



Coletânea da Jurisprudência

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Décima Secção)

14 de novembro de 2013 *

«Reenvio prejudicial — Artigo 49.º TFUE — Liberdade de estabelecimento — Artigo 56.º TFUE — Livre prestação de serviços — Princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação — Dever de transparência — Âmbito de aplicação — Contrato celebrado entre entidades públicas de um Estado-Membro e uma empresa desse Estado-Membro — Cessão, por essas entidades, da sua atividade de fornecimento de serviços de televisão, bem como, por um período determinado, do direito exclusivo de utilização das suas redes por cabo, a uma empresa do referido Estado-Membro — Possibilidade de um operador económico do mesmo Estado-Membro invocar os artigos 49.º TFUE e 56.º TFUE perante os órgãos jurisdicionais desse Estado-Membro — Inexistência de concurso público — Justificação — Existência de um contrato anterior — Transação destinada a pôr termo a um litígio relativo à interpretação deste contrato — Risco de depreciação da atividade cedida»

No processo C-221/12,

que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial nos termos do artigo 267.º TFUE, apresentado pelo Raad van State van België (Bélgica), por decisão de 2 de maio de 2012, entrado no Tribunal de Justiça em 11 de maio de 2012, no processo

Belgacom NV

contra

Interkommunale voor Teledistributie van het Gewest Antwerpen (Integan),

Inter-Media,

West-Vlaamse Energie- en Teledistributiemaatschappij (WVEM),

Provinciale Brabantse Energiemaatschappij CVBA (PBE),

estando presentes:

Telenet NV,

Telenet Vlaanderen NV,

Telenet Group Holding NV,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Décima Secção),

composto por: A. Rosas, exercendo funções de presidente da Décima Secção, D. Šváby (relator) e C. Vajda, juízes,

* Língua do processo: neerlandês.

advogado-geral: Y. Bot,

secretário: A. Calot Escobar,

vistos os autos,

vistas as observações apresentadas:

- em representação da Belgacom NV, por B. Schutyser, advocaat,
- em representação da Interkommunale voor Teledistributie van het Gewest Antwerpen (Integan), da Inter-Media, da West-Vlaamse Energie- en Teledistributiemaatschappij (WVEM) e da Provinciale Brabantse Energiemaatschappij CVBA (PBE), por D. D’Hooghe e P. Wytinck, advocaten,
- em representação da Telenet NV, da Telenet Vlaanderen NV e da Telenet Group Holding NV, por T. De Meese, advocaat,
- em representação do Governo belga, por J.-C. Halleux e C. Pochet, na qualidade de agentes, assistidos por S. Depré, avocat,
- em representação do Governo italiano, por G. Palmieri, na qualidade de agente, assistida por C. Colelli, avvocato dello Stato,
- em representação da Comissão Europeia, por T. van Rijn, I. Rogalski e A. Tokár, na qualidade de agentes,

vista a decisão tomada, ouvido o advogado-geral, de julgar a causa sem apresentação de conclusões,
profere o presente

Acórdão

- 1 O pedido de decisão prejudicial tem por objeto a interpretação dos artigos 49.º TFUE e 56.º TFUE.
- 2 Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe a Belgacom NV (a seguir «Belgacom») a quatro associações intermunicipais, a Interkommunale voor Teledistributie van het Gewest Antwerpen (Integan), a Inter-Media, a West-Vlaamse Energie- en Teledistributiemaatschappij (WVEM) e a Provinciale Brabantse Energiemaatschappij CVBA (PBE) (a seguir, conjuntamente, «Intermunicipais»), a respeito de várias decisões pelas quais estas aprovaram a celebração, sem concurso público, de contratos que preveem a transferência para a Telenet NV (a seguir «Telenet») da sua atividade de fornecimento de serviços de televisão e dos contratos de subscrição de televisão subscritos pelos seus clientes, bem como, por tempo determinado, dos direitos acessórios sobre as suas redes por cabo e a cessão de um direito de enfiteuse sobre estas redes.

Quadro jurídico

- 3 O artigo 1.º da Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços (JO L 134, p. 114, e retificação no JO 2004, L 351, p. 44), contém as seguintes definições:

«[...]

2. a) ‘Contratos públicos’ são contratos a título oneroso, celebrados por escrito entre um ou mais operadores económicos e uma ou mais entidades adjudicantes, que têm por objeto a execução de obras, o fornecimento de produtos ou a prestação de serviços na aceção da presente diretiva.

[...]

- d) ‘Contratos públicos de serviços’ são contratos públicos que não sejam contratos de empreitada de obras públicas ou contratos públicos de fornecimento, relativos à prestação de serviços mencionados no anexo II.

[...]

4. ‘Concessão de serviços’ é um contrato com as mesmas características que um contrato público de serviços, com exceção de que a contrapartida dos serviços a prestar consiste quer unicamente no direito de exploração do serviço, quer nesse direito acompanhado de um pagamento.

[...]»

- 4 Em conformidade com o artigo 17.º da Diretiva 2004/18, esta não se aplica às concessões de serviços.

Litígio no processo principal e questões prejudiciais

- 5 As Intermunicipais só possuem acionistas de direito público. Forneciam inicialmente serviços de distribuição televisiva através das suas próprias redes por cabo.
- 6 Adquiriram em 1996, por intermédio de uma sociedade cooperativa de direito comum, a Interkabel, no momento da constituição desta última sociedade, uma participação de 1,51% no capital social da Telenet através da cessão a esta de direitos de utilização parcial das suas redes por cabo durante um período de 50 anos. Estes direitos de utilização consistiam num direito exclusivo de utilização daquelas redes para o fornecimento de serviços ditos «de telecomunicações ponto a ponto» e num direito não exclusivo relativo ao fornecimento de serviços ditos «multimédia», conservando as Intermunicipais o direito exclusivo de utilizar as suas redes para o fornecimento de serviços de radiodifusão.
- 7 O ato formal de cessão atribuía igualmente à Telenet um direito de preferência em caso de cessão dos direitos de propriedade sobre as redes por cabo das Intermunicipais e um direito de preferência em caso de cessão a um terceiro dos direitos de utilização daquelas para o fornecimento de «serviços multimédia».
- 8 Em seguida, as Intermunicipais constituíram o agrupamento de interesse económico IN-DI com vista, designadamente, a oferecer serviços de televisão digital interativa através das suas redes por cabo.
- 9 A Telenet tentou uma ação principal e um pedido de medidas provisórias com vista a proibir o exercício desta atividade por esta estar incluída nos «serviços de telecomunicações ponto a ponto» na aceção do ato formal de cessão de 1996. Por despacho proferido no âmbito do processo de medidas provisórias, o juiz julgou o pedido procedente. Foi interposto recurso do referido despacho.
- 10 Simultaneamente, foram iniciadas negociações entre todas as partes envolvidas com vista a chegar a acordo extrajudicial. Estas negociações resultaram na celebração de um acordo de princípio aprovado pelos órgãos competentes das Intermunicipais através de decisões durante o mês de dezembro de 2007.

- 11 Este acordo previa, em particular, a atribuição à Telenet por um período de 38 anos de um direito de enfiteuse relativo às redes das Intermunicipais, correspondente à duração residual dos direitos de utilização destas que lhe tinham inicialmente sido cedidos no âmbito do ato formal de cessão de 1996, mediante o pagamento de diversas contrapartidas, nomeadamente pelas despesas e pelas amortizações, pelo capital investido assim como pelas despesas de gestão, manutenção, alargamento e revalorização destas redes. Desta maneira, a referida empresa disporia do direito exclusivo de utilizar as redes para o fornecimento de serviços de telefonia, de acesso à Internet, bem como de televisão analógica, digital e interativa. Assim, passaria a estar em condições de, no território coberto pelas referidas redes, apresentar ofertas de serviços correspondentes aos padrões comerciais atuais, ditas «triple play», respeitantes ao fornecimento combinado destes serviços. O referido acordo previa ainda, designadamente, a transferência para a Telenet da atividade de fornecimento de serviços de televisão das Intermunicipais, bem como dos contratos de subscrição destes serviços. O montante global das contrapartidas considerado foi avaliado em 350 milhões de euros.
- 12 O referido acordo de princípio resultou na celebração de um acordo final (a seguir «acordo controvertido»). No entanto, o valor global das contrapartidas devidas pela Telenet aumentou para 425 milhões de euros, ou seja, mais 5 milhões de euros do que o montante de uma oferta considerada «não vinculativa» que havia sido apresentada pela Belgacom para a aquisição das atividades de distribuição de sinais de televisão analógica e digital das Intermunicipais e dos contratos de subscrição destes serviços, bem como de direitos não exclusivos de utilização das redes por cabo das Intermunicipais para o fornecimento de serviços de distribuição televisiva. Este último acordo foi concluído no seguimento de uma nova série de decisões adotadas pelas Intermunicipais durante o mês de junho de 2008.
- 13 Estas últimas decisões, tal como as mencionadas no n.º 10 do presente acórdão, formaram o objeto do recurso da Belgacom para o Raad van State van België.
- 14 Esta sociedade tinha anteriormente interpelado as Intermunicipais sobre a celebração do acordo de princípio, manifestando o seu interesse na aquisição de certos direitos cuja transmissão estava prevista neste acordo. Em resposta, as Intermunicipais indicaram que a Belgacom não podia ser considerada um potencial interlocutor devido às restrições constantes do ato formal de cessão de 1996 e ao facto de que transferir para esta os direitos em causa conduziria a assegurar-lhe uma posição monopolística, uma vez que a Belgacom já oferece serviços de televisão completos através da sua própria rede no território coberto pelas redes por cabo das Intermunicipais. Esta sociedade replicou, a este respeito, que estas últimas redes podem ser objeto de uma utilização partilhada que permitiria a manutenção de uma concorrência efetiva. Posteriormente, mas antes da celebração do acordo controvertido, a Belgacom apresentou a proposta evocada no n.º 12 do presente acórdão.
- 15 No âmbito do processo principal, a Belgacom baseia os seus recursos, designadamente, nos artigos 43.º CE e 49.º CE, a que correspondem atualmente, respetivamente, os artigos 49.º TFUE e 56.º TFUE. Alega que prevalecem os princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação, bem como o princípio da proporcionalidade, independentemente da qualificação a dar ao acordo controvertido, e que não existe nenhuma razão imperiosa de interesse geral suscetível de justificar que não tenha sido realizado um concurso público antes de o acordo controvertido ter sido celebrado.
- 16 Pelo contrário, as Intermunicipais alegam que a aplicação do princípio da igualdade não impede que um contrato como o que está em causa no processo principal possa ser celebrado sem concurso público caso a autoridade pública que tomou essa iniciativa tenha razões específicas para o fazer, que, sem estarem necessariamente relacionadas com o interesse geral, sejam de facto reais e juridicamente admissíveis, o que corresponde ao conceito de «circunstâncias objetivas» na aceção da jurisprudência do Tribunal de Justiça. Alegam que tal se verifica no caso vertente tendo em conta, por um lado, os direitos de preferência de que a Telenet dispunha nos termos do ato formal de cessão de 1996, que devem ser considerados constitutivos de um direito exclusivo que torna irrealizável uma efetiva abertura à concorrência, e, por outro lado, o litígio existente entre as Intermunicipais e a Telenet a

respeito do âmbito deste ato formal de cessão, atendendo à previsível morosidade dos processos e ao risco de pesadas sanções a que as Intermunicipais ficariam expostas caso uma decisão definitiva concluísse que estas violaram este ato.

- 17 O órgão jurisdicional de reenvio indica que todas as partes no processo principal reconhecem que o acordo controvertido não está abrangido pelo âmbito de aplicação de nenhuma das diretivas em matéria de concursos públicos. Segundo esse órgão jurisdicional, qualquer que seja a qualificação do acordo controvertido, as decisões da Intermunicipais em que este se baseia inscrevem-se no âmbito de uma intervenção pública destinada a regular o exercício de uma atividade económica e o poder discricionário de que a autoridade dispõe neste âmbito está limitado pelo princípio da igualdade e pelo dever de transparência. Além disso, considera que, tendo em conta a importância da operação em causa, é provável que em caso de abertura de concurso empresas estabelecidas no estrangeiro tivessem manifestado o seu interesse.
- 18 O referido órgão jurisdicional constata que a celebração do acordo controvertido foi motivada pela vontade de pôr termo ao litígio surgido entre as Intermunicipais e a Telenet a respeito do âmbito do ato formal de cessão de 1996 e que este litígio resulta exclusivamente de uma evolução tecnológica que as partes não podiam prever na altura em que aquele ato foi celebrado. Concretamente, a repartição dos direitos de utilização das redes por cabo das Intermunicipais, conforme operada pelo referido ato, não permitia a nenhuma das partes oferecer serviços de televisão completos, por os serviços de televisão interativa estarem abrangidos pelos direitos exclusivos da Telenet, ao passo que as Intermunicipais detinham sozinhas o direito de explorar os serviços de distribuição televisiva.
- 19 Todavia, o referido órgão jurisdicional constata igualmente que o acordo controvertido excede o que era necessário para pôr termo ao referido litígio, ao alterar radicalmente a repartição dos direitos de utilização das redes por cabo das Intermunicipais prevista no ato formal de cessão de 1996, através da cessão à Telenet de direitos que não lhe tinham sido inicialmente atribuídos e que não faziam parte do objeto do litígio. Devido a esse acordo, a Telenet, mediante o pagamento de uma contrapartida de 425 milhões de euros, passou a dispor de um direito de utilização exclusivo global destas redes, permitindo-lhe oferecer no território por elas coberto, que representa cerca de um terço da sua zona de atividade, serviços completos de televisão e, assim, uma oferta «triple play» correspondente aos padrões comerciais atuais, da mesma forma que já fazia nos outros dois terços da sua zona de atividade.
- 20 O órgão jurisdicional de reenvio considera ainda que a existência do ato formal de cessão de 1996 não pode, por si só, ser considerada uma justificação para a celebração do acordo controvertido. Com efeito, por um lado, podia ter sido implementado um sistema de utilização partilhada da rede por cabo. Por outro, os direitos de preferência de que a Telenet dispõe por força deste ato não permitem impedir que vários candidatos sejam tratados de forma igual e, desse modo, que as suas ofertas sejam sujeitas a um exame comparativo real.
- 21 Todavia, o mesmo órgão jurisdicional questiona-se sobre se o contexto geral, caracterizado, para além do ato formal de cessão de 1996, pelo diferendo surgido posteriormente a respeito do alcance deste ato em razão das evoluções tecnológicas e pela decisão judicial proferida no âmbito deste diferendo, não poderá constituir um fundamento que justifica a não realização de concurso público. Com efeito, por um lado, a transferência, através do referido ato, para um terceiro de direitos que foram cedidos à Telenet teria inevitavelmente dado origem a novos litígios e teria aumentado a insegurança jurídica. Por outro, a inexistência de solução no diferendo com a Telenet teria tido como consequência que as Intermunicipais não estariam em posição de fornecer serviços de televisão completos durante um longo período, o que não só teria provocado um prejuízo económico importante, porque a Belgacom podia, pela sua parte, ocupar o mercado, como também era suscetível de afetar os consumidores.

- 22 Neste contexto, o referido órgão jurisdicional admite a possibilidade de que o acordo controvertido, que materializa o acordo que põe termo ao diferendo gerado entre a Telenet e as Intermunicipais, possa ser considerado um complemento legítimo ao ato formal de cessão de 1996, e não um contrato autónomo cuja celebração tem de respeitar os artigos 49.º TFUE e 56.º TFUE.
- 23 Por último, o órgão jurisdicional de reenvio salienta que, no acórdão de 21 de julho de 2005, Coname (C-231/03, Colet., p. I-7287, n.º 19), o Tribunal de Justiça referiu a possibilidade de justificar uma diferença de tratamento constitutiva de uma discriminação indireta em razão da nacionalidade, resultante da adjudicação direta de uma concessão de serviços, através de «circunstâncias objetivas». Todavia, o órgão jurisdicional de reenvio questiona-se sobre o âmbito deste conceito à luz do conceito de «razões imperiosas de interesse geral».
- 24 Neste contexto, o Raad van State van België decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:
- «1) Devem os artigos 49.º [TFUE] ou 56.º TFUE ser interpretados no sentido de que uma empresa estabelecida na Bélgica pode invocar nos tribunais belgas as regras fundamentais do direito da União, nomeadamente [o dever] de transparência que resulta dos referidos artigos, a respeito de um contrato que não é abrangido pelo âmbito de aplicação de nenhuma das diretivas relativas aos concursos públicos, através do qual uma autoridade belga transmite direitos a outra empresa belga, não tendo organizado para esse efeito um concurso público?
- 2) O objetivo de evitar a violação de um quadro contratual existente, e muito específico, em si mesmo não contestado, entre uma pessoa coletiva de direito público e uma empresa privada não controlada pela primeira, ou a celebração de uma transação ou de um negócio tendo por objetivo pôr termo a uma divergência de interpretação existente a respeito do referido quadro contratual, negócio esse que assenta nos direitos das partes em conformidade com uma decisão interlocutória de um juiz competente em matéria de medidas provisórias e sem o qual a atividade em causa da [referida pessoa coletiva] pode sofrer um prejuízo grave e uma depreciação, ficando entretanto os consumidores privados dos serviços em questão, podem constituir uma razão imperiosa de interesse geral, ou pelo menos uma circunstância objetiva que justifique que, a título excepcional e em derrogação do princípio da igualdade de tratamento e da proibição de discriminação em razão da nacionalidade previstos nos artigos 49.º TFUE e 56.º TFUE e [do dever] de transparência daí decorrente, as pessoas coletivas de direito público não organizem um concurso público e adjudiquem diretamente o contrato?
- 3) Em caso de resposta afirmativa à segunda questão, devem a referida transação ou o referido negócio, a fim de não restringir as referidas liberdades fundamentais garantidas pelo direito da União mais do que o necessário para alcançar o objetivo prosseguido, ser limitados ao estritamente necessário para pôr termo ao litígio suscitado ou podem as partes celebrar um negócio com um alcance mais amplo que tenha em conta as futuras contestações que apresentem um nexo razoável e lógico com o litígio e que simultaneamente garanta os interesses dos consumidores e permita uma maximização do valor da atividade transferida em questão?»

Quanto às questões prejudiciais

Quanto à primeira questão

- 25 Com a sua primeira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, no essencial, se os artigos 49.º TFUE e 56.º TFUE devem ser interpretados no sentido de que um operador económico de um Estado-Membro pode invocar nos órgãos jurisdicionais desse Estado-Membro a violação do dever de transparência que resulta destes artigos quando da celebração de um contrato através do qual uma

ou várias entidades públicas do referido Estado-Membro cedem a título oneroso a um operador económico do mesmo Estado-Membro, nomeadamente, o direito exclusivo de explorar redes por cabo de distribuição televisiva, bem como a sua atividade de fornecimento de serviços de televisão e os contratos de subscrição ligados a esta atividade.

- 26 Importa constatar que, independentemente das modalidades práticas e das qualificações determinadas pelas partes, um contrato como o acordo controvertido, na medida em que transfere para a Telenet a atividade de fornecimento de serviços de televisão das Intermunicipais e lhe confere, nomeadamente a fim de exercer esta atividade, o direito exclusivo de explorar as redes por cabo destas, parece dever ser analisado no sentido de que constitui uma concessão de serviços na aceção do artigo 1.º, n.º 4, da Diretiva 2004/18.
- 27 Com efeito, por um lado, na medida em que obriga o cessionário a exercer a atividade cedida, esse contrato constitui um contrato público que tem por objeto o fornecimento de serviços visados no anexo II da Diretiva 2004/18, com exceção do modo de remuneração, uma vez que a contrapartida pelo fornecimento de serviços de televisão consiste no direito de explorar a atividade em causa, em conformidade com a definição que figura no referido artigo 1.º, n.º 4. Por outro lado, o requisito segundo o qual o risco ligado à exploração desta atividade deve ser assumido pelo cessionário (v., neste sentido, designadamente, acórdãos de 11 de junho de 2009, *Hans & Christophorus Oymanns*, C-300/07, Colet., p. I-4779, n.º 72, e de 10 de março de 2011, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*, C-274/09, Colet., p. I-1335, n.º 26 e jurisprudência referida) está igualmente preenchido no âmbito desse contrato.
- 28 Ora, não obstante a exclusão das concessões de serviços do âmbito de aplicação da Diretiva 2004/18 por força do seu artigo 17.º, as autoridades públicas que tencionem adjudicar essas concessões estão obrigadas a respeitar as regras fundamentais do Tratado FUE, os princípios da não discriminação em razão da nacionalidade e da igualdade de tratamento, bem como o consequente dever de transparência, uma vez que esta concessão apresenta um interesse transfronteiriço certo (v., neste sentido, designadamente, acórdão de 17 de julho de 2008, *ASM Brescia*, C-347/06, Colet., p. I-5641, n.ºs 58, 59 e jurisprudência referida).
- 29 No que respeita à existência de um interesse transfronteiriço certo, este pode resultar, designadamente, da importância económica do contrato cuja celebração é pretendida, do lugar da sua execução (v., neste sentido, acórdão *ASM Brescia*, já referido, n.º 62 e jurisprudência referida) ou ainda de características técnicas (v., por analogia, acórdão de 15 de maio de 2008, *SECAP e Santorso*, C-147/06 e C-148/06, Colet., p. I-3565, n.º 24).
- 30 Compete ao órgão jurisdicional de reenvio proceder a uma apreciação circunstanciada de todos os elementos relevantes a este respeito (v., neste sentido, acórdão de 23 de dezembro de 2009, *Serrantoni e Consorzio stabile edili*, C-376/08, Colet., p. I-12169, n.º 25 e jurisprudência referida), o que parece já ter feito no caso vertente, uma vez que constatou que, atendendo à importância do contrato em causa no processo principal, é provável que empresas estabelecidas noutros Estados-Membros tivessem manifestado o seu interesse caso tivesse havido concurso público.
- 31 Importa ainda precisar que existe um interesse transfronteiriço certo independentemente de um operador económico manifestar efetivamente interesse. É sobretudo assim quando, como no âmbito do processo principal, o litígio tem por objeto a falta de transparência que rodeou o contrato em causa. Com efeito, em semelhante caso, os operadores económicos estabelecidos noutros Estados-Membros não têm nenhuma possibilidade real de manifestar o seu interesse em obter a referida concessão (v., neste sentido, acórdãos *Coname*, já referido, n.º 18, e de 13 de outubro de 2005, *Parking Brixen*, C-458/03, Colet., p. I-8585, n.º 55).

- 32 Por outro lado, estando estabelecida a existência de um interesse transfronteiriço certo relativo à adjudicação de uma determinada concessão de serviços, o dever de transparência a que a autoridade cedente está obrigada aproveita a todos os potenciais concorrentes (v., neste sentido, acórdão de 13 de abril de 2010, Wall, C-91/08, Colet., p. I-2815, n.º 36), mesmo que estejam estabelecidos no mesmo Estado-Membro dessa autoridade.
- 33 Para todos os efeitos, há que precisar que o direito da União imporia os mesmos requisitos à autoridade cedente se o contrato em causa no processo principal não obrigasse o cessionário a exercer a atividade cedida, de forma que este contrato incluiria então uma autorização para exercer uma atividade económica. Com efeito, tal autorização não se distingue de uma concessão de serviços no que diz respeito à obrigação de respeitar as regras fundamentais do Tratado e os princípios que dele resultam na medida em que o exercício desta atividade é suscetível de potencialmente interessar operadores económicos estabelecidos noutros Estados-Membros (v., neste sentido, designadamente, acórdãos de 3 de junho de 2010, Sporting Exchange, C-203/08, Colet., p. I-4695, n.ºs 46 e 47, e de 9 de setembro de 2010, Engelman, C-64/08, Colet., p. I-8219, n.ºs 51 a 53).
- 34 Atendendo a todas as considerações precedentes, há que responder à primeira questão submetida que os artigos 49.º TFUE e 56.º TFUE devem ser interpretados no sentido de que um operador económico de um Estado-Membro pode invocar nos órgãos jurisdicionais desse Estado-Membro a violação do dever de transparência que resulta destes artigos que terá ocorrido quando da celebração de um contrato através do qual uma ou várias entidades públicas do referido Estado-Membro adjudicaram a um operador económico do mesmo Estado-Membro uma concessão de serviços que apresenta um interesse transfronteiriço certo ou cederam a um operador económico o direito exclusivo de exercer uma atividade económica que apresenta semelhante interesse.

Quanto à segunda questão

- 35 Com a sua segunda questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, no essencial, se os artigos 49.º TFUE e 56.º TFUE devem ser interpretados no sentido de que circunstâncias como as que estão em causa no processo principal podem ser consideradas razões imperiosas de interesse geral ou circunstâncias objetivas suscetíveis de justificar a adjudicação direta por entidades públicas, a um operador económico, de uma concessão de serviços que tem por objeto uma atividade de fornecimento de serviços de televisão exercida por estas entidades através de redes por cabo que lhes pertencem, em derrogação dos princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação consagrados nos referidos artigos.
- 36 As circunstâncias assim referidas são a vontade de respeitar certos direitos que, por contrato preexistente, as entidades em causa cederam a este operador a respeito da utilização dessas redes por cabo, bem como a vontade de chegar a um acordo com vista a pôr termo a um litígio relativo ao âmbito destes direitos tendo em conta uma decisão judicial provisória, evitando em simultâneo a depreciação da referida atividade de fornecimento de serviços de televisão exercida por essas entidades através das referidas redes e permitindo que seja proposta uma oferta comercial completa aos subscritores desses serviços.
- 37 Importa recordar que, na medida em que uma concessão de serviços apresente um interesse transfronteiriço certo, a sua adjudicação, sem transparência, a uma empresa situada no Estado-Membro ao qual está sujeita a entidade adjudicante constitui uma diferença de tratamento que prejudica empresas que possam ter interesse nessa concessão que estão situadas noutro Estado-Membro. Ao excluir todas essas empresas, tal diferença de tratamento funciona principalmente em prejuízo destas últimas e constitui, assim, uma discriminação indireta em razão da nacionalidade, proibida, em princípio, através da aplicação dos artigos 49.º TFUE e 56.º TFUE (v., neste sentido, acórdão ASM Brescia, já referido, n.ºs 59, 60 e jurisprudência referida).

- 38 Excecionalmente, semelhante medida pode ser aceite, ao abrigo de um dos fundamentos enunciados no artigo 52.º TFUE, ou justificada, em conformidade com jurisprudência do Tribunal de Justiça, por razões imperiosas de interesse geral (v., por analogia, acórdãos Engelman, já referido, n.ºs 51, 57 e jurisprudência referida, e de 10 de maio de 2012, Duomo Gpa e o., C-357/10 a C-359/10, n.º 39 e jurisprudência referida). A este respeito, resulta da leitura conjugada dos n.ºs 51 e 57 do acórdão Engelman, já referido, que não há que distinguir as circunstâncias objetivas das razões imperiosas de interesse geral. Com efeito, essas circunstâncias devem constituir, em última análise, uma razão imperiosa de interesse geral.
- 39 Ora, não se pode considerar que os motivos referidos na presente questão prejudicial, quer sejam analisados isoladamente ou em conjunto, constituem razões imperiosas de interesse geral.
- 40 Na verdade, há que admitir que o princípio da segurança jurídica, que é um princípio geral de direito da União, é suscetível de justificar que os efeitos jurídicos de um contrato sejam respeitados incluindo, da forma estabelecida neste princípio, no caso de um contrato celebrado antes de o Tribunal de Justiça se ter pronunciado sobre as implicações do direito primário relativamente aos contratos deste tipo e que, *a posteriori*, se revela ser contrário a algumas destas implicações (v., neste sentido, acórdão ASM Brescia, já referido, n.ºs 69 e 70). Não obstante, o referido princípio não pode ser invocado para dar a um contrato uma extensão contrária aos princípios da igualdade de tratamento e de não discriminação, bem como ao dever de transparência que deles decorre. É indiferente, a este respeito, que esta extensão possa constituir uma solução razoável idónea para pôr termo a um litígio surgido entre as partes em causa, por razões totalmente independentes da sua vontade, a respeito do âmbito do contrato que as vincula.
- 41 Além disso, no que respeita ao risco de depreciação de uma atividade de natureza económica exercida por uma entidade pública em razão de um quadro contratual preexistente que se revela ser inadapitado atendendo à evolução do contexto técnico-comercial, é jurisprudência constante que os motivos de natureza económica não podem ser aceites como razões imperiosas de interesse geral suscetíveis de justificar uma restrição a uma liberdade fundamental garantida pelo Tratado (v. acórdão de 16 de fevereiro de 2012, Costa e Cifone, C-72/10 e C-77/10, n.º 59 e jurisprudência referida).
- 42 A este respeito, há que constatar que a circunstância de a celebração do acordo controvertido coincidir com o interesse dos consumidores, que, sem este, não poderiam beneficiar da televisão interativa nem, inclusivamente, de uma oferta combinada de serviços comercialmente atrativa, não se distingue realmente do fundamento relativo à depreciação da referida atividade, mas está, pelo contrário, intimamente relacionada com este. Com efeito, esta circunstância não diz respeito a todos os consumidores presentes no território coberto pelas redes por cabo das Intermunicipais, mas unicamente aos que são subscritores dos serviços de televisão que eram fornecidos por estas no âmbito da atividade cuja concessão à Telenet constitui o objeto do processo principal, e a impossibilidade, para as Intermunicipais, de oferecer a estes subscritores certos serviços em razão da repartição dos direitos de utilização das suas redes por cabo regulamentada pelo ato formal de cessão de 1996 explica a perda de atratividade da oferta comercial que as Intermunicipais podem apresentar no mercado e, desse modo, a depreciação da referida atividade.
- 43 Por último, há que precisar que considerações que, examinadas de forma isolada, não constituem razões imperiosas de interesse geral que justifiquem uma abstração dos princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação, bem como do dever de transparência, não podem adquirir essa qualidade pelo simples facto de serem todas reunidas.

- 44 Atendendo ao conjunto de considerações precedentes, há que responder à segunda questão submetida que os artigos 49.º TFUE e 56.º TFUE devem ser interpretados no sentido de que:
- a vontade de não desrespeitar certos direitos que, por contrato preexistente, entidades públicas cederam a um operador económico a respeito da utilização de redes por cabo que lhes pertencem não pode justificar que seja dada a esse contrato uma extensão contrária ao direito da União sob a forma de uma adjudicação direta de uma concessão de serviços ou de um direito exclusivo de exercer uma atividade que apresenta um interesse transfronteiriço certo, ainda que tal tenha sido feito com o propósito de pôr termo a um litígio surgido entre as partes em causa, por razões totalmente independentes da sua vontade, quanto ao âmbito deste contrato;
 - motivos de natureza económica, como a vontade de evitar a depreciação de uma atividade económica, não constituem razões imperiosas de interesse geral suscetíveis de justificar uma adjudicação direta de uma concessão de serviços relativos a essa atividade ou de um direito exclusivo de exercer a referida atividade e que tem um interesse transfronteiriço certo, em derrogação dos princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação consagrados nos referidos artigos.

Quanto à terceira questão

- 45 Atendendo à resposta dada à segunda questão, não há que responder à terceira questão submetida.

Quanto às despesas

- 46 Revestindo o processo, quanto às partes na causa principal, a natureza de incidente suscitado perante o órgão jurisdicional de reenvio, compete a este decidir quanto às despesas. As despesas efetuadas pelas outras partes para a apresentação de observações ao Tribunal de Justiça não são reembolsáveis.

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Décima Secção) declara:

- 1) **Os artigos 49.º TFUE e 56.º TFUE devem ser interpretados no sentido de que um operador económico de um Estado-Membro pode invocar nos órgãos jurisdicionais desse Estado-Membro a violação do dever de transparência que resulta destes artigos que terá ocorrido quando da celebração de um contrato através do qual uma ou várias entidades públicas do referido Estado-Membro adjudicaram a um operador económico do mesmo Estado-Membro uma concessão de serviços que apresenta um interesse transfronteiriço certo ou cederam a um operador económico o direito exclusivo de exercer uma atividade económica que apresenta semelhante interesse.**
- 2) **Os artigos 49.º TFUE e 56.º TFUE devem ser interpretados no sentido de que:**
 - **a vontade de não desrespeitar certos direitos que, por contrato preexistente, entidades públicas cederam a um operador económico a respeito da utilização de redes por cabo que lhes pertencem não pode justificar que seja dada a esse contrato uma extensão contrária ao direito da União sob a forma de uma adjudicação direta de uma concessão de serviços ou de um direito exclusivo de exercer uma atividade que apresenta um interesse transfronteiriço certo, ainda que tal tenha sido feito com o propósito de pôr termo a um litígio surgido entre as partes em causa, por razões totalmente independentes da sua vontade, quanto ao âmbito deste contrato;**

- **motivos de natureza económica, como a vontade de evitar a depreciação de uma atividade económica, não constituem razões imperiosas de interesse geral suscetíveis de justificar uma adjudicação direta de uma concessão de serviços relativos a essa atividade ou de um direito exclusivo de exercer a referida atividade e que tem um interesse transfronteiriço certo, em derrogação dos princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação consagrados nos referidos artigos.**

Assinaturas