universal pela PCT até 2006 não constituía um encargo excessivo. Por outro lado, decidiu aplicar, no período posterior a 1 de janeiro de 2007 e até que o prestador ou os prestadores do serviço universal designados por meio de concurso iniciassem a prestação desse serviço, a metodologia de cálculo dos custos líquidos do serviço universal aprovada.

26. A Lei n.º 35/2012 foi então adotada, permitindo a criação do fundo de compensação do serviço universal de comunicações eletrónicas e implicando a implementação de uma contribuição extraordinária destinada a permitir a compensação dos custos líquidos incorridos pela PTC antes da designação por concurso.

27. Por força das deliberações da ANACOM e da Lei n.º 35/2012, e após apresentação das correspondentes estimativas pela PTC, os custos líquidos do serviço universal relativos ao período compreendido entre 2007 e 2009 foram auditados e o montante final aprovado pela ANACOM em 19 de setembro de 2013. Os custos líquidos relativos aos anos de 2010 e 2011 foram aprovados em 20 de novembro de 2014, ao passo que, em 2015, a ANACOM aprovou a decisão final sobre os resultados da auditoria efetuada referente aos custos líquidos para os anos de 2012 e 2013.

28. Em seguida, a ANACOM procedeu, noutras três decisões, à identificação das entidades obrigadas a contribuir para o fundo de compensação do serviço universal de comunicações eletrónicas e à fixação do valor das contribuições extraordinárias respeitantes aos custos líquidos do serviço universal a compensar nos períodos compreendidos entre 2007 e 2009, entre 2010 e 2011 e entre 2012 e 2013.

29. Assim, as contribuições extraordinárias para os anos de 2013, 2014 e 2015 destinavam-se a compensar o montante final dos custos líquidos, respetivamente, dos anos de 2007, 2008 e 2009, dos anos de 2010 e de 2011 e dos anos de 2012 e 2013.

30. Ao mesmo tempo, a República Portuguesa lançou três concursos para selecionar o(s) operador(es) a designar como prestador(es) do serviço universal, tendo sido escolhidos novos operadores para prestadores do serviço universal no que respeita à ligação a uma rede de comunicações pública num local fixo e à prestação de serviços telefónicos acessíveis ao público. Por sua vez, a PTC foi selecionada para a prestação do serviço universal de oferta de postos públicos no território

nacional [10]. Os contratos com tais operadores começaram a produzir os seus efeitos, o mais tardar, em 1 de junho de 2014, data em que o anterior contrato de concessão do serviço universal celebrado com a PTC deixou de produzir efeitos.

B. Procedimento pré-contencioso

31. Em 13 de dezembro de 2012, a Comissão enviou uma carta à República Portuguesa, através do sistema EU Pilot, mediante a qual pedia esclarecimentos sobre a compatibilidade do fundo de compensação do serviço universal previsto na Lei n.º 35/2012 com o artigo 13.º e o anexo IV, parte B, da Diretiva 2002/22, particularmente no respeitante à compensação dos custos líquidos suportados pelo prestador do serviço universal, isto é, a PTC, em anos passados e durante um período anterior à sua nova designação por concurso como prestador do serviço universal.

32. As autoridades portuguesas responderam a esse pedido em 21 de fevereiro de 2013. Forneceram informações adicionais durante uma reunião com os serviços da Comissão realizada em 23 de outubro de 2014 e, em seguida, por carta de 5 de dezembro de 2014.

33. Por carta de 27 de fevereiro de 2015, a Comissão enviou à República Portuguesa uma notificação para cumprir. Na sua resposta de 29 de abril de 2015, as autoridades portuguesas sustentaram que a legislação portuguesa e a sua aplicação deveriam ser consideradas compatíveis com as exigências da Diretiva 2002/22, em especial com os princípios da transparência, da mínima distorção do mercado, da não discriminação e da proporcionalidade.

34. Tendo analisado essa resposta, a Comissão remeteu à República Portuguesa um parecer fundamentado por carta de 29 de abril de 2016, convidando este Estado-Membro a tomar as medidas necessárias para proceder em conformidade com o parecer fundamentado no prazo de dois meses a contar da sua receção.

35. As autoridades portuguesas responderam ao parecer fundamentado por carta de 1 de julho de 2016 e complementaram esta resposta por uma segunda carta de 14 de outubro de 2016, após uma reunião com os serviços da Comissão de 7 de setembro de 2016. As autoridades portuguesas forneceram à Comissão novas informações relativas aos procedimentos de audição dos operadores e aos litígios no domínio em causa, aos dados sobre o peso percentual do valor da contribuição no volume de negócios dos operadores e do setor, aos operadores presentes no mercado no decurso de 2007 relativamente à situação à data e às situações de verificação de pagamento da contribuição extraordinária.

36. Foram realizadas mais duas reuniões entre a Comissão e as autoridades portuguesas em janeiro e em julho de 2017. Nesta última reunião, foram discutidas diversas soluções com vista à resolução do diferendo entre as partes. Posteriormente, a Comissão solicitou que lhe fosse submetida uma proposta de solução assim como a indicação de um prazo para o efeito. Em duas cartas de 14 de março de 2017 e de 12 de setembro de 2018, as autoridades portuguesas, por um lado, propuseram a realização de nova reunião e, por outro, observaram considerar prudente aguardar pelo resultado dos processos instaurados por certos operadores nos tribunais nacionais, que tinham por objeto a interpretação da Lei n.º 35/2012 em causa.

10 Resolução do Conselho de Ministros n.º 66-A/2013, de 18 de julho de 2013, *Diário da República*, 1.ª série, n.º 202, 1.º suplemento, de 18 de outubro de 2013.

C. Tramitação do processo no Tribunal de Justiça

37. Não partilhando da opinião da República Portuguesa, a Comissão intentou a presente ação, por petição de 25 de janeiro de 2019.

38. A República Portuguesa e a Comissão apresentaram observações orais na audiência realizada em 11 de março de 2020.

IV. Análise

39. Com a sua ação, a Comissão contesta a compatibilidade da contribuição extraordinária para a repartição do custo líquido das obrigações de serviço universal, prevista no artigo 18.º da Lei n.º 35/2012, com o artigo 13.º e o anexo IV, parte B, da Diretiva 2002/22. Mais precisamente, a Comissão sustenta que esta contribuição não respeita os princípios da transparência, da não discriminação, da mínima distorção do mercado e da proporcionalidade enunciados nas disposições acima referidas.

A. Quanto ao princípio da transparência

1. Argumentos das partes

40. A Comissão sustenta que o princípio da transparência não se limita à obrigação de publicação e de tornar acessíveis elementos relativos à partilha dos custos líquidos do serviço universal, indo além das exigências previstas no artigo 14.º da Diretiva 2002/22.

41. Segundo a Comissão, resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que o princípio da transparência também abrange outros aspetos. Por um lado, o Tribunal de Justiça teria decidido que, para que um mecanismo de repartição do custo líquido das obrigações de serviço universal seja conforme com o princípio da transparência, os elementos que permitem o cálculo das contribuições devem ser «fixados de acordo com critérios objetivos, tomando em consideração elementos comparáveis e portanto transparentes, para permitirem que estes operadores calculem os seus custos e as suas receitas prováveis» [11]. Nestas condições, a Comissão considera que as exigências de clareza e precisão formam parte integrante do princípio da transparência.

42. Por outro lado, a Comissão sustenta que o princípio da transparência está ligado ao princípio da segurança jurídica, do qual é garante, pelo que esse primeiro princípio implica que as regras de financiamento do serviço universal, que podem comportar um impacto financeiro para as empresas, sejam claras, precisas e previsíveis quanto aos seus efeitos. Mais precisamente, na medida em que deve ser lido à luz do princípio da segurança jurídica, o princípio da transparência impõe que os interessados devam conhecer com exatidão o alcance das obrigações que lhes são impostas.

43. A República Portuguesa contesta a interpretação que a Comissão faz do princípio da transparência, que qualifica de maximalista e formalista. Em sua opinião, o princípio da transparência é uma garantia do cumprimento pelos Estados-Membros das obrigações decorrentes do direito da União e reconduz-se assim à objetividade dos critérios e à comparabilidade dos elementos utilizados para o cálculo do custo líquido das obrigações de serviço universal, sendo a previsibilidade de custos uma consequência destes elementos.

11 Acórdão de 6 de dezembro de 2001, Comissão/França (C-146/00, EU:C:2001:668, n.os 48 e 49).

44. Por outro lado, segundo a República Portuguesa, o princípio da segurança jurídica não pode ser confundido com o princípio da transparência. Ora, os argumentos invocados pela Comissão dizem respeito, antes de mais, aos princípios da segurança jurídica e da tutela da confiança. Com efeito, a alegação da Comissão reconduz-se a uma suposta retroatividade da contribuição extraordinária que seria incompatível com o princípio da segurança jurídica.

45. A República Portuguesa observa, por um lado, que isso implicaria que o prestador do serviço universal não pudesse ser ressarcido dos custos líquidos já incorridos, auditados e aprovados pela ANACOM, apesar de a recuperação destes custos ser devida por força da regulamentação nacional. Por outro lado, a República Portuguesa sublinha que há que fazer uma distinção entre retroatividade aparente e a retroatividade real de uma disposição. No caso em apreço, a Lei n.º 35/2012 apenas aparenta ser retroativa, na medida em que produz os seus efeitos em função do ano de apuramento do custo líquido do serviço universal, ou seja, de um período que se situa após a data da sua entrada em vigor. Ora, a jurisprudência do Tribunal de Justiça é extremamente restritiva no que respeita à tutela das expectativas dos particulares em casos de retroatividade aparente[12], de modo que os operadores não podiam ter qualquer expectativa legítima acerca da forma de financiamento dos custos líquidos do serviço universal.

2. Apreciação

46. A Comissão alega que o princípio da transparência deve ser lido à luz do princípio da segurança jurídica, o que implica que este primeiro princípio abrange, além da obrigação de publicação e de tornar acessíveis os elementos relativos ao cálculo e à partilha dos custos líquidos do serviço universal, exigências de clareza, precisão e previsibilidade. Assim concebido, o princípio da transparência não é respeitado quando, antes da efetiva instituição da contribuição extraordinária pela Lei n.º 35/2012, os operadores obrigados a contribuir para o financiamento dos custos ligados ao serviço universal não puderam prever o alcance das suas obrigações.

47. Por outras palavras, segundo a Comissão, o mecanismo instituído pela República Portuguesa é contrário ao princípio da transparência na medida em que, antes da sua implementação, os operadores não podiam prever o alcance das suas obrigações decorrentes desse mecanismo.

48. Tal solução implicaria que o princípio da transparência só seria respeitado se, mesmo antes da adoção do mecanismo de repartição dos custos das obrigações ligadas ao serviço universal, os operadores pudessem ter conhecimento do alcance das obrigações decorrentes do referido mecanismo, apesar de este ainda não ter sido adotado. Ora, impõe-se constatar que nunca pode ser esse o caso.

49. Na realidade, segundo o artigo 13.º, n.º 3, da Diretiva 2002/22, o princípio da transparência só é aplicável a partir do momento em que o mecanismo de repartição dos custos ligados ao serviço universal exista. A falta de transparência de um mecanismo que ainda não foi adotado não pode, portanto, ser declarada.

50. Pouco importa, a este respeito, que os custos que o mecanismo se destina a compensar tenham sido incorridos antes da adoção deste mecanismo, desde que a contribuição extraordinária instituída, uma vez adotada, respeite efetivamente o princípio da transparência. Em minha opinião, é o que acontece no caso em apreço.

12 Acórdão de 29 de junho de 1999, Butterfly Music (C-60/98, EU:C:1999:333, n.º 25).

51. Com efeito, embora não esteja claramente definido, o princípio da transparência a que se refere o artigo 13.º, n.º 3, da Diretiva 2002/22 é precisado no artigo 14.º desta diretiva. Assim, o princípio da transparência implica que as regras de repartição dos custos ligados ao serviço universal e os elementos constituintes de um mecanismo de repartição desses custos estejam acessíveis ao público. Além disso, prevê-se igualmente, caso tenha sido efetivamente instituído um mecanismo de repartição dos custos e este esteja em funcionamento, que deve ser publicado um relatório anual contendo o custo calculado das obrigações de serviço universal, as contribuições feitas pelos operadores envolvidos e identificando quaisquer vantagens de mercado resultantes para o prestador do serviço universal. Nestas condições, o princípio da transparência abrange essencialmente a obrigação de publicação e de acessibilidade ao público dos elementos relativos à instituição e funcionamento do mecanismo de repartição dos custos ligados ao serviço universal.

52. Por outro lado, o Tribunal de Justiça precisou que essa exigência de publicação e de tornar acessíveis ao público as informações relativas às modalidades de implementação de um mecanismo de repartição dos custos do serviço universal visa «[permitir que os] operadores [que contribuem para este] calculem os seus custos e as suas receitas prováveis» [13].

53. A este respeito, devo precisar que essa exigência não pode, no entanto, implicar que os operadores obrigados a contribuir possam prever com certeza e precisão o montante da sua contribuição. Com efeito, na medida em que os montantes exatos dos custos líquidos do serviço universal não podem ser conhecidos antes do seu cálculo pela autoridade reguladora, os montantes exatos da contribuição também não podem ser antecipados com precisão. Por conseguinte, basta que as modalidades de funcionamento do mecanismo de repartição dos custos líquidos do serviço universal sejam conhecidas pelos operadores para que o princípio da transparência seja respeitado. Com efeito, o simples conhecimento destas modalidades permite-lhes determinar, de forma razoável e com probabilidade, mas não de forma certa, o alcance da contribuição a que serão obrigados.

54. Ora, noto que a Lei n.º 35/2012 não apenas prevê a criação da contribuição extraordinária como também detalha as modalidades da sua implementação. Assim, esta lei precisa as condições do seu desencadeamento [14], os anos em que tem de ser efetuada [15], os custos que se destina a compensar e os limites máximos do seu montante [16]. Além disso, a referida lei precisa o papel exato da ANACOM na determinação dos contribuintes e do montante da contribuição extraordinária, bem como as modalidades de pagamento com as quais os operadores se devem conformar [17].

55. Assim, em minha opinião, a contribuição extraordinária instituída pela República Portuguesa na Lei n.º 35/2012 é conforme com o princípio da transparência, uma vez que este Estado-Membro dá conhecimento ao público dos princípios relativos à repartição dos custos ligados ao serviço universal e das precisões necessárias no que respeita ao funcionamento do mecanismo de repartição. Além disso, estes elementos permitem seguramente que os operadores obrigados a contribuir determinem, desde a criação do mecanismo de repartição em 2012, o alcance das suas obrigações decorrentes da contribuição extraordinária que terão de pagar em relação a 2013, 2014 e 2015.

56. Por conseguinte, a implementação pela República Portuguesa da contribuição extraordinária prevista na Lei n.º 35/2012 não constitui uma violação do princípio da transparência.

13 Acórdão de 6 de dezembro de 2001, Comissão/França (C-146/00, EU:C:2001:668, n.ºs 48 e 49). Sendo certo que esta precisão foi feita tendo em conta a Diretiva 97/33/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de junho de 1997, relativa à interligação no setor das telecomunicações com o objetivo de assegurar o serviço universal e a interoperabilidade através da aplicação dos princípios da oferta de rede aberta (ORA) (JO 1997, L 199, p. 32), que foi revogada pela Diretiva 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 eletrónicas (diretiva-quadro) (JO 2002, L 108, p. 33), parece-me que conserva a sua pertinência no que respeita ao serviço universal conforme regulamentado na Diretiva 2002/22.

14 Artigo 17.º da Lei n.º 35/2012.

15 Artigo 18.º, n.º 1, da Lei n.º 35/2012.

16 Artigo 18.º, n.ºs 5 e 6, da Lei n.º 35/2012.

17 Artigo 20.º e artigo 21.º, n.º 1, da Lei n.º 35/2012.

B. Quanto aos princípios da mínima distorção do mercado e da proporcionalidade

1. Argumentos das partes

57. A Comissão entende que o mecanismo de compensação previsto na Lei n.º 35/2012 não pode ser considerado compatível com o princípio da mínima distorção do mercado. Em primeiro lugar, não é possível aos operadores prever esses custos nem tomá-los em conta na sua atividade relativa aos anos para os quais os referidos custos são reclamados. Em segundo lugar, os montantes a financiar são significativos, na medida em que a contribuição extraordinária representa 3 % do volume de negócios elegível de cada operador e para cada um dos anos em causa, adicionando-se à contribuição normalmente devida para o financiamento dos custos líquidos do serviço universal incorridos pelos operadores designados no concurso público. Em terceiro lugar, a contribuição extraordinária impõe um encargo maior do que o que seria normalmente previsto se a contribuição anual tivesse em consideração o custo líquido incorrido na prestação do serviço universal no mesmo período, na medida em que o impacto no volume de negócios teria sido significativamente reduzido e teria permitido aos operadores repartir o encargo financeiro por um período mais longo.

58. No que respeita ao princípio da proporcionalidade, a Comissão considera que este não é respeitado uma vez que os operadores são obrigados a contribuir para compensar os custos líquidos das empresas designadas na sequência de concurso público e, ao mesmo tempo, a pagar a contribuição extraordinária. Essa obrigação ocasiona uma «dupla contribuição» ou, pelo menos, um aumento dos encargos financeiros que os operadores devem suportar. Além disso, a Comissão sublinhou na audiência que os montantes da contribuição extraordinária eram significativos em comparação, designadamente, com o montante da contribuição relativa ao mesmo período em Espanha.

59. No que respeita ao princípio da mínima distorção do mercado, esclarecido no considerando 23 da Diretiva 2002/22, a República Portuguesa sustenta que este visa sobretudo o modo como se procede à distribuição do encargo incorrido pelos prestadores do serviço universal tendo em vista minimizar o impacto financeiro nos utilizadores finais. Ora, a Comissão nada refere que permita concluir que o impacto financeiro nos utilizadores não tenha sido minimizado. Além disso, a alegada imprevisibilidade dos custos para os operadores que a Comissão invoca não se enquadra no âmbito do princípio da mínima distorção do mercado.

60. Por outro lado, a República Portuguesa contesta o caráter significativo dos montantes a financiar pela contribuição extraordinária. O limiar de 3 % do volume de negócios constitui o limite superior do montante total das contribuições, sendo certo que este montante está ainda sujeito a outros limites. Em especial, o montante dos custos líquidos a compensar corresponde, em qualquer caso, ao que vier a ser aprovado pela ANACOM. Além disso, a contribuição extraordinária, que visa reembolsar os custos líquidos incorridos pelo prestador do serviço universal, é repartida por quatro anos, podendo o valor de cada ano ser pago ao longo de um período de cinco anos.

61. No que respeita ao princípio da proporcionalidade, a República Portuguesa alega que, na medida em que essa contribuição extraordinária, por um lado, tem por objetivo minimizar tanto quanto possível a ingerência no setor, com uma repartição da compensação na máxima extensão possível, e, por outro, consiste assim numa ponderação equilibrada dos custos e benefícios face ao objetivo que se pretende atingir, este princípio é plenamente respeitado uma vez que a referida contribuição constitui um meio adequado para atingir o objetivo de necessária compensação dos custos líquidos do serviço universal. A República Portuguesa acrescenta, quanto ao argumento da Comissão suscitado na audiência segundo o qual os montantes dessa mesma contribuição são significativos, que a Comissão não pode pôr em causa esses montantes sem contestar o método de cálculo dos custos líquidos conforme utilizado pela ANACOM.

2. Apreciação

62. Em primeiro lugar, devo notar que o argumento suscitado pela Comissão, segundo o qual os operadores não tiveram a possibilidade de prever os custos líquidos que deviam ser objeto de compensação, não se me afigura pertinente para determinar se o mecanismo instituído pela República Portuguesa é conforme com o princípio da mínima distorção do mercado.

63. Com efeito, este princípio é esclarecido no considerando 23 da Diretiva 2002/22, nos termos do qual «[m]ínima distorção do mercado significa que as contribuições devem ser recuperadas de um modo que, na medida do possível, minimize o impacto do encargo financeiro suportado pelos utilizadores finais, por exemplo através de uma repartição tão vasta quanto possível das contribuições». Por conseguinte, a questão de saber se os operadores tiveram a possibilidade de tomar em conta a contribuição extraordinária na sua atividade é indiferente quando se trata de estabelecer o impacto do encargo financeiro decorrente desta contribuição que impende sobre os utilizadores finais.

64. A Comissão suscita, além disso, outros argumentos relativos, por um lado, à importância dos montantes em causa e, por outro, à existência de uma «dupla contribuição» na medida em que, a partir de 2013, os operadores eram obrigados simultaneamente a contribuir para o financiamento dos custos ligados ao serviço universal no período posterior ao concurso público e a pagar a contribuição extraordinária pelos custos suportados pela PTC antes do concurso público. Em sua opinião, estes elementos demonstram, por um lado, uma violação do princípio da mínima distorção do mercado e, por outro, uma violação do princípio da proporcionalidade.

65. Embora estes argumentos se me afigurem seguramente mais pertinentes do que o relativo à previsibilidade dos custos, não creio, no entanto, que sejam suficientes para demonstrar que tanto o princípio da mínima distorção do mercado como o princípio da proporcionalidade foram violados.

66. No que respeita à importância dos montantes da contribuição extraordinária, é certo que o artigo 18.º, n.º 5, da Lei n.º 35/2012 prevê que estes correspondem a 3 % do volume de negócios elegível anual de cada entidade chamada a contribuir. No entanto, o artigo 18.º, n.º 6, desta lei prevê igualmente que o montante dessa contribuição a cobrar a cada entidade nunca pode exceder o valor que lhe caberia em resultado da repartição dos custos líquidos incorridos pelo prestador do serviço universal e considerados excessivos pela ANACOM.

67. Embora possa atingir 3 % do volume de negócios elegível anual das sociedades contribuintes, o montante da contribuição extraordinária deve, no entanto, corresponder sempre ao montante dos custos líquidos incorridos pelo prestador do serviço universal, conforme aprovado pela ANACOM.

68. Ora, não se pode deixar de observar que a Comissão não contesta o método de cálculo dos custos líquidos utilizado pela ANACOM nem o resultado a que esta chegou nas decisões relativas a 2012, 2013 e 2014. A Comissão não põe em causa, portanto, os montantes dos custos líquidos que a contribuição extraordinária se destina a compensar e aos quais deve corresponder com exatidão.

69. Assim, o simples facto de os montantes dessa contribuição serem significativos não permite demonstrar que esta é, em si mesma, desproporcionada ou que não respeita o princípio da mínima distorção do mercado. Uma vez que a referida contribuição corresponde precisamente ao montante dos custos líquidos incorridos pelo prestador do serviço universal, cujo cálculo não é posto em causa pela Comissão, afigura-se-me que a mesma tanto se limita ao que é necessário para atingir o objetivo de compensação dos custos ligados ao serviço universal como é adequada para minimizar o impacto do encargo financeiro.

70. No que respeita à existência de uma dupla contribuição que impende sobre os operadores obrigados a contribuir simultaneamente para o financiamento dos custos posteriores ao concurso e para o financiamento dos custos incorridos pela PTC quando esta era a única prestadora do serviço universal, a mesma implica, como nota a Comissão, um aumento dos encargos financeiros que impendem sobre os operadores. Este aumento decorre, igualmente, do facto de os operadores serem obrigados a compensar os custos líquidos de vários anos num único ano [18].

71. Todavia, não creio que esse elemento possa caracterizar, por si só, uma violação do princípio da mínima distorção do mercado ou do princípio da proporcionalidade. Em primeiro lugar, uma contribuição destinada a compensar os custos incorridos pelo prestador do serviço universal implica sempre, para os operadores que a ela estão obrigados, um encargo financeiro maior do que se essa compensação não existisse. Uma vez que este aumento do encargo financeiro que impende sobre os operadores obrigados à contribuição é inerente ao próprio mecanismo de compensação dos custos da prestação do serviço universal, não se me afigura que este elemento, por si só, seja suficiente para caracterizar a violação dos princípios da mínima distorção do mercado e da proporcionalidade.

72. Em seguida, na medida em que o montante da contribuição extraordinária corresponde exatamente ao montante dos custos incorridos pelo prestador do serviço universal, não se pode deixar de observar que o referido montante se limita ao estritamente necessário para alcançar o objetivo de compensação dos custos líquidos do serviço universal. Nestas condições, não creio que se possa considerar que esta contribuição ocasiona, para os operadores que a ela estão sujeitos, um encargo financeiro desproporcionado, mesmo que a referida contribuição respeite a vários anos ou implique uma dupla contribuição.

73. Além disso, como refere a República Portuguesa, os operadores obrigados à contribuição extraordinária dispõem de facilidades de pagamento desta última. Mais precisamente, resulta do artigo 20.º, n.º 4, da Lei n.º 35/2012 que o pagamento desta contribuição pode, em relação a cada ano, ser estendido por um período de cinco anos. Esta possibilidade permite assim aos operadores modular o encargo financeiro que têm de suportar com o pagamento da referida contribuição, de modo a reduzir tanto quanto possível o seu impacto. Parece-me, assim, que este regime assegura, por um lado, uma repercussão mínima do encargo financeiro a suportar sobre os utilizadores finais e, por outro, mais genericamente, a proporcionalidade dessa mesma contribuição.

74. Por último, como sustenta a República Portuguesa, a minimização do impacto do encargo financeiro suportado pelos utilizadores finais e a proporcionalidade da contribuição extraordinária resultam, igualmente, do facto de os operadores obrigados a esta contribuição serem todos aqueles cujo volume de negócios seja superior a 1 % do volume de negócios anual do setor, incluindo o prestador do serviço universal. A repartição da referida contribuição entre os operadores afigura-se assim tão vasta quanto possível e apta a minimizar o seu impacto nos utilizadores finais.

75. Em qualquer caso, a posição da Comissão implicaria que um mecanismo de repartição dos custos do serviço universal só poderia ser implementado na medida em que as contribuições dos operadores fossem calculadas em função dos custos incorridos pelo prestador do serviço universal num único ano.

18 V. n.º 29 das presentes conclusões.

76. No entanto, devo notar que nada no texto da Diretiva 2002/22 obriga os Estados-Membros a optar por uma compensação anual. Ora, não se podem deduzir do silêncio do legislador da União modalidades precisas de implementação dos mecanismos de compensação dos custos do serviço universal. Uma vez que o legislador da União não pretendeu impor tais condições, não creio que se possa considerar, pela simples razão de não funcionar numa base anual, que um mecanismo de compensação dos custos do serviço universal é desproporcionado ou não respeita o princípio da mínima distorção do mercado.

77. Nestas condições, considero que a implementação pela República Portuguesa da contribuição extraordinária prevista na Lei n.º 35/2012 não constitui uma violação dos princípios da mínima distorção do mercado e da proporcionalidade.

C. Quanto ao princípio da não discriminação

1. Argumentos das partes

78. Segundo a Comissão, o princípio da não discriminação exige que devem apenas ser tidos em conta os volumes de negócios dos operadores que estavam presentes no mercado no momento em que os custos líquidos foram incorridos. No entanto, a Lei n.º 35/2012 aplica-se a todos os operadores presentes no mercado entre 2013 e 2015, ou seja, a operadores que não estavam presentes no mercado entre 2007 e 2012. Estes operadores estão sujeitos, além disso, a uma obrigação de contribuir com as suas receitas referentes a anos que não são aqueles em que os custos líquidos foram incorridos, sendo assim discriminados.

79. A República Portuguesa alega, em primeiro lugar, que o argumento da Comissão segundo o qual apenas os operadores presentes no mercado no momento em que os custos foram incorridos devem contribuir para o fundo de compensação, com base no volume de negócios relativo ao ano em que os custos foram incorridos, leva ao favorecimento dos operadores não onerados com os custos do serviço universal e implica uma discriminação do prestador do serviço universal.

80. Em seguida, a República Portuguesa sustenta que, embora a estrutura do mercado fosse diferente em 2013 e em 2007, isso não significa que os operadores presentes no mercado em 2013 não o estivessem anteriormente. A este respeito, a República Portuguesa defende a tese segundo a qual o conceito de «empresa» deve ser objeto de uma interpretação funcional, que permita ultrapassar as alterações relativas à estrutura interna dos operadores quando exista entre eles uma identidade económica ou um controlo económico.

81. Por último, a República Portuguesa alega que o argumento da Comissão não atende ao facto de que as modalidades de cálculo dos custos líquidos são um procedimento moroso e complexo, que só é desencadeado a pedido do prestador de serviço universal, de modo que uma dilação entre o período em que os custos líquidos foram incorridos e o período em que devem ser compensados não pode constituir um sinal de discriminação.

2. Apreciação

82. Segundo a Comissão, a alegada violação do princípio da não discriminação resulta da aplicação da Lei n.º 35/2012 e da contribuição extraordinária das empresas que não estavam presentes no mercado no momento em que os custos do serviço universal que são objeto de compensação foram incorridos.

83. Recordo que, segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, a discriminação só pode consistir na aplicação de regras diferentes a situações comparáveis ou na aplicação da mesma regra a situações diferentes [19]. A aplicação da contribuição extraordinária a sociedades que não estavam presentes no mercado no momento em que os custos visados pela compensação foram incorridos poderia, portanto, em teoria, implicar uma discriminação.

84. No entanto, não creio que seja o que acontece no caso em apreço. Contrariamente ao que sustenta a Comissão, considero que as alterações ocorridas no mercado dos operadores de telecomunicações entre 2007 e 2012 não implicaram o aparecimento no mercado de *novas* sociedades suscetíveis de serem consideradas como não tendo estado presentes nesse mercado quando os custos do serviço universal que é objeto da contribuição extraordinária foram incorridos, e isto com base nas seguintes razões.

85. Em primeiro lugar, resulta tanto da contestação da República Portuguesa como das observações formuladas pela Comissão na audiência que as reestruturações ocorridas no mercado dos operadores de telecomunicações consistiram em reestruturações intra- e intergrupos. Na realidade, as *novas* sociedades visadas pela Comissão resultaram de fusões entre sociedades que já atuavam nesse mercado.

86. Ora, as sociedades resultantes dessas fusões asseguram a continuidade jurídica dos direitos e das obrigações das sociedades objeto das referidas fusões. Com efeito, estas operações de fusão operam uma transferência do património destas últimas sociedades, a saber, todos os elementos do ativo e do passivo. Mais genericamente, essa operação não pode cristalizar os direitos e as obrigações da sociedade objeto de fusão no momento em que esta fusão opera, uma vez que estes direitos e obrigações são levados a evoluir em função de circunstâncias tanto económicas como jurídicas.

87. Neste contexto, a única questão que se coloca é a de saber se entre o passivo transferido figura a obrigação de contribuição extraordinária prevista na Lei n.º 35/2012, a que as sociedades objeto das referidas fusões teriam sido obrigadas sem as reestruturações.

88. Em minha opinião, é o que acontece. Com efeito, não existe nenhuma razão que justifique excluir do passivo a obrigação de contribuição para a compensação dos custos do serviço universal. Esta exclusão teria como consequência que qualquer operação de reestruturação permitiria a uma sociedade eximir-se da sua obrigação de contribuição para o fundo de compensação dos custos ligados ao serviço universal, impedindo assim a aplicação da Diretiva 2002/22. Nesta hipótese, a reestruturação funcionaria como uma causa de extinção das obrigações de contribuição para o financiamento do serviço universal, podendo inclusivamente ocorrer apenas com esse objetivo.

89. Nestas condições, não se pode considerar que as reestruturações ocorridas no mercado dos operadores de telecomunicações ocasionaram o aparecimento no mercado de *novas* sociedades que não teriam sido sujeitas ao pagamento da contribuição extraordinária sem essas reestruturações e que sofrem uma discriminação em razão da obrigação de contribuição para o financiamento do serviço universal.

90. Em segundo lugar, contrariamente ao que sustentou a Comissão na audiência, as alterações à estrutura acionista ou as aquisições de participações por novos investidores que lhes permitam entrar no capital dos operadores de telecomunicações não são suficientes para considerar essas sociedades *novas* sociedades no mercado. Uma vez mais, esta solução implicaria que qualquer alteração no capital de uma sociedade fosse uma causa de extinção das obrigações das sociedades, permitindo assim que se impedisse a aplicação da Diretiva 2002/22.

19 Acórdãos de 13 de novembro de 1984, Racke (283/83, EU:C:1984:344, n.º 7); de 2 de abril de 2009, Bouygues e Bouygues Télécom/Comissão (C-431/07 P, EU:C:2009:223, n.º 114); e de 19 de novembro de 2015, Hirvonen (C-632/13, EU:C:2015:765, n.º 30).

91. Esta conclusão não pode ser posta em causa pelo argumento da Comissão, formulado na audiência, segundo o qual qualquer decisão de investimento se baseia na situação da sociedade no momento em que o investimento ocorre. A este propósito, a Comissão considera, no que respeita aos investimentos anteriores à Lei n.º 35/2012, que não era possível aos investidores prever a obrigação de contribuir para o financiamento dos custos do serviço universal relativos ao período compreendido entre 2007 e 2012. Por um lado, noto que a possibilidade de um mecanismo de contribuição para o financiamento dos custos do serviço universal existia desde a adoção da Lei n.º 5/2004, não podendo, por conseguinte, ser ignorada pelos operadores. Por outro lado, este argumento, mesmo que fosse procedente, *quod non*, constituiria não uma violação do princípio da não discriminação em relação às sociedades em causa, mas uma violação do princípio da proteção da confiança legítima dos investidores, a qual, de resto, não é invocada pela Comissão.

92. Nestas condições, considero que a implementação pela República Portuguesa da contribuição extraordinária prevista na Lei n.º 35/2012 não constitui uma violação do princípio da não discriminação.

V. Conclusão

93. Atendendo às considerações precedentes, proponho que o Tribunal de Justiça julgue improcedente a presente ação. Em conformidade com o artigo 138.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, há que condenar a Comissão Europeia nas despesas.