

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
PHILIPPE LÉGER

apresentadas em 17 de Maio de 2001 ¹

1. Por petição de 3 de Novembro de 1999, a Comissão das Comunidades Europeias intentou, nos termos do artigo 226.º CE, uma acção destinada a obter a declaração de que a República Portuguesa não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 2.º, n.º 2, quarto parágrafo, da Directiva 90/388/CEE², alterada pela Directiva 96/19/CE³.

2. A República Portuguesa pede que a acção seja julgada improcedente.

I — Enquadramento jurídico

A — O direito comunitário

As Directivas 90/388 e 96/19

3. O artigo 1.º, n.º 1, sétimo travessão, da Directiva 90/388 define o «serviço de tele-

1 — Língua original: francês.

2 — Directiva da Comissão, de 28 de Junho de 1990, relativa à concorrência nos mercados de serviços de telecomunicações (JO L 192, p. 10).

3 — Directiva da Comissão, de 13 de Março de 1996, que altera a Directiva 90/388 no que diz respeito à introdução da plena concorrência nos mercados das telecomunicações (JO L 74, p. 13).

fonia vocal» nestes termos:

«a exploração comercial, para o público, do transporte directo e comutação da voz em tempo real na origem e no destino dos pontos terminais da rede pública comutada, permitindo a qualquer utente utilizar o equipamento ligado ao seu ponto terminal para comunicar com outro ponto terminal».

4. Segundo o artigo 2.º, n.º 1, alínea a), da Directiva 90/388, na redacção dada pela Directiva 96/19, os Estados-Membros devem suprimir todas as medidas que concedam direitos exclusivos para o fornecimento de serviços de telecomunicações incluindo a criação e a oferta de redes de telecomunicações necessárias para o fornecimento desses serviços.

5. O artigo 2.º, n.º 2, da Directiva 90/388, na redacção dada pela Directiva 96/19, dispõe:

«Os Estados-Membros tomarão as medidas necessárias para garantir que qualquer

empresa possa fornecer os serviços de telecomunicações a que se refere o n.º 1, bem como criar ou oferecer as redes referidas no n.º 1.

proceder aos ajustamentos estruturais que se impõem. [...]»

A Decisão 97/310/CE

Sem prejuízo do disposto no artigo 3.º-C e no terceiro parágrafo do artigo 4.º, os Estados-Membros podem manter direitos especiais e exclusivos até 1 de Janeiro de 1998 no que diz respeito à telefonia vocal e à criação e oferta de redes públicas de telecomunicações.

6. Com esta decisão, de 12 de Fevereiro de 1997, a Comissão concedeu à República Portuguesa períodos de execução adicionais para a transposição, nomeadamente, da Directiva 90/388 no que diz respeito à introdução da plena concorrência nos mercados das telecomunicações⁴.

Os Estados-Membros garantirão, o mais tardar até 1 de Julho de 1996, que sejam suprimidas todas as restrições ao fornecimento de serviços de telecomunicações, que não os da telefonia vocal, em redes instaladas pelo fornecedor dos serviços de telecomunicações, nas infra-estruturas fornecidas por terceiros e através da utilização partilhada de redes e de outras instalações e locais e que as medidas respectivas sejam notificadas à Comissão.

7. Nos termos do seu artigo 3.º, «Portugal pode adiar até 1 de Janeiro de 2000 a eliminação dos direitos exclusivos de que actualmente beneficia a Portugal Telecom no que se refere à prestação de serviços de telefonia vocal e ao estabelecimento e fornecimento de redes públicas de telecomunicações, desde que sejam cumpridas [certas condições], em conformidade com [um determinado calendário] [...]».

Relativamente às datas previstas no segundo e terceiro parágrafos do presente número, no artigo 3.º e no n.º 2 do artigo 4.º-A, aos Estados-Membros com redes menos desenvolvidas será concedido, a pedido, um prazo adicional para a sua aplicação até cinco anos e aos Estados-Membros com redes muito reduzidas um prazo de transposição adicional até dois anos, desde que tal seja necessário para

B — O direito português

8. Resulta do artigo 47.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento de Exploração do Serviço Fixo de Telefone, aprovado pelo Decreto-

⁴ — JO L 133, p. 19, a seguir «decisão».

Lei n.º 240/97, de 16 de Setembro de 1997, que a oferta comercial, directa ou indirecta, do serviço fixo de telefone por entidades não autorizadas, nomeadamente quando a mesma envolva o estabelecimento de ligações internacionais com recurso a sistemas de chamadas de retorno, constitui uma infracção aos direitos exclusivos do detentor da concessão para a prestação de serviço fixo de telefone.

II — Pretensões e fundamentos das partes

9. Considerando que o serviço de *call-back* é um serviço de valor acrescentado e não um serviço de telefonia vocal, e que não beneficia assim do prazo adicional concedido à República Portuguesa, a Comissão enviou, em 27 de Maio de 1998, uma carta de notificação de incumprimento ao Governo português.

10. Na sua resposta de 14 de Julho de 1998, o Governo português sustentou, pelo contrário, que este serviço é um serviço de telefonia vocal. Com efeito, em sua opinião, o serviço de chamadas de retorno, «*call-back*», é um sistema tecnológico que, inserido em redes de telecomunicações permite a oferta da capacidade de transporte da respectiva rede, fora do território da sua instalação, viabilizando comunicações endereçadas de voz em tempo real.

11. As autoridades portuguesas reiteraram esta tese na sua carta de 18 de Junho de 1999, em resposta ao parecer fundamentado da Comissão de 4 de Maio de 1999.

12. Na sua petição, a Comissão descreve o sistema de *call-back* como um serviço que consiste em inverter o tráfego na rede telefónica pública dos operadores de rede telefónica comutada⁵. Tal serviço consiste no reencaminhamento de chamadas nas redes públicas comutadas, a fim de beneficiarem das melhores tarifas disponíveis. Segundo afirma, um serviço de chamadas de retorno consiste num serviço de encaminhamento e tarifação oferecido para além do serviço de telefonia vocal. Não pode ser considerado um substituto deste serviço, uma vez que não envolve o transporte de voz propriamente dito que é deixado ao operador da rede pública.

13. A Comissão sustenta que, dado que não é um serviço de telefonia vocal na acepção da Directiva 90/388, os serviços de chamadas de retorno deviam ter sido liberalizados em Portugal a partir da entrada em vigor desta directiva. A proibição do mesmo por força do Decreto-Lei n.º 240/97 é portanto contrária à Directiva 90/388.

14. Na sua contestação, o Governo português alega que a autorização para manter

5 — Segundo a Comissão, a função da comutação de circuitos abrange as operações de conexão, de tratamento das chamadas e de comando. A função de tratamento das chamadas consiste em estabelecer e interromper ligações a partir de informações fornecidas pelo assinante.

direitos exclusivos, que lhe foi concedida até 1 de Janeiro de 2000, no que se refere à telefonia vocal, abrange o serviço de *call-back*.

15. Esclarece que, embora o prestador de serviços de chamada de retorno se substitua efectivamente ao operador do serviço de telefonia vocal, é na realidade este último que continua a efectuar o transporte directo da voz.

16. A posição do Governo português resulta, segundo afirma, do espírito e da finalidade da derrogação concedida pela decisão, que assenta na necessidade de prever períodos de transição adicionais destinados a evitar comprometer o equilíbrio financeiro dos operadores públicos de telecomunicações e a permitir os ajustamentos estruturais indispensáveis antes da liberalização dos serviços de telecomunicações, em especial de um ponto de vista tarifário.

17. Caso contrário, tais ajustamentos não poderiam ser efectuados dado que os mesmos resultariam dos mecanismos do mercado. O serviço de *call-back* introduz elementos de distorção nas condições de exploração do serviço de telefonia vocal.

18. Na sua réplica, a Comissão explica que, em conformidade com o vigésimo sexto considerando da decisão, o prazo adicional previsto pela Directiva 90/388

deve ser estritamente proporcional às medidas necessárias para proceder aos ajustamentos estruturais exigidos. Ora, no que respeita à República Portuguesa, tais ajustamentos consistem no aumento de difusão do sistema de telefonia vocal. Pelo contrário, a situação não seria comparável em matéria de modernização da rede telefónica porque a Portugal Telecom encontrar-se-ia mais avançada do que muitos outros operadores de telecomunicações da Comunidade.

19. A Comissão acrescenta que a resolução do litígio depende da definição do conceito de «serviço de telefonia vocal». Tendo o conceito sido harmonizado pela Directiva 90/388, qualquer acto legislativo posterior a esta directiva que faça apelo ao conceito deve ser interpretado em conformidade com o sentido que lhe é assim conferido.

20. A Comissão recorda que um operador de serviço de *call-back* nunca se poderá substituir aos operadores que fornecem o serviço de telefonia vocal. Estes últimos fornecem o transporte e a comutação da voz, em tempo real, entre dois pontos terminais da rede. Continuam portanto a ser indispensáveis ao bom funcionamento do sistema de *call-back*.

21. Segundo afirma, o objectivo prosseguido pela decisão não tem qualquer relação com a exploração comercial do serviço de telefonia vocal. O prazo adicional concedido à República Portuguesa seria

unicamente justificado pela necessidade de aumento da taxa de penetração telefónica em Portugal. A manutenção do privilégio exclusivo da Portugal Telecom diz respeito apenas ao serviço de telefonia vocal. Sendo excepção a um dos princípios comunitários de livre circulação, esta disposição deve ser objecto de interpretação estrita.

22. Por fim, a Comissão assinala que o serviço de *call-back* só funciona no que respeita ao tráfego de chamadas internacionais. O real impacte da liberalização deste serviço é portanto diminuto, tanto mais que, mesmo entre esta categoria de chamadas, desempenha um papel marginal.

23. Na sua tréplica, o Governo português recorda que não contesta que o conceito de «serviço de telefonia vocal» corresponde, no essencial, ao decorrente do artigo 1.º da Directiva 90/388, devendo assim ser interpretado e executado em consonância com essa disposição.

24. Em sua opinião, o litígio não respeita a este conceito, mas sim ao conteúdo dos direitos exclusivos de que beneficia a Portugal Telecom no que respeita à telefonia vocal, ao estabelecimento e ao fornecimento de redes públicas de telecomunicações. Estes direitos não correspondem estritamente ao serviço de telefonia vocal, abrangendo a proibição da livre prestação dos serviços de *call-back*.

25. O que se discute é a questão de saber se os direitos exclusivos temporários da exploração comercial da prestação de serviços de telefonia vocal concedidos à Portugal Telecom são, do ponto de vista económico, e na perspectiva do respectivo enquadramento legal, conciliáveis com o sistema de chamadas de retorno.

26. O Governo português explica que o *call-back* é uma forma de desvio do encaminhamento directo da voz, continuando esta a ser transportada na rede pública comutada. Trata-se, portanto, de um serviço prestado através de equipamentos ligados aos pontos terminais desta rede. O mesmo permite ao operador alterar as condições de exploração comercial do serviço de transporte da voz por parte do operador da rede pública. Na medida em que subsiste à custa das diferenças das tarifas dos diversos prestadores de serviço de telefonia vocal e que pressupõe que seja lícita a concorrência entre eles, a exploração desse serviço, em regime de concorrência não é compatível com a manutenção de um exclusivo de prestação de serviços de telefonia vocal.

27. O Governo português alega que a decisão deve ser interpretada em conformidade com o objectivo por ela prosseguido, que é subtrair os serviços de telefonia vocal à concorrência, a fim de conciliar o crescimento da penetração telefónica com o ajustamento tarifário. Ora, o sistema de *call-back* tem por efeito prático fornecer o serviço de telefonia vocal em condições diferentes das que são oferecidas pelo

titular do direito exclusivo de exploração da telefonia vocal.

28. Tal leitura não é incompatível com o princípio da proporcionalidade, já que a decisão não comporta qualquer menção sobre a maior ou menor importância da concorrência que pudesse ser movida à Portugal Telecom.

29. Segundo o Governo português, o argumento da Comissão segundo o qual o serviço de *call-back* é marginal no tráfego internacional não pode ser acolhido.

30. A importância deste serviço é diferente consoante o grau de concorrência existente entre os operadores. A sua proibição pela legislação nacional justifica a falta de dados sobre o impacto real que teria tido se tivesse sido autorizado. Desde o termo do prazo concedido à República Portuguesa, é sintomático que não tenha sido apresentado nenhum pedido de licença de operador de *call-back*, o que pode ser interpretado como um sintoma de ajustamento das tarifas da Portugal Telecom segundo padrões concorrenciais e como prova do carácter oportunista do interesse manifestado nos sistemas de chamadas de retorno durante o período de protecção concedido à Portugal Telecom.

III — Quanto à acção por incumprimento

31. Nos termos do artigo 3.º da decisão, a República Portuguesa é autorizada a adiar, até 1 de Janeiro de 2000, a eliminação dos direitos exclusivos de que actualmente beneficia a Portugal Telecom no que se refere à telefonia vocal bem como ao estabelecimento e fornecimento de redes públicas de telecomunicações.

32. O desfecho da presente acção depende da questão de saber se, como pretende o Governo português, a manutenção destes direitos exclusivos se opõe à liberalização do serviço de *call-back*.

33. Cabe precisar desde já que, segundo as partes, o *call-back* é um serviço suplementar oferecido ao público relativamente ao simples transporte directo e à simples comutação da voz em tempo real.

34. Com efeito, tal como a Comissão, o Governo português não contesta que o serviço de *call-back* não é, propriamente falando, um serviço de telefonia vocal, na acepção do artigo 1.º da Directiva 90/388. Explica que «não pretende alargar tal conceito de modo a fazer incluir nele o serviço de *call-back*»⁶. Em sua opinião, embora o prestador do serviço substitua efectivamente o operador do serviço de telefonia vocal, é este último que continua

6 — N.º 4 da réplica.

no entanto a efectuar o transporte directo da voz. O prestador do serviço de *call-back* define as condições em que, por um lado, o transporte se efectua, e por outro, o serviço é prestado comercialmente⁷.

35. Todavia, segundo o Governo português, os direitos exclusivos temporários de exploração comercial do serviço de telefonia vocal são inconciliáveis com um sistema de *call-back* sujeito à concorrência, na medida em que esta liberalização compromete o equilíbrio financeiro do operador público e constitui um obstáculo aos ajustamentos tarifários.

36. Além de não encontrar qualquer fundamento na letra da decisão, que limita à telefonia vocal bem como ao estabelecimento e ao fornecimento de redes públicas de telecomunicações o adiamento da eliminação dos direitos exclusivos de que beneficia a Portugal Telecom, este argumento colide com o princípio segundo o qual as excepções aos princípios do direito comunitário devem ser interpretados restritivamente.

37. Recorde-se que, tal como resulta do preâmbulo da Directiva 96/19, tinha sido

admitida, em 1990, em aplicação do artigo 90.º, n.º 2, do Tratado, no que respeita à telefonia vocal, uma excepção ao artigo 90.º do Tratado CE (actual artigo 86.º CE), conjugado com os artigos 59.º do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 49.º CE) e 86.º do Tratado CE (actual artigo 82.º CE)⁸.

38. Esta derrogação aos princípios da livre concorrência e da liberdade de prestação de serviços cessou com a Directiva 96/19, salvo para os Estados-Membros com redes menos desenvolvidas ou mais reduzidas que beneficiavam, sob certas condições, de uma excepção temporária⁹. Por conseguinte, a decisão pela qual a Comissão concedeu prazos adicionais à República Portuguesa, em aplicação destas disposições, prolonga em benefício deste Estado-Membro a derrogação que lhe fora inicialmente concedida.

39. Em conformidade com a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, qualquer derrogação às regras que têm por fim garantir a efectividade dos direitos reconhecidos pelo Tratado deve constituir objecto de uma interpretação restritiva¹⁰. Assim, afigura-se justificado que os direitos

7 — N.º 14 da contestação.

8 — Terceiro e quarto considerandos.

9 — Quinto considerando da Directiva 96/19 e artigo 2.º, n.º 2, da Directiva 90/388.

10 — V., por exemplo, acórdão de 1 de Junho de 1995, Comissão/Itália (C-40/93, Colect., p. I-1319, n.º 23).

exclusivos de que dispõe a Portugal Telecom se circunscrevam apenas ao domínio, previsto no artigo 3.º da decisão — fora do domínio das redes públicas de telecomunicações —, da telefonia vocal.

40. Esta leitura do artigo 3.º da decisão não é contrária aos objectivos prosseguidos pela Directiva 90/388, enunciados no preâmbulo da Directiva 96/19, bem como na própria decisão.

41. A manutenção dos direitos exclusivos é justificada pela necessidade de os operadores de telecomunicações procederem a ajustamentos estruturais, caracterizados, em especial, pela modificação progressiva das tarifas e pelo aumento da difusão da rede de telefonia vocal.

42. Ora, o Governo português não demonstrou por que razão a exclusão do serviço de *call-back* do domínio dos direitos exclusivos concedidos à República Portuguesa em matéria de telefonia vocal seria susceptível de prejudicar os objectivos já referidos.

43. Resulta das observações da Comissão, que quanto a este aspecto não foram contestadas, que o sistema de *call-back* é limitado às chamadas internacionais¹¹. Além disso, o prazo de prorrogação dos

direitos exclusivos no que respeita à telefonia vocal não excede dois anos.

44. Não foi produzida qualquer prova susceptível de fundar a ideia segundo a qual a liberalização do sistema de *call-back* dois anos antes do da telefonia vocal teria bastado, ou simplesmente ajudado, para comprometer os objectivos prosseguidos pela Directiva 90/388, em matéria de telefonia vocal. Em especial, o Governo português não forneceu, em apoio das suas afirmações uma avaliação sobre a posição que poderia ter um serviço de *call-back* no conjunto dos serviços de telecomunicações, em caso de liberalização do seu modo de exercício, e sobre a concorrência efectiva que tal serviço seria susceptível de fazer ao serviço de telefonia vocal, num lapso de tempo de dois anos.

45. Perante a ausência de tais elementos, é duvidoso que o Tribunal de Justiça esteja em condições de apreciar o valor dos argumentos adiantados pelo Governo português quanto ao risco de afectação, provocado pela interpretação da Comissão, dos objectivos prosseguidos pela Directiva 90/388, em relação a certos Estados-Membros, em matéria de telefonia vocal.

46. Por conseguinte, há que julgar o pedido procedente.

11 — N.ºs 11 da petição e 21 da réplica.

IV — Conclusão

47. Atendendo a estas considerações, proponho que o Tribunal de Justiça declare que:

«1) Ao adiar para 1 de Janeiro de 2000 a eliminação dos direitos exclusivos de que goza a Portugal Telecom em matéria de serviço de chamadas de retorno, a República Portuguesa não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 2.º, n.º 2, quarto parágrafo, da Directiva 90/388/CEE da Comissão, de 28 de Junho de 1990, relativa à concorrência nos mercados de serviços de telecomunicações, na redacção dada pela Directiva 96/19/CE da Comissão, de 13 de Março de 1996, que altera a Directiva 90/388/CEE no que diz respeito à introdução da plena concorrência nos mercados das telecomunicações, e por força do artigo 3.º da Decisão 97/310/CE da Comissão, de 12 de Fevereiro de 1997, relativa à concessão de períodos de execução adicionais a Portugal para a transposição das Directivas 90/388/CEE e 96/2/CE no que diz respeito à introdução da plena concorrência nos mercados das telecomunicações.

2) A República Portuguesa é condenada nas despesas.»