CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL PEDRO CRUZ VILLALÓN apresentadas em 22 de Junho de 2010 [1]

I – Introdução

1. O Grondwettelijk Hof (Tribunal Constitucional) da Bélgica solicita ao Tribunal de Justiça que se pronuncie sobre o alcance das disposições da Directiva 2002/22/CE [2], relativa ao serviço universal no sector das telecomunicações, que regulam a compensação das obrigações de serviço universal. Mais concretamente, o Tribunal de Justiça deve determinar se a citada Directiva, interpretada conjuntamente com a sua norma-quadro, a Directiva 2002/21/CE [3], permite que um legislador actue como autoridade reguladora nacional e declare como «encargo excessivo» a prestação deficitária de um serviço universal, com base unicamente numa avaliação de custos anterior à liberalização do mercado das telecomunicações.

2. Ainda que o acórdão do tribunal de reenvio centre a sua atenção nas normas belgas que regulam a compensação do conjunto de obrigações de serviço universal, o processo nacional parece centrar-se principalmente num serviço específico: as denominadas tarifas sociais. De facto, as normas belgas que regulam a compensação pela prestação deste serviço também chamaram a atenção da Comissão Europeia, levando-a a apresentar uma acção por incumprimento neste Tribunal de Justiça no processo C-222/08, Comissão/Bélgica, cujas conclusões tornarei públicas no mesmo dia em que as do presente processo.

3. Neste processo de reenvio, um grupo de empresas de telecomunicações apresentou no Grondwettelijk Hof um recurso de anulação por inconstitucionalidade, impugnando a lei que regula a compensação pela prestação do serviço universal de telecomunicações. Os recorrentes alegam a discriminação que sofrem relativamente à operadora histórica, Belgacom, na medida em que a compensação pelos ditos serviços a beneficia em detrimento das restantes.

1 — Língua original: espanhol.

2 — Directiva 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 electrónicas (directiva serviço universal) (JO L 108, p. 51).

3 — Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março de 2002, relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações electrónicas (directiva-quadro) (JO L 108, p. 33).

4. Em consequência, o Grondwettelijk Hof pede ao Tribunal de Justiça que se pronuncie sobre a natureza que o Direito da União atribui às autoridades reguladoras nacionais (a seguir «ARN»), mas também sobre a forma de compensar as obrigações do serviço universal à luz da Directiva 2002/22.

II – A legislação aplicável

A – *O Direito da União Europeia*

5. Como texto-quadro do direito derivado em matéria de telecomunicações, a Directiva 2002/21 inclui uma série de disposições gerais aplicáveis às ARN. Para efeitos do presente litígio, é necessário destacar o artigo 3.º, que estabelece o seguinte

«1. Os Estados-Membros deverão assegurar que cada uma das funções atribuídas às autoridades reguladoras nacionais pela presente directiva e pelas directivas específicas seja desempenhada por um organismo competente.

2. Os Estados-Membros garantirão a independência das autoridades reguladoras nacionais, providenciando para que sejam juridicamente distintas e funcionalmente independentes de todas as organizações que asseguram a oferta de redes, equipamentos ou serviços de comunicações electrónicas. Os Estados-Membros que mantenham a propriedade ou o controlo de empresas que assegurem o fornecimento de redes e/ou serviços de comunicações electrónicas garantirão uma separação total e efectiva entre a função de regulação, por um lado, e as actividades ligadas à propriedade ou à direcção dessas empresas, por outro.

3. Os Estados-Membros deverão assegurar que as autoridades reguladoras nacionais exerçam as suas competências com imparcialidade e transparência.

4. Os Estados-Membros tornarão públicas, de modo facilmente acessível, as funções que incumbem às autoridades reguladoras nacionais, nomeadamente quando tais funções forem confiadas a dois ou mais organismos. […] Sempre que mais de uma autoridade seja competente para tratar destas questões, os Estados-Membros assegurarão que as funções de cada uma delas sejam publicadas de modo facilmente acessível.

[…]

6. Os Estados-Membros notificarão à Comissão todas as autoridades reguladoras nacionais às quais foram atribuídas funções nos termos da presente directiva e das directivas específicas, bem como as respectivas responsabilidades».

6. A Directiva 2002/22 precisa as disposições da directiva-quadro, aplicando-as à vertente de serviço universal incluída no serviço de telecomunicações.

7. O artigo 3.º da Directiva 2002/22 incumbe os Estados-Membros de garantirem que os serviços de telecomunicações sejam prestados com a qualidade especificada, facilitando, em particular, que as prestações se realizem a preços acessíveis quando ocorram condições diferentes das normais.

8. Para a Directiva 2002/22, as prestações básicas compreendem: (a) uma ligação à rede telefónica pública num local fixo, a um preço aceitável; (b) uma oferta adequada de postos telefónicos públicos, assim como os números de emergência, nomeadamente o número único europeu «112», gratuitamente e a partir de qualquer telefone; (c) as listas telefónicas e informações sobre os números de telefone dos assinantes; e (d) certas medidas a favor dos utilizadores socialmente mais vulneráveis, como os que habitam em zonas rurais ou isoladas, os idosos, os deficientes ou os de baixos níveis de rendimento, a fim de acederem nas mesmas condições que os restantes utilizadores.

9. O artigo 8.º da Directiva 2002/22 refere-se à designação dos prestadores do serviço universal:

«1. Os Estados-Membros poderão designar uma ou mais empresas para garantir a prestação do serviço universal, como indicado nos artigos 4.º, 5.º, 6.º e 7.º e, se aplicável, no n.º 2 do artigo 9.º, por forma a que o território nacional seja coberto na sua totalidade. Os Estados-Membros podem designar diferentes empresas, ou conjuntos de empresas, para fornecerem diferentes elementos do serviço universal e/ou para cobrir diferentes partes do território nacional.

2. Quando designarem as empresas com obrigações de serviço universal numa parte ou na totalidade do território nacional, os Estados-Membros devem utilizar um mecanismo de designação eficaz, objectivo, transparente e não discriminatório, em que nenhuma empresa esteja *a priori* excluída da possibilidade de ser designada. Esses métodos de designação devem assegurar a oferta do serviço universal de modo economicamente eficiente e podem ser utilizados como meio para determinar o custo líquido da obrigação de serviço universal nos termos do artigo 12.º»

10. Segundo o décimo considerando da Directiva 2002/22, entende-se por preço acessível o «definido pelos Estados-Membros a nível nacional em função das condições nacionais específicas, que pode envolver a fixação de tarifas comuns, independentemente do local, ou opções tarifárias especiais para satisfazer as necessidades dos utilizadores

com baixos rendimentos. A acessibilidade dos preços para os consumidores individuais está relacionada com a sua capacidade de monitorizar e controlar as suas despesas.»

11. As tarifas sociais figuram, de forma geral, no artigo 9.º da Directiva 2002/22:

«1. As autoridades reguladoras nacionais acompanharão a evolução e o nível das tarifas a retalho dos serviços identificados nos artigos 4.º, 5.º, 6.º e 7.º como fazendo parte das obrigações de serviço universal e prestados por empresas designadas, em especial no que diz respeito aos preços nacionais no consumidor e ao rendimento nacional.

2. Em função das condições nacionais, os Estados-Membros podem exigir que as empresas designadas ofereçam aos consumidores opções ou pacotes tarifários diferentes dos oferecidos em condições comerciais normais, sobretudo com o intuito de assegurar que os consumidores com baixos rendimentos ou com necessidades sociais especiais não sejam impedidos de aceder ao serviço telefónico acessível ao público ou de o utilizar.

3. Para além da eventual adopção de disposições que obriguem as empresas designadas a oferecer opções tarifárias especiais ou a respeitar limites máximos de preços, nivelamentos geográficos de preços ou outros regimes semelhantes, os Estados-Membros podem assegurar que seja prestado apoio aos consumidores identificados como tendo baixos rendimentos ou necessidades sociais especiais.

[…]».

12. A fim de garantir a eficácia do serviço universal, o artigo 13.º da Directiva 2002/22 introduz um método de financiamento das obrigações de serviço universal nos seguintes termos:

«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 electrónicas.

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.»

13. O passo que antecede a compensação é a avaliação dos custos do serviço universal, cujo sistema de cálculo está consagrado no artigo 12.º da Directiva 2002/22:

«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 objecto de auditoria ou de verificação por parte da autoridade reguladora nacional ou de um organismo independente das partes interessadas e

aprovadas pela autoridade reguladora nacional. Os resultados do cálculo dos custos e as conclusões da auditoria devem estar acessíveis ao público.»

14. A referida parte A do Anexo IV prevê o seguinte:

«[…]

O custo líquido das obrigações de serviço universal será calculado como a diferença entre os custos líquidos, para uma empresa designada, do funcionamento com as obrigações de serviço universal e do funcionamento sem essas obrigações. Isto aplica-se quer a rede de um determinado Estado-Membro esteja plenamente desenvolvida quer esteja ainda em fase de desenvolvimento e expansão. Há que ter em atenção a necessidade de avaliar correctamente os custos que qualquer empresa designada teria decidido evitar se não existisse qualquer obrigação de serviço universal. O cálculo do custo líquido deve ter em conta os benefícios, incluindo os benefícios não materiais, obtidos pelo operador do serviço universal.

O cálculo basear-se-á nos custos imputáveis:

i) Aos elementos dos serviços identificados que só podem ser oferecidos com prejuízo ou em condições de custo que não se enquadram nas práticas comerciais normais;

   Podem incluir-se nesta categoria elementos de serviço como o acesso a serviços telefónicos de emergência, a oferta de certos postos públicos, a oferta de certos serviços ou equipamentos para deficientes, etc.;

ii) A utilizadores finais ou grupos de utilizadores finais específicos que, atendendo ao custo da oferta da rede e serviço especificados, às receitas geradas e ao eventual nivelamento geográfico dos preços imposto pelo Estado-Membro, só podem ser servidos com prejuízo ou em condições de custo que não se enquadram nas práticas comerciais normais.

   Estão incluídos nesta categoria os utilizadores finais ou grupos de utilizadores finais que não seriam servidos por um operador comercial que não tivesse a obrigação de prestar o serviço universal.

O cálculo do custo líquido de aspectos específicos das obrigações de serviço universal será efectuado separadamente e por forma a evitar a dupla contabilização de quaisquer benefícios e custos directos ou indirectos. O custo líquido geral das obrigações de serviço universal para qualquer empresa será calculado como a soma dos custos líquidos das componentes específicas das obrigações de serviço universal, tendo em conta quaisquer benefícios não materiais. A autoridade reguladora nacional é responsável pela verificação do custo líquido.»

B – *O Direito belga*

15. A Lei de 13 de Junho de 2005, relativa às telecomunicações electrónicas, conforme alterada pela Lei de 25 de Abril de 2007 (a seguir «Lei de 2005 alterada»), define um regime de financiamento do serviço universal, distinguindo as tarifas sociais das restantes obrigações do serviço universal.

16. O artigo 74.º da Lei de 2005 alterada (na redacção que lhe foi dada pelo artigo 173.º da Lei de 25 de Abril de 2007) fixa os princípios fundamentais que regem as compensações entre operadores, considerando as «condições tarifárias especiais [para] algumas categorias de beneficiários» uma componente social do serviço universal [4].

17. Compete ao Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie (Instituto belga dos serviços postais e das telecomunicações, a seguir «BIPT») enviar todos os anos ao ministro um relatório com o número dos «assinantes sociais» a que as diferentes empresas prestam serviço, com base no respectivo volume de negócios no mercado da telefonia pública [5].

18. A indemnização pelas «tarifas sociais», quando o respectivo operador a tenha reclamado ao BIPT, é da responsabilidade de um fundo dotado de personalidade jurídica, gerido pelo BIPT [6].

19. Para compensar o encargo que cada companhia assume com os «clientes sociais», os n.os 6 e 7 do artigo 74.º determinam a repartição dos fundos na proporção do seu volume de negócios global. As compensações são imediatamente devidas, embora as a efectuar através do fundo só se tornem efectivas quando este estiver operacional ou, o mais tardar, no decurso do ano seguinte à entrada em vigor do mesmo artigo 74.º [7].

20. O custo líquido das «tarifas sociais», para cada operador que apresente um pedido nesse sentido, é calculado pelo BIPT de acordo com a metodologia definida no anexo [8]. O BIPT pode, igualmente, determinar as modalidades de cálculo dos custos e das compensações dentro dos limites estabelecidos na Lei [9].

21. Segundo o artigo 45.º *bis* do referido anexo, o cálculo do custo líquido das tarifas sociais corresponde à diferença entre as receitas que a empresa obteria em condições comerciais normais e aquelas que realmente recebe devido a ter de aplicar as reduções sociais previstas na Lei a favor dos beneficiários das tarifas sociais. Para além disso, inclui uma regra transitória segundo a qual, nos cinco primeiros anos de vigência da lei, a compensação (quando devida) do operador histórico sofrerá uma redução que o BIPT fixará em

4 — Artigo 74.º, n.º 1.
5 — Artigo 74.º, n.º 3.
6 — Artigo 74.º, n.º 4.
7 — Artigo 74.º, n.º 8.
8 — Artigo 74.º, n.º 9.
9 — Artigo 74.º, n.º 10.

termos de percentagem na base do benefício indirecto, baseando-se para o efeito nos cálculos que antes efectuou relativamente aos custos líquidos das suas tarifas sociais.

22. O artigo 202.º da Lei de 2007 interpreta o último parágrafo do artigo 74.º da Lei de 2005, que atribui aos reembolsos do fundo o carácter de imediatamente devidos. O artigo descreve que, durante a preparação da citada Lei de 2005, tendo em consideração as condições previstas na Directiva 2002/22, a pedido do operador histórico do serviço universal e depois da fixação do custo líquido desse serviço pelo BIPT, o legislador belga procedeu, na qualidade de ARN, a uma avaliação dos encargos que impendiam sobre o antigo monopolista. O legislador chegou à conclusão de que, tendo em conta o benefício indirecto (incluído o imaterial), toda a situação deficitária produz um encargo excessivo.

III – O litígio nacional e a questão prejudicial

23. Em 8 de Novembro de 2007, a Base, a Euphony Benelux, a Mobistar, a Uninet International, a T2 Belgium e a KPN Belgium interpuseram, no Grondwettelijk Hof, um recurso de anulação da Lei de 25 de Abril de 2007, alegando a violação dos artigos 10.º e 11.º da Grondwet (Constituição belga).

24. As recorrentes criticam a diferença de tratamento que, na sua opinião, deriva desses preceitos no que respeita à Belgacom, dado que, para o antigo monopolista o legislador declarou que o serviço universal constitui um «encargo excessivo», provocando, desta maneira, que essa qualificação só seja passível de revisão, no futuro, através de uma lei. Em contrapartida, relativamente às recorrentes, o «encargo excessivo» só pode ser constatado e, eventualmente, actualizado pelo BIPT.

25. Acrescentam que, para determinar o custo líquido da sociedade anónima Belgacom, o legislador se baseou em números extraídos da documentação contabilística correspondente ao exercício de 2001, enquanto a avaliação a elas respeitante foi realizada pelo BIPT com base em números actuais.

26. Não obstante, o Grondwettelijk Hof parte da consideração de que o legislador, na sua qualidade de autoridade reguladora nacional, declarou que a prestação do serviço universal em condições não rentáveis constitui um «encargo excessivo» para todos os operadores, razão pela qual precisa os termos da sua formulação através da seguinte questão prejudicial:

«O artigo 12.º da Directiva 2002/22/CE 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 electrónicas (directiva serviço universal), pode ser interpretado no sentido de que permite ao legislador competente de um Estado-Membro, que age na qualidade de autoridade reguladora nacional, estabelecer, em termos gerais e com base na determinação do custo líquido do operador do serviço universal que foi no passado o único operador, que a prestação do serviço universal pode constituir um encargo excessivo para as empresas designadas para prestar esse serviço?»

IV – O processo no Tribunal de Justiça

27. O reenvio prejudicial foi registado na secretaria do Tribunal de Justiça em 8 de Setembro de 2008.

28. O Governo belga, a Base, a Belgacom e a Comissão apresentaram observações escritas.

29. A audiência, realizada em conjunto para esta questão prejudicial e para o processo C-222/08, teve lugar em 17 de Março último. Estiveram presentes os representantes do Reino da Bélgica, da Base e outros, da Belgacom NV e da Comissão.

V – Análise da questão prejudicial

30. Dados os termos em que o Grondwettelijk Hof apresentou o litígio, deve-se esclarecer, em primeiro lugar, se o legislador belga actuou em conformidade com a Directiva 2002/22 ao fazer uma declaração interpretativa e retroactiva como a de 2007, tendo em conta que a referida directiva atribui expressamente esta decisão às ARN. Se a resposta a esta interrogação for positiva, haverá que averiguar em seguida se uma avaliação geral e abstracta dos dados que diziam exclusivamente respeito à Belgacom – antigo monopolista – pode estender-se ao resto das empresas sem atender às suas circunstâncias particulares.

A – *Quanto às ARN e à intervenção do legislador belga*

31. A fim de dar cumprimento aos deveres de regulação atribuídos pela Directiva 2002/21/CE, os Estados-Membros incumbiram das referidas funções organismos independentes e dotados de um conhecimento técnico especializado. É o que se conclui do artigo 3.º, n.º 2, da referida directiva, onde se especifica que esses organismos, as ARN, devem ser «juridicamente distintas e funcionalmente independentes de todas as organizações que asseguram a oferta de redes, equipamentos ou serviços de comunicações electrónicas».

32. Esta medida de profundo impacto institucional tem o seu fundamento na abertura de mercados estratégicos tradicionalmente

monopolizados pelo Estado, como o das telecomunicações, impondo-lhe, com base no Direito da União, uma dissociação de funções: por um lado, como mediador investido de autoridade pública; por outro, como empresário com legítimas expectativas de lucro.

33. Para compatibilizar as duas vertentes, a função de regulação foi atribuída a autoridades independentes que, no campo das telecomunicações, recebem o nome de autoridades reguladoras nacionais (ARN, como a elas me tenho vindo a referir). A independência de que gozam estas autoridades aparece reforçada no articulado das directivas, mas os Estados têm também uma margem de apreciação quando se trata de definir o alcance preciso desta independência. Portanto, há que destacar a existência de dois níveis de protecção/definição da independência das ARN: um ao nível do Direito da União, onde as directivas marcam o perímetro mais geral de definição; e outro ao nível do Direito interno, encarregado de definir mais concretamente a articulação dessa independência.

34. Este segundo nível de configuração da independência das ARN é reconhecido na própria directiva-quadro, em cujo preâmbulo se admite que as margens reguladoras destes organismos se definirão sem «prejudica[r] a autonomia institucional e as obrigações constitucionais dos Estados-Membros, nem o princípio, estabelecido no artigo 295.º do Tratado, da neutralidade no que respeita ao regime da propriedade nos Estados-Membros» [10].

35. Para completar este quadro, o Tribunal de Justiça definiu recentemente algumas regras interpretativas úteis, ajudando assim a resolver a tensão entre a independência das ARN e a autonomia institucional dos Estados-Membros.

1. A jurisprudência do Tribunal de Justiça aplicável às ARN e a autonomia institucional dos Estados-Membros

36. De acordo com um princípio firmemente enraizado, a decisão sobre os organismos dos Estados-Membros que devem executar as obrigações decorrentes do Direito da União é tomada de acordo com os respectivos sistemas constitucionais [11]. Contudo, a distribuição de poderes que os Estados-Membros efectuem não pode pôr em risco nem o conteúdo nem o efeito útil das disposições do Direito da União.

10 — Décimo primeiro considerando.

11 — Vejam-se, entre muitos outros, acórdãos de 16 de Dezembro de 1976, Rewe (33/76, Colect., p. 813, n.º 5) e Comet (45/76, Recueil, p. 2043, n.º 13, Colect., p. 835), de 14 de Dezembro de 1995, Peterbroeck, (C-312/93, Colect., p. I-4599, n.º 12); de 20 de Setembro de 2001, Courage Crehan (C-453/99, Colect., p. I-6297, n.º 29); de 11 de Setembro de 2003, Safalero (C-13/01, Colect., p. I-8679, n.º 49); de 13 de Março de 2007, Unibet (C-432/05, Colect., p. I-2271, n.º 39), e de 7 de Junho de 2007, Van der Weerd e o. (C-222/05 a C-225/05, Colect., p. I-4233, n.º 28).

37. Esta tensão entre a autonomia institucional e a eficácia do Direito da União torna-se ainda mais importante quando o legislador europeu harmoniza um sector e introduz medidas de organização institucional aplicáveis aos Estados-Membros. Assim acontece, como é bem sabido, no caso das directivas em matéria de telecomunicações, cuja directiva-quadro impõe aos Estados-Membros a criação de organismos independentes e especializados [12]. Nesta situação, a necessidade de que a organização institucional nacional se ajuste ao Direito da União torna-se imperiosa, mas isto também não significa que os Estados fiquem desprovidos de toda a margem de actuação.

38. Com efeito, a jurisprudência do Tribunal de Justiça confirmou que a criação e organização das ARN deve processar-se num quadro geral e abstracto fixado pelas directivas de telecomunicações, para o que os Estados-Membros dispõem de um considerável poder de decisão. Dos dois acórdãos relevantes na matéria, Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones [13] e Comissão/Alemanha [14], extraem-se estas e outras regras, que são de especial utilidade para a decisão do presente processo de reenvio.

39. No processo Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones discutia-se se um Estado-Membro podia atribuir a diferentes organismos a concessão de recursos nacionais de numeração e a gestão dos planos nacionais de numeração. Estas funções figuram no artigo 10.º, n.º 1 da directiva-quadro, e a Espanha tinha dividido a sua execução entre a ARN nacional e o governo. O Tribunal de Justiça decidiu a questão afirmando que a directiva-quadro não se opõe a que um Estado-Membro atribua a organismos diferentes as funções que a referida norma comete às ARN. No entanto, o acórdão introduziu um cambiante importante ao afirmar que os Estados-Membros estão obrigados, não só a garantir a independência funcional das autoridades reguladoras face às organizações que asseguram a oferta de redes, equipamentos ou serviços de comunicações electrónicas, «mas devem também publicar, de modo facilmente acessível, as funções que incumbem a essas autoridades reguladoras e notificar à Comissão o nome das autoridades reguladoras às quais foram atribuídas essas funções e as respectivas responsabilidades» [15].

40. O conflito que opunha a ARN espanhola ao governo desse país foi finalmente decidido pelo Tribunal Supremo aplicando a referida

12 — A este respeito, veja-se Muñoz Machado, S., e Esteve Pardo, J., (Dir.) «Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica», *Derecho de la regulación económica*, Vol I, Iustel, Madrid, 2009, p. 133.

13 — Acórdão de 6 de Março de 2008 (C-82/07, Colect., p. I-1265).

14 — Acórdão de 3 de Dezembro de 2009 (C-424/07, Colect., p. I-11431).

15 — N.º 25.

doutrina, e a decisão foi favorável à ARN [16]: por um lado, admite-se a existência de diferentes organismos reguladores independentes assumindo a qualidade de ARN; por outro, o Estado-Membro deve realizar esta divisão de forma a cumprir um padrão mínimo de previsibilidade, devendo assim determinar claramente quais as competências que correspondem a cada organismo e notificá-las sem qualquer demora à Comissão [17].

41. A segunda decisão do Tribunal de Justiça que se deve ter em conta é a proferida recentemente no processo Comissão/Alemanha. Nesta acção por incumprimento, a Comissão alegava que a República Federal da Alemanha tinha violado as directivas em matéria de telecomunicações ao limitar por lei a aplicação da regulamentação aos mercados sensíveis, assim como os poderes de orientação e intervenção das ARN relativamente a objectivos de regulamentação específicos. No seu acórdão, o Tribunal de Justiça definiu doutrina em dois aspectos de especial interesse para o presente processo: por um lado, destacou o papel das ARN no momento de efectuar a análise dos mercados relevantes, a fim, principalmente, de determinarem se as empresas presentes no referido mercado exercem um poder significativo que gere distorções no seu funcionamento. Na medida em que o legislador alemão tinha excluído as ARN da definição e análise dos novos mercados, o Tribunal de Justiça considerou que o legislador tinha privado esses organismos dos poderes que as directivas *expressamente* lhes atribuem [18]. Por outro lado, o acórdão declarou igualmente a ilegalidade de uma norma legislativa que define determinados objectivos a prosseguir pelas ARN, excluindo outros que aparecem nas directivas. Sobre este ponto, o Tribunal de Justiça afirmou que quando o legislador privilegia um único dos objectivos que a directiva-quadro impõe às ARN, «efectua uma ponderação dos referidos objectivos, quando tal ponderação incumbe à ARN no desempenho das funções regulamentares que lhe são confiadas» [19].

42. O advogado-geral Poiares Maduro analisou detalhadamente esta última questão nas conclusões que apresentou no processo Comissão/Alemanha e destacou que as funções atribuídas às ARN podem, em algumas ocasiões, estar vedadas ao legislador. Tal como afirma no n.º 63 das referidas conclusões, «confiar [a] ponderação [de um conjunto de objectivos] ao legislador nacional tem consequências diversas de confiá-la às ARN. As ARN foram criadas e foram-lhes conferidos poderes específicos pelo quadro regulamentar comunitário por uma razão: pretende-se que não sejam influenciadas por certos interesses e que cheguem às suas decisões apenas com base nos critérios instituídos neste quadro.»

16 — Acórdão do Tribunal Supremo, Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 3ª, de 10 de Março de 2009.

17 — Ver Cienfuegos Mateo, M., e Armengol Ferrer, F., «Cuestión prejudicial comunitaria, pluralidad de organismos nacionales reguladores en el ámbito de las telecomunicaciones y conflicto potencial de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas», *Unión Europea Aranzadi*, Outubro de 2008.

18 — N.ºs 81 a 83.

19 — N.º 93.

43. Precisamente porque o legislador cumpre uma missão específica em cada sistema constitucional nacional, concordo com o advogado-geral Poiares Maduro em que haverá ocasiões em que essa missão não é compatível com as funções que as ARN devem desempenhar. O facto de os trabalhos de preparação na análise de mercados, de ponderação de objectivos, assim como a tomada de decisões individuais, recaírem sobre estes organismos, significa que as directivas lhos atribuem por entenderem que são a instituição técnica e juridicamente mais apropriada para cumprir as obrigações do quadro regulamentar da União [20].

44. Tendo em conta o que até agora se afirmou, podem-se extrair as seguintes conclusões.

45. Em primeiro lugar, a atribuição às ARN de funções específicas através das directivas é uma atribuição que cada Estado-Membro decide usando um amplo poder de apreciação. Em consequência, as directivas não se opõem a que existam várias ARN num mesmo mercado, exercendo cada uma delas funções separadas, sempre e quando a referida divisão não seja fonte de insegurança jurídica. Portanto, a atribuição da qualidade de ARN a diferentes organismos deve corresponder a um mínimo de previsibilidade e transparência.

46. Em segundo lugar, não se exclui que o legislador assuma ocasionalmente determinadas funções de ARN, se o Estado-Membro o considerar oportuno, mas sempre e quando forem cumpridas as condições de previsibilidade e transparência anteriormente referidas. Inclusivamente, é admissível a possibilidade de o legislador adoptar decisões que se reflictam directamente nas funções da ARN, sem que o legislador se arrogue essa qualidade [21]. Não obstante, para que esta intervenção esteja em conformidade com as directivas, conclui-se do acórdão Comissão/Alemanha que o referido comportamento não pode limitar nem eliminar funções que expressamente tenham sido atribuídas à ARN pelas directivas. Esta limitação aos poderes legislativos dos Estados-Membros está ancorada na razão de ser das ARN, criadas e instituídas para servir fins específicos que os Estados, ao adoptar a Directiva, quiseram que sejam cumpridos por organismos técnicos, separados

20 — Komesar, N., *Imperfect Alternatives – Choosing Institutions in Law, Economics and Public Policy,* Chicago, University of Chicago Press, 1994, pags. 176 e segs.

21 — O décimo terceiro considerando da Directiva 2009/140/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Novembro de 2009 (JO L 337, p. 37), que altera as Directivas de 2002 em matéria de telecomunicações, reconhece que o legislador não é a entidade mais adequada para assumir funções que correspondem às ARN, mas também não faz uma valoração conclusiva a este respeito. Antes pelo contrário, a ambiguidade do considerando, que se limita a desincentivar o recurso à intervenção legislativa, parece confirmar que os legisladores, sempre que cumpram determinadas condições, podem actuar na qualidade de ARN: «[…] Para esse efeito, a legislação nacional deverá conter disposições que garantam expressamente que, no exercício das suas funções, a autoridade reguladora nacional competente para a regulação *ex ante* do mercado ou para a resolução de litígios entre empresas esteja protegida contra intervenções externas ou pressões políticas susceptíveis de pôr em causa a sua independência na avaliação das questões sobre as quais deva pronunciar-se. *Tais interferências externas fazem com que um organismo legislativo nacional seja inapto para agir como autoridade reguladora nacional nos termos do quadro regulamentar*». (sublinhado meu)

funcionalmente da tarefa governativa e da actividade parlamentar.

2. O quadro legal belga à luz das directivas e da sua interpretação jurisprudencial

47. Chegados a este ponto, deve-se agora esclarecer se o legislador belga assumiu legitimamente funções que a directiva-quadro, assim como a Directiva 2002/22, conferem em princípio às ARN. Se assim não for, deve-se analisar também se o legislador belga, embora tenha atribuído a si próprio a qualidade de ARN, pôde licitamente actuar dessa forma.

48. O artigo 12.º, n.º 1, da Directiva 2002/22 estabelece expressamente que compete às ARN analisar se a prestação de um serviço universal pode constituir um encargo excessivo para as empresas que prestam o serviço. Para esse efeito, calcularão o custo líquido da prestação tendo em conta os critérios que as alíneas a) e b), do referido número fixam. Uma vez realizado o cálculo, a ARN decide formalmente se uma empresa está submetida a um encargo excessivo nos termos do artigo 13.º da Directiva 2002/22. A partir desse momento, a norma deixa de mencionar abertamente as ARN e estabelece que «*os Estados-Membros* devem, a pedido da empresa designada, *decidir*» [22] introduzir um mecanismo de compensação suportado por fundos públicos ou um sistema de repartição de custos entre os prestadores de serviços de telecomunicações.

49. O percurso que a Directiva 2002/22 impõe é absolutamente claro e caracteriza as funções que correspondem a cada instituição. É bem evidente que as ARN, e expressamente elas, são chamadas a realizar as tarefas prévias de análise e fixação do mercado e dos custos de um serviço universal. São encarregadas desta tarefa a fim de que a prospecção do mercado seja efectuada por um organismo tecnicamente credível e funcionalmente independente. Isto é assim porque, apesar de a compensação pela prestação de um serviço universal ser uma medida aceitável na óptica do mercado, também é certo que existe um risco de abuso que pode acabar por alterar a situação concorrencial de alguns operadores. Portanto, a Directiva 2002/22 impõe que seja a ARN a fixar as bases que posteriormente servirão para efectuar uma transferência de capital a favor de um ou vários prestadores de serviços.

50. A partir desse momento, uma vez fixada a existência de uma base técnica e jurídica suficiente para efectuar a compensação, a Directiva 2002/22 atribui o que se poderia qualificar como um núcleo decisório «aos Estados-Membros». Desaparecem assim as ARN

22 — Sublinhado meu.

no momento de adoptar a que, sem dúvida, é a decisão essencial: o sistema de compensação e a sua eventual aplicação individualizada. Portanto, a Directiva 2002/22 criou um sistema em duas fases, em que a primeira etapa, de natureza prospectiva e técnica, cabe exclusivamente às ARN, e a segunda, nas mãos dos Estados-Membros, pode ser atribuída à instituição que se considere mais apropriada e conforme à autonomia institucional de cada país. Nada impede que o legislador seja a autoridade competente para determinar o sistema de compensação, embora o deva fazer seguindo as regras definidas no artigo 13.º da Directiva 2002/22.

51. Seguiu-se este percurso na Bélgica?

52. Face aos acontecimentos que tiveram lugar entre os anos de 2005 e 2007, é bem evidente que a resposta só pode ser negativa.

53. Em primeiro lugar, deve-se destacar que durante a fase preliminar que a Directiva 2002/22 atribui expressamente às ARN, e que no caso em apreço se produziu no ano de 2005 e em sede legislativa, se omitiu qualquer menção à avaliação de custos, assim como ao facto de existir um «encargo excessivo». Só no ano de 2007, e uma vez iniciado um procedimento pré-contencioso por incumprimento por iniciativa da Comissão, é que o legislador belga adoptou uma medida interpretativa com alcance retroactivo, especificando que a Lei de 2005 tinha efectuado essa análise e tinha confirmado a existência do «encargo excessivo». Pois bem, este comportamento choca com a própria essência do artigo 12.º da Directiva 2002/22, cuja finalidade é garantir a previsibilidade e o carácter técnico desse primeiro estádio processual. Isto é assim porque, tal como se estabeleceu no processo Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, a assunção por um organismo, neste caso o legislador, de funções de ARN, deve efectuar-se publicando-a de forma facilmente acessível e notificando-a à Comissão, deixando claramente definidas as diferentes responsabilidades de cada entidade [23]. Não só não consta que a Bélgica tenha procedido antes de 2005 a uma declaração desta natureza, como também se observa um comportamento radicalmente oposto, na medida em que o legislador atribuiu a si próprio essas funções retroactivamente, algo que dificilmente é conciliável com a importância que as directivas atribuem ao valor da estabilidade e da segurança jurídica nesta matéria.

54. Mesmo admitindo que o legislador tivesse querido intervir não como ARN, mas como poder legislativo soberano, uma tal actuação seria também incompatível com a Directiva 2002/22. Com efeito, o artigo 12.º, já referido, confere às ARN, e só a elas, uma actividade prospectiva, de carácter técnico-jurídico, destinada a determinar se as empresas que

23 — V. acórdão Comisión Nacional de Telecomunicaciones, já referido, n.º 25.

prestam obrigatoriamente serviços universais sofrem um «encargo excessivo». A Directiva 2002/22, no seu artigo 13.º, só abre excepção a este monopólio quando se trata de definir e aplicar um sistema de compensação concreto. Embora o legislador esteja plenamente autorizado pela directiva a optar entre um dos modelos de compensação que a legislação da União define, e tudo isto no quadro de um amplo poder de apreciação que preserva a autonomia institucional dos Estados-Membros num momento muito ligado à decisão estritamente patrimonial, sucede precisamente o contrário nos momentos antecedentes de análise e prospecção. Ao terem sido assumidas pelo legislador belga tanto a função prévia como a função decisório-patrimonial previstas nos artigos 12.º e 13.º da Directiva 2002/22, alterou-se o equilíbrio aí estabelecido entre as ARN e as restantes autoridades nacionais, tendo-se, portanto, violado o Direito da União.

B – *O cálculo das obrigações de serviço universal*

55. A resposta à primeira questão prejudicial torna desnecessário aprofundar os restantes aspectos apresentados pelo Grondwettelijk Hof. Uma solução nos termos anteriormente expostos conduziria o órgão jurisdicional de reenvio a uma conclusão categórica: na medida em que tanto a Lei de 2005 como a Lei de 2007 são incompatíveis com o Direito da União por instaurarem um sistema que não seguiu o procedimento imposto pela Directiva 2002/22, o recurso interposto no órgão jurisdicional de reenvio ficou sem objecto.

56. Portanto, e embora o órgão jurisdicional de reenvio se tenha referido a questões adicionais no seu reenvio prejudicial, a dúvida substancial deste processo deve-se dar por resolvida e de forma útil, com a proposta que aqui formulo ao Tribunal de Justiça, sem prejuízo das minhas conclusões no processo C-222/08.

VI – Conclusão

57. Atendendo às considerações anteriores, sugiro ao Tribunal de Justiça que responda à questão prejudicial, declarando que:

«A Directiva 2002/22/CE 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 electrónicas, opõe-se se a que um legislador nacional determine a existência de um encargo excessivo, com base no cálculo dos custos suportados pelo operador do serviço universal, na medida em que as referidas funções foram expressamente atribuídas às autoridades reguladoras nacionais pela Directiva 2002/22/CE. No caso de o legislador nacional atribuir a si próprio a qualidade de autoridade reguladora nacional, o Estado-Membro deve, previamente à assunção de funções, declarar de forma clara, e com consulta prévia à Comissão, as competências específicas atribuídas a cada autoridade.»