Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
PAOLO MENGOZZI
apresentadas em 28 de abril de 2016 [1]

Processo C-28/15

Koninklijke KPN NV,
KPN BV,
T-Mobile Netherlands BV,
Vodafone Libertel BV,
Tele2 Nederland BV,
Ziggo BV,
Ziggo Services BV, anteriormente UPC Nederland BV,
Ziggo Zakelijk Services BV, anteriormente UPC Business BV,
contra
Autoriteit Consument en Markt (ACM)

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo College van Beroep voor het bedrijfsleven (Tribunal de Recurso do Contencioso Administrativo em Matéria Económica, Países Baixos)]

«Reenvio prejudicial — Quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações eletrónicas — Diretiva 2002/19/CE — Artigos 8.° e 13.° — Diretiva 2002/21/CE — Artigos 4.°, 8.° e 19.° — Recomendação 2009/396/CE — Alcance jurídico — Controlo dos preços e obrigações relativas ao sistema de contabilização dos custos — Tarifas dos serviços de terminação de chamadas fixas e móveis — Obrigações impostas por uma autoridade reguladora nacional (ARN) a operadores que dispõem de um poder de mercado significativo — Alcance da fiscalização jurisdicional sobre as apreciações de ordem económica de uma ARN»

I – Introdução

1. Tendo-lhe sido submetido um recurso de uma decisão de uma autoridade reguladora nacional (ARN) que fixava os limites máximos das tarifas dos serviços de terminação de chamadas fixas e móveis prestados por operadores identificados como dispondo de um poder de mercado significativo, tem um órgão jurisdicional nacional poderes, e com base em que tipos de considerações, para se afastar de uma recomendação da Comissão Europeia aplicada por essa ARN? Em caso afirmativo, pode esse órgão jurisdicional nacional, nomeadamente, fiscalizar o caráter proporcionado da medida tarifária imposta pela ARN à luz dos objetivos prosseguidos pelo quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações eletrónicas e pode exigir à ARN que prove que a medida tarifária em questão permite realizar efetivamente os objetivos prosseguidos?

2. É este, em substância, o objeto das duas questões prejudiciais submetidas pelo College van Beroep voor het bedrijfsleven (Tribunal de Recurso do Contencioso Administrativo em Matéria Económica, Países Baixos) no contexto da interpretação do artigos4.°, n.º 1, e do artigo 8.º da Diretiva 2002/21/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de março de 2002, relativa a um quadro regulamentar

1 — Língua original: francês.

comum para as redes e serviços de comunicações eletrónicas (Diretiva «quadro») [2], conforme alterada pela Diretiva 2009/140/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro de 2009 [3] (a seguir «diretiva–quadro»), bem como dos artigos 8.° e 13.° da Diretiva 2002/19/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de março de 2002, relativa ao acesso e interligação de redes de comunicações eletrónicas e recursos conexos (Diretiva «acesso») [4], com a redação que lhe foi dada pela Diretiva 2009/140 (a seguir «diretiva acesso»).

3. Estas questões foram suscitadas no âmbito de um litígio que opõe vários operadores de telecomunicações neerlandeses, entre os quais a Koninklijke KPN NV, à Autoritiet Consument en Markt (ACM) (Autoridade dos Consumidores e dos Mercados, Países Baixos) relativamente à decisão desta última de fixar limites tarifários para os serviços de terminação de chamadas fixas e móveis prestados pelos referidos operadores, baseando-se no modelo de cálculo dos custos descrito e preconizado na Recomendação 2009/396/CE da Comissão, de 7 de maio de 2009, sobre o tratamento regulamentar das tarifas da terminação de chamadas em redes fixas e móveis na UE (a seguir «Recomendação 2009/396») [5].

II – Quadro jurídico

A – *Direito da União*

1. Diretiva-quadro

4. O artigo 4.º da diretiva–quadro, intitulado «Direito de recurso», dispõe:

«1. Os Estados-Membros devem garantir a existência de mecanismos eficazes a nível nacional, através dos quais qualquer utilizador ou empresa que ofereça redes e/ou serviços de comunicações eletrónicas que tenha sido afetado/a por uma decisão de uma [ARN] tenha o direito de interpor recurso dessa decisão junto de um órgão de recurso que seja independente das partes envolvidas. Esse órgão, que pode ser um tribunal, deve ter os meios de perícia necessários para poder exercer eficazmente as suas funções. Os Estados-Membros devem assegurar que o mérito da causa seja devidamente apreciado e que exista um mecanismo de recurso eficaz.

[...]»

5. O artigo 7.º da diretiva–quadro prevê o seguinte:

«[…]

3. […] sempre que tencione tomar uma medida que:

a) Esteja abrangida pelos artigos 15.° ou 16.° da presente diretiva ou pelos artigos 5.° ou 8.° da [diretiva acesso]; e

b) Seja suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros,

2 — JO 2002, L 108, p. 33.
3 — JO 2009, L 337, p. 37.
4 — JO 2002, L 108, p. 7.
5 — JO 2009, L 124, p. 67.

a [ARN] deve disponibilizar o projeto de medida, assim como os seus fundamentos, à Comissão, ao [Organismo de Reguladores Europeus das Comunicações Electrónicas (ORECE)] [6] e às [ARN] dos outros Estados-Membros, simultaneamente […]. As [ARN], o ORECE e a Comissão dispõem apenas de um mês para enviar os seus eventuais comentários à [ARN] em questão […].

[…]

7. A [ARN] em questão deve ter na melhor conta os comentários de outras [ARN], do ORECE e da Comissão […].

[…]»

6. O artigo 8.º da diretiva–quadro, intitulado «Objetivos de política geral e princípios de regulação», dispõe:

«1. Os Estados-Membros deverão assegurar que, no desempenho das funções de regulação constante da presente diretiva e das diretivas específicas, as [ARN] tomem todas as medidas razoáveis para realizar os objetivos fixados nos n.os 2, 3 e 4. Tais medidas deverão ser proporcionais a esses objetivos.

[...]

2. As [ARN] devem promover a concorrência na oferta de redes de comunicações eletrónicas, de serviços de comunicações eletrónicas e de recursos e serviços conexos, nomeadamente:

a) Assegurando que os utilizadores […] obtenham o máximo benefício em termos de escolha, preço e qualidade;

b) Assegurando que não existam distorções ou restrições da concorrência no setor das comunicações eletrónicas […];

[…]

3. As [ARN] devem contribuir para o desenvolvimento do mercado interno, nomeadamente:

[…]

d) Trabalhando com a Comissão e com o ORECE a fim de garantir o desenvolvimento de uma prática regulatória coerente e a aplicação coerente da presente diretiva e das diretivas específicas [7].

4. As [ARN] devem defender os interesses dos cidadãos da União Europeia, nomeadamente: […]».

7. O artigo 16.º desta diretiva, intitulado «Procedimento de análise de mercado», prevê o seguinte:

«[...]

2. Sempre que, por força [...] do artigo 8.º da [diretiva acesso], tenha de decidir da eventual imposição, manutenção, modificação ou retirada de obrigações às empresas, a [ARN] deve determinar, com base na sua análise dos mercados referida no n.º 1 do presente artigo, se um mercado relevante é efetivamente concorrencial.

6 — Este organismo foi criado pelo Regulamento (CE) n.º 1211/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro de 2009 (JO 2009, L 337, p. 1).

7 — A expressão «diretivas específicas» refere-se, nomeadamente, à diretiva acesso.

3. Caso a [ARN] conclua que o mercado é efetivamente concorrencial, não imporá nem manterá nenhuma das obrigações regulamentares específicas referidas no n.º 2 […]

4. Caso uma [ARN] determine que um mercado relevante não é efetivamente concorrencial, deve identificar as empresas que, individualmente ou em conjunto detenham poder significativo nesse mercado, nos termos do artigo 14.º, e impor-lhes as obrigações regulamentares específicas adequadas referidas no n.º 2 do presente artigo ou manter ou modificar essas obrigações, caso já existam.

[…]»

8. O artigo 19.º da diretiva–quadro, intitulado «Medidas de harmonização», dispõe:

«1. [...] caso constate que as divergências na execução, por parte das [ARN], das funções regulatórias especificadas na presente diretiva e nas diretivas específicas podem criar um obstáculo ao mercado interno, a Comissão pode, tendo na máxima conta o parecer do ORECE, publicar uma recomendação ou uma decisão sobre a aplicação harmonizada das disposições da presente diretiva e das diretivas específicas, para acelerar a consecução dos objetivos enunciados no artigo 8.º

2. […]

Os Estados-Membros devem garantir que, no desempenho das suas funções, as [ARN] tenham na melhor conta essas recomendações. Caso uma [ARN] decida não seguir uma recomendação, deve informar desse facto a Comissão, fundamentando a sua posição.

[...]»

2. Diretiva acesso

9. O artigo 8.º da diretiva acesso, intitulado «Imposição, alteração ou supressão de obrigações», prevê o seguinte:

«1. Os Estados-Membros assegurarão que as [ARN] tenham poderes para impor as obrigações definidas nos artigos 9.° a 13.°-A.

2. Caso um operador seja designado como operador com poder de mercado significativo num mercado específico, na sequência de uma análise do mercado efetuada em conformidade com o disposto no artigo 16.º da [diretiva–quadro], as [ARN] imporão as obrigações previstas nos artigos 9.° a 13.° da presente diretiva, consoante adequado.

[…]

4. As obrigações impostas em conformidade com o presente artigo basear-se-ão na natureza do problema identificado, e serão proporcionadas e justificadas à luz dos objetivos estabelecidos no artigo 8.º da [diretiva–quadro]. Tais obrigações só serão impostas após consulta em conformidade com o artigo 6.º e 7.° dessa diretiva.

[...]»

10. O artigo 13.º da diretiva acesso, intitulado «Obrigações de controlo dos preços e de contabilização dos custos», tem a seguinte redação:

«1. A [ARN] pode, nos termos do disposto no artigo 8.º, impor obrigações relacionadas com a amortização de custos e controlos de preços, incluindo a obrigação de orientação dos preços em função dos custos e a obrigação relativa a sistemas de contabilização dos custos, para fins de oferta de tipos específicos de interligação e/ou acesso, em situações em que uma análise do mercado indique que uma potencial falta de concorrência efetiva implica que o operador em causa possa manter os preços a um nível excessivamente elevado, ou comprimir os preços, em detrimento dos utilizadores finais. Para incentivar os investimentos feitos pelo operador, nomeadamente nas redes nova geração, as [ARN] devem ter em conta o investimento realizado pelo operador, permitindo-lhe uma taxa razoável de rentabilidade sobre o capital investido, tendo em conta todos os riscos inerentes a um novo projeto específico de rede de investimento.

2. As [ARN] assegurarão que os mecanismos de amortização de custos ou as metodologias obrigatórias em matéria de fixação de preços suscitem a promoção da eficiência e da concorrência sustentável e maximizem os benefícios para o consumidor. Nesta matéria, as [ARN] poderão também ter em conta os preços disponíveis nos mercados concorrenciais comparáveis.

3. Caso um operador esteja sujeito a uma obrigação de orientação dos preços aos custos, o ónus da prova de que os encargos se baseiam nos custos, incluindo uma taxa razoável de rentabilidade sobre os investimentos realizados, ficará a cargo do operador em causa. Para efeitos de cálculo do custo da prestação eficiente dos serviços, as [ARN] podem utilizar métodos contabilísticos independentes dos utilizados pela empresa. As [ARN] podem exigir a um operador que justifique plenamente os seus preços e podem, quando adequado, exigir o ajustamento desses preços».

3. Recomendação 2009/396

11. O considerando 1 da Recomendação 2009/396 indica o seguinte:

«[…] durante a avaliação de mais de 850 projetos de medidas notificados ao abrigo do artigo 7.º da [diretiva–quadro], verificou-se que [existem] incoerências na regulação das tarifas da terminação das chamadas vocais.»

12. O considerando 3 da Recomendação 2009/396 precisa:

«A existência de divergências significativas no tratamento regulamentar das tarifas da terminação de chamadas nas redes fixas e móveis cria distorções fundamentais da concorrência. […]»

13. O considerando 4 da mesma recomendação indica o seguinte:

«A falta de harmonização na aplicação dos princípios da contabilidade de custos aos mercados da terminação até à data demonstra a necessidade de uma abordagem comum que forneça maior segurança jurídica e incentivos corretos para os potenciais investidores, e que reduza o fardo regulamentar imposto aos operadores existentes que se encontram neste momento ativos em dois ou mais Estados-Membros. […]»

14. O considerando 7 da Recomendação 2009/396 precisa:

«[…] O sistema de tarifação da UE baseia-se no princípio de que quem paga é a rede da pessoa que faz a chamada, o que significa que a tarifa da terminação é estabelecida pela rede chamada e paga pela rede chamadora. A parte chamada não é faturada por este serviço e, de um modo geral, não tem qualquer incentivo para reagir ao preço da terminação estabelecido pelo seu fornecedor de rede. Neste

contexto, as tarifas excessivas são a preocupação principal em termos de concorrência das [ARN]. Os elevados preços da terminação acabam por ser recuperados através da imposição de tarifas de chamada mais elevadas aos utilizadores finais. Tendo em conta a característica de acesso recíproco dos mercados da terminação, outro potencial problema de concorrência, que é comum aos mercados da terminação fixa e móvel, são as subvenções cruzadas entre operadores. Por conseguinte, face à capacidade e aos incentivos dos operadores das redes de terminação das chamadas para aumentarem os preços substancialmente acima dos custos, a orientação dos preços em função dos custos é considerada a intervenção mais adequada para resolver este problema a médio prazo. […] Perante as características específicas dos mercados da terminação de chamadas e as preocupações que suscitam a nível concorrencial e distributivo, a Comissão reconheceu há muito que o estabelecimento de uma abordagem comum baseada numa norma de custos eficiente e na aplicação de tarifas simétricas para a terminação promoverá a eficiência e a concorrência sustentável e maximizará os benefícios para os consumidores em termos de preços e de ofertas de serviços.»

15. O considerando 13 da Recomendação 2009/396 prevê o seguinte:

«Tendo em conta as características particulares dos mercados da terminação de chamadas, os custos dos serviços de terminação devem ser calculados prospetivamente a partir dos custos adicionais de longo prazo (CALP). […] Este modelo inclui apenas os custos originados pelo fornecimento de um suplemento definido. Uma abordagem baseada nos custos adicionais que apenas imputa os custos eficientemente incorridos que não seriam suportados se o serviço incluído no suplemento deixasse de ser fornecido (ou seja, os custos evitáveis) promove uma produção eficiente e o consumo, e limita os riscos de distorção da concorrência. Quanto mais as tarifas da terminação se afastarem dos custos adicionais, tanto maiores serão as distorções da concorrência entre os mercados fixo e móvel e/ou entre os operadores com quotas de mercado e os fluxos de tráfego assimétricos. Por conseguinte, justifica-se aplicar uma abordagem CALP pura, segundo a qual o suplemento pertinente é o fornecimento grossista do serviço de terminação de chamadas e que inclui apenas os custos evitáveis. […]»

16. Os pontos 1 e 2 da Recomendação 2009/396 têm a seguinte redação:«1. Ao imporem o controlo dos preços e obrigações de contabilidade de custos, em conformidade com o artigo 13.º da [diretiva acesso], aos operadores designados pelas [ARN] como tendo poder de mercado significativo nos mercados da terminação de chamadas vocais a nível grossista em cada rede telefónica pública (a seguir designados 'os mercados da terminação de chamadas em redes fixas e móveis') em resultado de uma análise de mercado efetuada nos termos do artigo 16.º da [diretiva–quadro], as ARN devem fixar tarifas de terminação baseadas nos custos suportados por um operador eficiente. Isto implica que também sejam simétricas. Para isso, as ARN devem proceder da maneira a seguir descrita.

2. Recomenda-se que a avaliação dos custos de um operador eficiente se baseie nos custos correntes e recorra a uma abordagem de modelização ascendente que utilize os custos adicionais de longo prazo (CALP) como metodologia pertinente de cálculo dos custos.»

17. É pacífico que a metodologia preconizada pela Comissão na Recomendação 2009/396/CE é a dita «CALP (Custos adicionais de longo prazo) pura», a qual consiste, no essencial, em apenas tomar em consideração os custos diferenciais da oferta do serviço em questão, em que o serviço de terminação de chamadas no mercado grossista é considerado uma prestação suplementar pertinente, contendo apenas os custos evitáveis, a saber, os custos que podem ser evitados quando uma prestação suplementar deixa de ser fornecida. Os custos inevitáveis, tais como os custos comuns (os custos que não são diretamente imputáveis a uma prestação de serviço específica) e os custos associados (que podem ser diretamente imputados a mais do que um único serviço) não são, portanto, tomados em consideração neste método de cálculo de custos.

B – *Direito neerlandês*

18. O artigo 1.3, n.º 1, da Telecommunicatiewet (lei sobre as telecomunicações), na sua versão aplicável aos factos do processo principal (a seguir «Lei sobre as telecomunicações»), dispõe o seguinte:

«1. A [ACM] assegurará que as suas decisões contribuirão para a realização dos objetivos previstos no artigo 8.º, n.ºs 2 a 5, da [diretiva–quadro], pelo menos através:

a. da promoção da concorrência no fornecimento das redes de comunicações eletrónicas, dos serviços de comunicações eletrónicas ou dos recursos conexos, nomeadamente apoiando os investimentos eficazes em matéria de infraestruturas e as inovações;

b. do desenvolvimento do mercado interno;

c. do apoio dos interesses dos utilizadores finais em termos de opções, de preços e de qualidade.»

19. O artigo 1.3, n.º 2, da Lei sobre as telecomunicações prevê que, no exercício das suas missões e competências, a ACM deve ter na melhor conta as recomendações da Comissão previstas no artigo 19.º, n.º 1, da diretiva–quadro. Se a ACM não aplicar uma recomendação, deve informar desse facto a Comissão, indicando os fundamentos da sua decisão.

20. Esta lei indica, no seu artigo 6a.1, que a ACM, na sua qualidade de ARN, deve definir os mercados relevantes no setor das comunicações eletrónicas. Para este efeito, a ACM deve, em conformidade com o artigo 6a.1, n.º 5, desta lei, determinar se o mercado em questão é ou não efetivamente concorrencial. Se não o for, a ACM deve, por força do artigo 6a.2 da referida lei, determinar se uma ou mais empresas dispõem de um poder de mercado significativo bem como decidir das obrigações adequadas que lhes devem ser impostas.

21. O artigo 6a.2, n.º 3, da Lei sobre as telecomunicações acrescenta que uma obrigação prevista no n.º 1 é adequada quando se baseia na natureza do problema identificado no mercado em questão e é proporcionada e justificada à luz dos objetivos do artigo 1.3.

22. O artigo 6a.7 desta lei prevê o seguinte:

«1. Em conformidade com o artigo 6a.2, n.º 1, a [ACM] pode, relativamente às formas de acesso que deve determinar, impor uma obrigação quanto ao controlo das tarifas anteriormente calculadas ou ao cálculo dos custos sempre que uma análise do mercado revelar que o operador em questão pode, na falta de uma concorrência eficaz, manter os preços a um nível excessivamente elevado, ou pode comprimir as margens, em ambos os casos em detrimento dos utilizadores finais. A [ACM] pode associar a essa obrigação regras necessárias para a sua boa execução.

2. Uma obrigação nos termos do n.º 1 pode prever a sujeição do acesso a uma tarifa de acesso orientada em função dos custos ou à aplicação de um sistema de cálculo dos custos definido ou aprovado pela [ACM].

3. Sempre que a [ACM] tiver imposto a uma empresa uma obrigação de orientação dos preços em função dos custos, tal empresa deve demonstrar que os seus preços são efetivamente determinados em função dos custos.

4. Sem prejuízo das disposições do n.º 1, segunda frase, a [ACM] pode associar a obrigação de aplicar um sistema de contabilização dos custos a medidas relativas à apresentação dos resultados da aplicação do sistema pela empresa sobre a qual recai a obrigação [...]»

III – Factos do litígio no processo principal e questões prejudiciais

23. No âmbito de um processo anterior ao que está em causa, a Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) (Autoridade Independente de Correios e Telecomunicações, Países Baixos, posteriormente ACM, que tem a qualidade de ARN no domínio das telecomunicações nos Países Baixos), por decisão de 7 de julho de 2010, depois de ter efetuado uma análise do mercado relevante, impôs aos operadores que forneciam serviços de terminação de chamadas fixas e móveis nos Países Baixos medidas tarifárias nos termos do modelo de cálculo de custos dito «CALP puro». Em 31 de agosto de 2011, o College van Beroep voor het bedrijfsleven (Tribunal de Recurso do Contencioso Administrativo em Matéria Económica) anulou esta decisão, com fundamento, nomeadamente, em que devia ter sido aplicado outro modelo de cálculo dos custos, a saber, o modelo «CALP mais», que permite, em substância, também a tomada em conta, ou até o reembolso, dos custos associados (os custos que podem ser diretamente imputados a mais do que um só serviço) e dos custos comuns (os custos que não são diretamente imputáveis a uma prestação de serviços específica) [8].

24. Seguidamente, tendo a ACM constatado que existia no mercado grossista dos serviços de terminação de chamadas um risco de aplicação de tarifas excessivamente elevadas, adotou, em 5 de agosto de 2013, uma decisão (a impugnada no processo principal) através da qual fixou limites tarifários para a prestação dos referidos serviços. Estas tarifas foram fixadas segundo o modelo «CALP puro», em aplicação das disposições da Lei sobre as telecomunicações que transpõem os artigos 8.° e 13.° da diretiva acesso e da Recomendação 2009/396. A ACM entendeu que este modelo era adequado para determinar as tarifas de terminação de chamadas orientadas em função dos custos e que era, nos termos desta recomendação, o único modelo de orientação dos preços conforme ao direito da União. Considerou que uma medida tarifária fixada com base neste modelo de cálculo afastava o risco de tarifas excessivamente elevadas e de compressão dos preços, favorecendo simultaneamente a concorrência, o desenvolvimento do mercado interno e os interesses dos utilizadores finais.

25. A Koninklijke KPN, a KPN BV, a T-Mobile Netherlands BV e a Vodafone Libertel BV, que são operadores que fornecem, nomeadamente, serviços de terminação de chamadas móveis, interpuseram no órgão jurisdicional de reenvio um recurso de anulação da decisão da ACM de 5 de agosto de 2013, decisão cuja execução foi suspensa, num processo de medidas provisórias, por despacho de 27 de agosto de 2013.

26. No âmbito do recurso de anulação submetido ao órgão jurisdicional de reenvio, a Koninklijke KPN, a KPN, a T-Mobile Netherlands e a Vodafone Libertel alegam que uma obrigação tarifária determinada em função do modelo «CALP puro» é contrária ao artigo 6a.2, n.° 3 e ao artigo 6a.7, n.° 2, da Lei sobre as telecomunicações, que preveem, respetivamente, que uma tarifa deve ser orientada em função dos custos e que uma obrigação imposta pela ACM deve ser adequada.

27. Acrescentam que todas as afirmações da ACM relativas aos efeitos positivos esperados da aplicação do modelo «CALP puro» sobre a estrutura tarifária não podem justificar a imposição de obrigações tarifárias como as que estão em causa no processo principal. Segundo estes operadores, os preços determinados nos termos deste modelo geram o efeito de as tarifas de terminação de chamadas serem inferiores às que seriam obtidas num mercado concorrencial. Consequentemente, a Recomendação 2009/396 não é conforme ao artigo 13.° da diretiva acesso.

8 — A questão de saber se estas duas categorias de custos podem ou não ser recuperadas pelos operadores em questão no âmbito da aplicação do modelo «CALP puro» é objeto de controvérsia entre as partes interessadas e é, em parte, examinada nos n.os 88 a 91 das presentes conclusões.

28. O órgão jurisdicional de reenvio salienta, por seu lado, que a letra do artigo 6a.7, n.º 2, da Lei sobre as telecomunicações não permite corroborar a argumentação segundo a qual pode ser imposta uma forma de regulamentação tarifária que vá além de uma regulamentação dos preços que já poderia ser considerada orientada em função dos custos.

29. Considera, todavia, que pode ser autorizada uma obrigação tarifária mais rigorosa se for proporcionada e justificada atendendo à natureza do problema constatado no mercado em questão e se prosseguir os objetivos definidos no artigo 8, n.os 2, 3 e 4, da diretiva–quadro. Nesse caso, a ACM deve, segundo o órgão jurisdicional de reenvio, determinar se a medida tarifária em questão é adequada para alcançar o objetivo pretendido e se não vai além do que é necessário para esse fim. Deve, além disso, explicar os fundamentos da sua decisão e proceder a uma ponderação de todos os interesses em causa.

30. O órgão jurisdicional de reenvio interroga-se, todavia, em primeiro lugar, sobre os interesses que podem ou devem ser ponderados bem como sobre o peso que pode ou deve ser atribuído a cada um desses interesses, na análise que deve ser efetuada antes da imposição de obrigações tarifárias. Em segundo lugar, interroga-se sobre a importância que deve ser dada, no processo principal, ao facto de a Comissão ter preconizado o modelo «CALP puro» na Recomendação 2009/396 para adotar uma medida tarifária adequada no mercado grossista dos serviços de terminação de chamadas fixas e móveis.

31. Foi nestas condições que o órgão jurisdicional de reenvio decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) Deve o artigo 4.º, n.º 1, da diretiva–quadro, conjugado com os artigos 8.º e 13.º da diretiva acesso, ser interpretado no sentido de que é, em princípio, permitido ao órgão jurisdicional nacional, num litígio sobre a legalidade de um preço orientado em função dos custos imposto pela [ARN] no mercado grossista de terminação de chamadas, decidir em sentido diverso da Recomendação [2009/396], na qual se recomenda a abordagem CALP pura como medida de controlo dos preços adequada nos mercados de terminação de chamadas, quando, em seu entender, as circunstâncias factuais do caso que é submetido à sua apreciação e/ou as considerações de direito nacional ou direito supranacional assim o impõem?

2) Em caso de resposta afirmativa à primeira questão, até que ponto tem o órgão jurisdicional nacional um poder discricionário para, na apreciação de uma medida de preço orientado em função dos custos:

   a) à luz do artigo 8.º, n.º 3, da diretiva–quadro, examinar o argumento da ARN de que se contribui para o desenvolvimento do mercado interno com base no grau em que se contribui efetivamente para o funcionamento do mercado interno?

   b) à luz dos objetivos de política geral e princípios de regulação previstos nos artigos 8.º da diretiva–quadro e 13.º da diretiva acesso, examinar se a medida de preço é:

      i) proporcionada;

      ii) adequada;

      iii) proporcionalmente aplicada e justificada?

c) exigir à ARN que prove que:

i) o objetivo de política geral, previsto no artigo 8.º, n.º 2, da diretiva–quadro, segundo o qual as ARN devem promover a concorrência na oferta de redes e serviços de comunicações eletrónicas, é efetivamente alcançado e que os utilizadores obtêm o máximo benefício em termos de escolha, preço e qualidade;

ii) o objetivo de política geral, previsto no artigo 8.º, n.º 3, da diretiva–quadro, de contribuir para o desenvolvimento do mercado interno é efetivamente alcançado; e

iii) o objetivo de política geral previsto no artigo 8.º, n.º 4, da diretiva–quadro, de defesa dos interesses dos cidadãos da União Europeia é efetivamente alcançado?

d) à luz do artigo 16.º, n.º 1, da diretiva–quadro e do artigo 8.º, n.ºs 2 e 4, da [diretiva acesso], na resposta à questão de saber se a medida de preço é adequada, tomar em consideração que a medida foi imposta no mercado em que as entidades reguladas detêm um considerável poder de mercado mas que a abordagem escolhida (CALP pura) contribui para a prossecução de um dos Objetivos da diretiva–quadro, a defesa dos interesses dos consumidores, noutro mercado que não se presta à regulação?»

IV – Tramitação processual no Tribunal de Justiça

32. Estas questões foram objeto de observações escritas por parte das recorrentes no processo principal, da Tele 2 Nederland BV, da Ziggo BV, da Ziggo Services BV e da Ziggo Zakelijk Services BV, intervenientes no processo principal [9], dos Governos neerlandês, italiano, polaco e finlandês, bem como da Comissão. Na audiência de 16 de março de 2016, foram apresentadas observações orais por estas partes bem como pelo Governo alemão, com exceção da Tele2 Nederland e dos Governos italiano e polaco, que não se fizeram representar.

V – Análise

A – *Observações preliminares*

33. A diretiva–quadro cria um quadro harmonizado para a regulamentação dos serviços de comunicações eletrónicas, das redes de comunicações eletrónicas e dos recursos e serviços conexos. Esta diretiva fixa as missões que incumbem às ARN e estabelece um conjunto de procedimentos para assegurar a aplicação harmonizada do quadro regulamentar em toda a União [10].

34. A diretiva–quadro confia às ARN funções específicas de regulamentação dos mercados das comunicações eletrónicas.

35. No exercício das suas funções, as ARN devem ter na melhor conta os objetivos enunciados no artigo 8.º da diretiva–quadro. Nos termos do artigo 8.º, n.º 1, desta diretiva, compete aos Estados-Membros assegurar que as ARN tomem todas as medidas razoáveis para realizar os objetivos do referido artigo. Esta última disposição precisa igualmente que as medidas tomadas pelas ARN devem ser proporcionais a esses objetivos.

9 — Estas quatro partes interpuseram recursos da decisão da ACM que respeitam a aspetos que não estão na origem nem do litígio no processo principal nem das questões prejudiciais. Na audiência, o representante da Ziggo, da Ziggo Services e da Ziggo Zakelijk Services indicou que estas sociedades eram os principais operadores que pagavam tarifas de terminação de chamadas nos Países Baixos.

10 — V., neste sentido, acórdão de 3 de dezembro de 2009, Comissão/Alemanha (C-424/07, EU:C:2009:749, n.º 53).

36. Por força das disposições da diretiva–quadro, as ARN são obrigadas a, em estreita colaboração com a Comissão, definir os mercados relevantes e apreciam se estes mercados são efetivamente concorrenciais [11]. Se um mercado não for efetivamente concorrencial, a ARN em causa tem poderes para impor obrigações regulamentares *ex ante* às empresas que tenham um poder de mercado significativo.

37. Quando uma ARN impõe tais obrigações, deve ter em conta os objetivos enunciados no artigo 8.º da diretiva–quadro, devendo estas obrigações regulamentares *ex ante* ser proporcionadas e justificadas à luz dos referidos objetivos [12].

38. Nos termos do artigo 13.º, n.º 1, da diretiva acesso, estas obrigações regulamentares *ex ante* ser podem conter, nomeadamente, obrigações relativas à orientação dos preços em função dos custos e obrigações relativas a sistemas de contabilização dos custos, para fins de oferta de tipos específicos de interligação e/ou acesso, em situações em que uma análise do mercado indique que uma potencial falta de concorrência efetiva implica que o ou os operadores em causa podem manter os preços a um nível excessivamente elevado, ou comprimir os preços, em detrimento dos utilizadores finais. O artigo 13.º, n.º 2, da diretiva acesso exige que os mecanismos de amortização de custos e as metodologias obrigatórias em matéria de fixação de preços suscitem a promoção da eficiência e da concorrência sustentável e maximizem os benefícios para o consumidor.

39. No litígio no processo principal, é pacífico a ACM impôs obrigações tarifárias *ex ante*, na aceção, nomeadamente, do artigo 13.º, n.º 1, da diretiva acesso [13], aos operadores que esta autoridade identificou como tendo um poder significativo no mercado grossista da terminação de chamadas nos Países Baixos, sob a forma de limites tarifários orientados em função dos custos, baseadas no modelo preconizado pela Comissão na Recomendação 2009/396, a saber, o modelo dito «CALP puro». Por outro lado, importa precisar que o órgão jurisdicional de reenvio não interroga o Tribunal de Justiça sobre a validade desta Recomendação, ao contrário do que parecem ter-lhe sugerido as recorrentes no processo principal [14].

40. Também não se contesta no processo principal que a imposição de obrigações tarifárias *ex ante*, com base numa orientação dos preços em função dos custos, se justifica atendendo ao caráter não concorrencial e às especificidades do mercado grossista de terminação de chamadas fixas e móveis, como se destacou, nomeadamente, no considerando 7 da Recomendação 2009/396, citado no n.º 14 das presentes conclusões.

41. O órgão jurisdicional de reenvio interroga-se, todavia, em substância, sobre a questão de saber se as medidas tarifárias adotadas pela ACM com base no modelo de cálculo de custos «CALP puro», preconizado pela Recomendação 2009/396, não são excessivas e se, como as recorrentes no processo principal alegam, um limite tarifário baseado num modelo de cálculo ligeiramente diferente, a saber, o modelo dito «CALP mais», que permite aos operadores em questão recuperar os custos inevitáveis, tais como os custos comuns e os custos associados [15], no mercado em causa, seria suficiente, dado que uma medida tarifária baseada neste modelo respondia já às exigências da orientação dos preços em função dos custos.

11 — Artigos 15.º e 16.º da diretiva–quadro.

12 — V. artigo 8.º, n.º 4, da diretiva acesso e acórdão de 3 de dezembro de 2009, Comissão/Alemanha (C-424/07, EU:C:2009:749, n.º 60).

13 — Para todos os efeitos úteis, recordo que o Tribunal de Justiça já declarou que a emissão por uma ARN de uma autorização de preços de terminação móvel se integra nas «obrigações relacionadas com [...] controlos de preços [...] [que] diz respeito à oferta de tipos específicos de interligação e/ou acesso», na aceção do artigo 13.º, n.º 1, da diretiva acesso, v. acórdão de 14 de janeiro de 2016, Vodafone (C-395/14, EU:C:2016:9, n.ºs 42 e 43).

14 — V. n.º 27 das presentes conclusões.

15 — V., quanto a estes custos, n.ºs 17 e 23 das presentes conclusões.

42. Concretamente, como resulta dos autos, a aplicação do modelo de cálculo dos custos «CALP puro» leva à fixação de um limite tarifário para a terminação de chamadas móveis de 1,019 cêntimos de euro por minuto, ao passo que tal limite seria de 1,861 cêntimos de euro por minuto aplicando o modelo «CALP mais». No que respeita à terminação de chamadas fixas, o limite tarifário é de 0,108 cêntimos de euro por minuto aplicando o modelo «CALP puro» contra 0,302 cêntimos de euro por minuto segundo o modelo «CALP mais».

43. Como se vê, em ambas as situações a aplicação do modelo «CALP mais» permitiria, portanto, aos operadores em questão fixar as suas tarifas de terminação de chamadas num nível mais elevado do que o que resulta da aplicação do modelo «CALP puro» adotado pela ACM em conformidade com a Recomendação 2009/396.

44. Esclarecido o que está em jogo, economicamente, no processo principal, as questões submetidas pelo órgão jurisdicional de reenvio podem ser agrupadas em duas vertentes, do seguinte modo: por um lado, tem um órgão jurisdicional nacional poderes, e atendendo a que tipo de considerações, para se afastar de uma Recomendação da Comissão aplicada por uma ARN? Por outro lado, em caso de resposta afirmativa, pode esse órgão jurisdicional nacional, nomeadamente, fiscalizar a proporcionalidade da medida tarifária imposta pela ARN, à luz dos objetivos prosseguidos pela diretiva–quadro e pela diretiva acesso e pode tal órgão exigir à ARN que prove que a medida tarifária em questão permite realizar efetivamente os objetivos prosseguidos?

B – *Quanto ao alcance da fiscalização jurisdicional, ao valor da Recomendação 2009/396 e às considerações que permitem a um órgão jurisdicional nacional afastar-se da mesma*

45. No contexto em que o órgão jurisdicional de reenvio utiliza a expressão «decidir em sentido diverso» na sua primeira questão prejudicial, é bastante claro que se refere à eventualidade de substituir o modelo de cálculo «CALP puro», preconizado pela Comissão na sua Recomendação 2009/396 e aplicado pela ACM na decisão impugnada no referido órgão jurisdicional, pelo modelo «CALP mais», à semelhança do que este órgão jurisdicional já fez no passado [16] e conforme é pedido pelas recorrentes no processo principal. Parece, com efeito, que o órgão jurisdicional de reenvio está disposto a considerar que as tarifas fixadas em conformidade com o modelo «CALP mais» já respondem às exigências em matéria de orientação das referidas tarifas em função dos custos, na aceção, nomeadamente, do artigo 13.º, n.º 1, da diretiva acesso.

46. Embora possa parecer sujeito a controvérsia [17], este poder do órgão jurisdicional de reenvio de substituir pela sua própria apreciação dos dados económicos e contabilísticos a apreciação feita de tais dados pela ACM com base na Recomendação 2009/396, chegando, ao que parece, ao ponto de impor um modelo de cálculo dos custos dos operadores em benefício de outro, não é expressamente contemplado nem proibido pelo artigo 4.º, n.º 1, da diretiva–quadro, cuja interpretação é pedida pelo órgão jurisdicional de reenvio na sua primeira questão prejudicial.

16 — V. n.º 23 das presentes conclusões. Observe-se que, à data do primeiro processo, o prazo de aplicação de uma tarifação baseada no modelo «CALP puro», preconizado pela Recomendação 2009/396, não tinha ainda expirado.

17 — Embora, nas suas observações escritas, o Governo neerlandês tenha indicado que, numa situação como a do processo principal, não competia ao órgão jurisdicional neerlandês impor à ACM uma medida tarifária que considerasse adequada, este mesmo governo indicou, na audiência no Tribunal de Justiça, que a fiscalização do órgão jurisdicional neerlandês era muito exaustiva ou muito rigorosa, próxima de uma fiscalização de plena jurisdição. Algumas das partes no processo principal defenderam também esta última interpretação do alcance da fiscalização exercida sobre as decisões da ACM.

47. Com efeito, este artigo limita-se, de modo geral, a prever que, no âmbito dos recursos interpostos das decisões das ARN, os Estados-Membros devem assegurar que «o mérito da causa seja devidamente apreciado e que exista um mecanismo de recurso eficaz» [18].

48. Daqui resulta que o artigo 4.º, n.º 1, da diretiva–quadro não harmoniza as regras e práticas nacionais relativas aos processos judiciais aplicáveis nem o alcance da fiscalização exercida pelo órgão jurisdicional nacional sobre as decisões das ARN. Pode, quando muito, inferir-se do texto do artigo 4.º, n.º 1, da diretiva–quadro que esta disposição estabelece um limite abaixo do qual se considera que os Estados-Membros não garantem a eficácia dos mecanismos de recurso, ou seja, que se exclui que a fiscalização exercida pelo órgão de recurso seja meramente formal. Por outro lado, como examinarei mais pormenorizadamente no âmbito da resposta a dar à segunda questão prejudicial [19], as disposições da diretiva–quadro e da diretiva acesso exigem que o conteúdo da fiscalização exercida sobre as decisões das ARN que imponham obrigações regulamentares *ex ante* inclua o exame da proporcionalidade das referidas obrigações relativamente aos objetivos prosseguidos pela diretiva–quadro.

49. Em contrapartida, contrariamente ao que o Governo italiano defendeu, em substância, nas suas observações escritas, nem o artigo 4.º, n.º 1, da diretiva–quadro nem, de um modo geral, o direito da União, impõem a um órgão jurisdicional nacional, numa situação como a do presente processo, que se restrinja a uma fiscalização limitada das apreciações económicas complexas efetuadas por uma ARN, tal como a fiscalização de um erro manifesto de apreciação.

50. Observo, de resto, que um argumento análogo foi já rejeitado pelo Tribunal de Justiça no acórdão de 24 de abril de 2008, Arcor (C-55/06, EU:C:2008:244, n.os 163 a 169). Com efeito, neste processo — que se inscrevia no contexto do quadro regulamentar das telecomunicações imediatamente anterior à adoção da diretiva–quadro e da diretiva acesso mas que continua a ser perfeitamente pertinente quanto a este aspeto — o Tribunal de Justiça declarou, relativamente ao alcance da fiscalização jurisdicional das decisões de uma ARN relativas às tarifas de acesso ao lacete local de operadores de telecomunicações com um poder de mercado, incluindo as apreciações dessa ARN relativamente aos custos a tomar em conta, ao seu cálculo e à sua justificação contabilística, que o direito da União não prevê uma regra segundo a qual os Estados-Membros devam instituir uma forma especial de fiscalização de tais decisões, afastando explicitamente o argumento avançado por uma das partes interessadas segundo o qual essa fiscalização devia ter sido mínima, ou, pelo menos, limitada.

51. À luz destas considerações, conclui-se que, na falta de tais regras estabelecidas pelo direito da União, cabe ao ordenamento jurídico interno de cada Estado-Membro regular as modalidades processuais das ações judiciais destinadas a garantir a salvaguarda dos direitos que para os particulares decorrem do direito da União, respeitando os princípios da equivalência e da efetividade [20].

52. O facto de o órgão jurisdicional de reenvio se ter considerado autorizado a fiscalizar de modo particularmente aprofundado as decisões da ACM, incluindo, sendo caso disso, a substituir pelas suas apreciações as efetuadas por essa autoridade com base na Recomendação 2009/396, não é, portanto, de modo algum proibido pelo direito da União, desde que sejam respeitados os dois princípios acima referidos. Voltarei também a este aspeto do presente processo, mais particularmente na perspetiva do respeito do princípio da efetividade, no contexto da resposta a dar à segunda questão prejudicial [21].

18 — Para todos os efeitos úteis, recordo que o Tribunal de Justiça já declarou que o artigo 4.º, n.º 1, da diretiva–quadro constitui uma emanação do princípio da proteção jurisdicional efetiva, por força do qual incumbe aos órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros assegurar a proteção jurisdicional dos direitos conferidos aos cidadãos pelo direito da União: v., nomeadamente, acórdão de 22 de janeiro de 2015, T-Mobile Austria (C-282/13, EU:C:2015:24, n.º 33).

19 — V. n.os 80 e 81 das presentes conclusões.

20 — V., neste sentido, nomeadamente, acórdão de 24 de abril de 2008, Arcor (C-55/06, EU:C:2008:244, n.º 166 e jurisprudência referida).

21 — V. n.os 92 a 97 das presentes conclusões.

53. Todavia, no exercício dessa competência, um órgão jurisdicional nacional deve agir com extrema prudência se tencionar afastar-se das apreciações de natureza económica e contabilística submetidas à sua fiscalização, baseadas numa recomendação da Comissão, como a Recomendação 2009/396.

54. É certo que restam poucas dúvidas de que um órgão jurisdicional nacional ao qual tenha sido apresentado um recurso de uma decisão de uma ARN, que aplique a Recomendação 2009/396, não está vinculado pelas apreciações contidas nesta última.

55. Com efeito, como todas as partes interessadas admitem, nos termos do artigo 288.º TFUE tal recomendação não tem efeitos jurídicos vinculativos, o que é confirmado pelo artigo 19.º, n.º 2, da diretiva–quadro, o qual exige, é certo, que as ARN tenham na melhor conta as recomendações da Comissão adotadas com base no artigo 19.º, n.º 1, da diretiva–quadro, mas que as autoriza explicitamente a afastar-se das mesmas, desde que informem a Comissão e lhe transmitam a fundamentação da sua posição [22].

56. No caso em apreço, o facto de a ACM, ao adotar a decisão impugnada no órgão jurisdicional de reenvio, ter aplicado a Recomendação 2009/396 no contexto do processo principal, não altera a natureza jurídica desta Recomendação, enquanto tal. Consequentemente, um órgão jurisdicional nacional, ao qual seja submetido um recurso de uma decisão de uma ARN que aplique tal recomendação, não está vinculado pelas apreciações constantes desta última.

57. Todavia, como o Tribunal de Justiça reconheceu em várias ocasiões, embora as recomendações não se destinem a produzir efeitos vinculativos, não estão desprovidas de todo e qualquer efeito jurídico. Consequentemente, os órgãos jurisdicionais nacionais são também obrigados a tomá-las em consideração para a resolução dos litígios que lhes são submetidos, nomeadamente quando elas esclarecem a interpretação de disposições nacionais adotadas com o fim de garantir a sua aplicação ou quando têm por objeto completar disposições do direito da União com caráter vinculativo [23].

58. Esta jurisprudência é plenamente aplicável à Recomendação 2009/396.

59. Em especial, contrariamente ao que a Koninklijke KPN e a KPN alegaram nas suas observações, esta recomendação visa efetivamente, na minha opinião, completar as disposições do quadro regulamentar aplicáveis aos serviços de comunicações eletrónicas. Com efeito, tendo sido adotada com base no artigo 19.º, n.º 1, da diretiva–quadro, na sequência da constatação, por parte da Comissão, de divergências e de incoerências no desempenho das funções reguladoras das ARN relativas à fixação das tarifas de terminação de chamadas fixas e móveis na União, a Recomendação 2009/396 visa assegurar a aplicação harmonizada das disposições da diretiva–quadro e da diretiva acesso. Mais precisamente, ao preconizar o modelo «CALP puro», a Recomendação 2009/396 identifica o modelo de cálculo dos custos que as ARN são convidadas a tomar como base para fixarem as tarifas grossistas de terminação de chamadas dos operadores identificados como tendo poder nesse mercado quando lhes impõem obrigações de controlo dos preços, nomeadamente obrigações relativas à orientação dos preços em função dos custos, em conformidade com o artigo 13.º da diretiva acesso [24].

22 — V. igualmente, neste sentido, acórdão de 11 de setembro de 2008, Comissão/Lituânia (C-274/07, EU:C:2008:497, n.º 50).

23 — V., nomeadamente, neste sentido, acórdãos de 11 de setembro de 2003, Altair Chimica (C-207/01, EU:C:2003:451, n.º 41); de 18 de março de 2010, Alassini e o. (C-317/08 a C-320/08, EU:C:2010:146, n.º 40); e de 24 de abril de 2008, Arcor (C-55/06, EU:C:2008:244, n.º 94).

24 — V., em especial, considerando 21 e ponto 1 da Recomendação 2009/396. Em qualquer caso, ainda que esta recomendação não visasse completar as disposições do direito da União, não poderia ser ignorada pelos órgãos jurisdicionais nacionais. Com efeito, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, a obrigação que sobre estes recai de tomarem em consideração as recomendações é uma obrigação de natureza geral, «nomeadamente» quando as mesmas tenham por objeto completar disposições do direito da União com caráter vinculativo.

60. No âmbito do litígio que lhe foi submetido, relativo ao caráter adequado da fixação de limites tarifários impostos pela ACM às recorrentes no processo principal, no mercado grossista da terminação de chamadas fixas e móveis, baseado no modelo de cálculo dos custos «CALP puro» preconizado pela Recomendação 2009/396, o órgão jurisdicional de reenvio deve, portanto, tomar em devida conta esta recomendação.

61. A este respeito, tal órgão jurisdicional não pode ignorar, na minha opinião, que a Recomendação 2009/396 foi precisamente adotada na sequência da constatação de divergências e de incoerências importantes entre as ARN ao nível da União quanto à fixação das tarifas de terminação de chamadas fixas e móveis, as quais, segundo o considerando 7 desta recomendação, criaram, nomeadamente, graves distorções da concorrência.

62. O modelo de cálculo dos custos «CALP puro», preconizado pela Comissão nesta recomendação, foi, portanto, fixado com o objetivo de pôr cobro a tais divergências e distorções no seio da União, nocivas, nos termos da recomendação, para uma concorrência eficaz e para os consumidores finais.

63. O convite feito às ARN na Recomendação 2009/396 é, portanto, no sentido de fazer convergir as obrigações tarifárias que estas impõem com base no modelo «CALP puro», de modo a assegurar a realização de uma concorrência efetiva no mercado interno, igualmente vantajosa para os utilizadores finais e para os consumidores [25].

64. Neste contexto, no exercício da fiscalização jurisdicional de uma decisão de uma ARN que aplica a Recomendação 2009/396 no mercado relevante do Estado-Membro em causa, um órgão jurisdicional nacional deve agir com ponderação e prudência se considerar que se deve afastar do modelo de cálculo dos custos preconizado por esta recomendação, conforme foi aplicado por esta ARN.

65. Com efeito, por um lado, na medida em que a validade desta recomendação não está, de modo algum, em causa, há que presumir que o modelo de cálculo dos custos nela recomendado pela Comissão constitui uma medida adequada para evitar as distorções da concorrência, incluindo as subvenções cruzadas, e obter os máximos benefícios para os consumidores finais. De resto, parece ser essa, efetivamente, a premissa do raciocínio do órgão jurisdicional de reenvio, como indica o texto da primeira questão prejudicial.

66. Por outro lado, há que garantir que as distorções de concorrência ao nível da União, destacadas na Recomendação 2009/396 e que esta recomendação pretende nivelar ou reduzir através da aplicação do modelo de cálculo dos custos «CALP puro», não sejam reintroduzidas pelos órgãos jurisdicionais nacionais ou, pelo menos, que estes só possam basear-se em fundamentos sérios para se afastarem do modelo recomendado ao nível da União e aplicado por uma ARN.

67. É precisamente sobre as considerações exatas que o autorizariam a afastar-se da Recomendação 2009/396, conforme foi aplicada pela ACM, que o órgão jurisdicional de reenvio se interroga também na sua primeira questão prejudicial. Evoca assim, a título de tais fundamentos, de um modo geral, «as circunstâncias factuais do caso que é submetido à sua apreciação e/ou as considerações de direito nacional ou direito supranacional».

68. As considerações de «direito supranacional» não foram de modo algum explicitadas pelo órgão jurisdicional de reenvio e devo reconhecer que ignoro a que normas ou a que atos este se refere. Não é possível, portanto, pronunciar-me sobre tal fundamento.

25 — Este objetivo parece, atualmente, ter sido parcialmente alcançado, na medida em que, na audiência, a Comissão indicou que o modelo «CALP puro» é aplicado em 24 dos 28 Estados-Membros. Com exceção da situação do Reino dos Países Baixos, só a República Federal da Alemanha, a República de Chipre e a República da Finlândia não aplicam metodologias de cálculo dos custos baseadas neste modelo. Ainda na audiência, a Comissão acrescentou que a situação da República de Chipre se justificava com base no ponto 12 da Recomendação 2009/396, a qual permitia às ARN com recursos reduzidos aplicar, em certas condições, uma metodologia alternativa.

69. As considerações relativas ao direito nacional são claramente mais identificáveis. Porém, tomar como base, como parece contemplar o órgão jurisdicional de reenvio, apenas tais considerações para afastar o modelo de cálculo de custos «CALP puro» aplicado pela ACM no presente processo deixa-me perplexo, atendendo ao contexto jurídico deste.

70. Se bem entendo o raciocínio concebido pelo órgão jurisdicional de reenvio, este último deduz do artigo 6a.2, n.º 3, e do artigo 6a.7, n.º 2, da Lei sobre as telecomunicações — que autorizam, em substância, a ACM a impor uma obrigação tarifária sob a forma de uma orientação dos preços em função dos custos, quando tal obrigação se baseie na natureza do problema constatado e for proporcionada e justificada à luz dos objetivos do artigo 1.3 da mesma lei — que não pode ser imposta uma forma de regulamentação tarifária (a saber, a baseada no modelo «CALP puro») que vá além de uma regulamentação dos preços que pode já ser considerada orientada em função dos custos (subentendendo-se a baseada no «CALP mais»).

71. Abstraindo das apreciações de valor relativas aos dois modelos de cálculo dos custos, importa salientar, como o Governo neerlandês igualmente observou na audiência, que as disposições do direito interno a que o órgão jurisdicional de reenvio se refere transpõem, frequentemente em termos idênticos, as da diretiva–quadro e da diretiva acesso. Assim, segundo o próprio órgão jurisdicional de reenvio, o artigo 1.3 da Lei sobre as telecomunicações transpõe o artigo 8.º da diretiva–quadro, fixando os objetivos gerais do quadro regulamentar dos serviços de comunicações eletrónicas para os quais as ARN devem contribuir. Além disso, o artigo 6a.2, n.º 3, desta lei reproduz o artigo 8.º, n.º 4, da diretiva acesso, nomeadamente quanto à necessidade de as ARN imporem obrigações regulamentares *ex ante* proporcionadas, ao passo que o artigo 6a.7, n.º 2, da Lei sobre as telecomunicações transpõe o artigo 13.º, n.º 1, desta mesma diretiva acesso, em especial quanto à exigência da orientação das tarifas em função dos custos.

72. Nestas condições, e ainda que admita que incumbe ao órgão jurisdicional de reenvio interpretar o seu direito nacional, tenho grande dificuldade em conceber que o direito interno, conforme foi exposto por esse órgão jurisdicional, a saber, conforme decorre do direito da União, exija, pelo seu teor e enquanto tal, o afastamento do modelo de cálculo recomendado pela Comissão que se destina, nomeadamente, a completar e a esclarecer as disposições do artigo 13.º da diretiva acesso quanto ao que deve ser entendido pela imposição de obrigações tarifárias orientadas em função dos custos.

73. É certo que tal não significa, como corretamente salientaram os Governos alemão, finlandês e polaco, que exista apenas um único modelo teórico de cálculo dos custos, suscetível de precisar as exigências de orientação das tarifas em função dos custos, previstas no artigo 13.º, n.º 1, da diretiva acesso.

74. Significa simplesmente que, à luz do contexto do presente processo, não me parece que fundamentos puramente jurídicos de direito interno possam, enquanto tais, exigir o afastamento do modelo de cálculo dos custos preconizado pela Recomendação 2009/396 e aplicado pela ACM na decisão impugnada no órgão jurisdicional de reenvio.

75. Em contrapartida, como foi sustentado, substancialmente, pela Tele 2 Nederland, pela Ziggo, pelo Governo italiano e pela Comissão, e como a T-Mobile Netherlands admitiu, são considerações relativas às circunstâncias factuais do processo principal, em especial as características específicas do mercado neerlandês, que, na minha opinião, seriam suscetíveis de levar o órgão jurisdicional de reenvio a afastar-se do modelo de cálculo aplicado pela ACM com base na Recomendação 2009/396.

76. Devia ser esse, na minha opinião, o conteúdo da resposta a dar à primeira questão prejudicial.

77. Não é possível, todavia, examinar mais pormenorizadamente este aspeto do processo principal. Com efeito, o órgão jurisdicional de reenvio não precisou de modo algum as circunstâncias factuais e/ou específicas do processo principal que poderiam conduzi-lo a afastar-se das apreciações constantes da Recomendação 2009/396 e aplicadas pela ACM na decisão cuja legalidade foi impugnada perante tal órgão.

78. Proponho, portanto, que se responda do seguinte modo à primeira questão prejudicial: o artigo 4.º, n.º 1, da diretiva–quadro deve ser interpretado no sentido de que um órgão jurisdicional nacional, ao qual tenha sido submetido um litígio relativo à legalidade de uma obrigação regulamentar *ex ante*, sob a forma de um limite tarifário orientado em função dos custos imposto por uma ARN no mercado não concorrencial grossista dos serviços de terminação de chamadas fixas e móveis, em aplicação da Recomendação 2009/396/CE, a qual preconiza o modelo de cálculo dos custos «CALP puro» como medida adequada de regulamentação dos preços no referido mercado, pode afastar-se de tal recomendação, adotada em conformidade com o artigo 19.º, n.º 1, da diretiva–quadro, se esse órgão jurisdicional nacional considerar que motivos relacionados com as circunstâncias factuais do processo principal, em especial as características específicas do mercado do Estado-Membro em questão, assim o impõem.

C – *Quanto ao conteúdo da fiscalização jurisdicional e quanto ao nível de prova exigido à ARN relativamente à realização dos objetivos prosseguidos pela diretiva–quadro e pela diretiva acesso*

79. Através da sua segunda questão prejudicial, subdividida em várias subquestões, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, por um lado, se o conteúdo da fiscalização exercida sobre a decisão da ACM pode abranger o exame da proporcionalidade da obrigação tarifária imposta por esta autoridade à luz dos objetivos e dos princípios regulamentares estabelecidos pela diretiva–quadro e pela diretiva acesso, incluindo o exame da circunstância segundo a qual a medida tarifária é imposta num mercado não concorrencial mas que tende a promover o objetivo de favorecer os consumidores finais num mercado concorrencial [segunda questão prejudicial, alíneas b) e d)]. Por outro lado, interroga-se sobre a questão de saber, em primeiro lugar, se a fiscalização que deve exercer sobre a decisão da ACM pode tomar em conta a influência *efetiva* sobre o funcionamento do mercado interno da medida tarifária imposta por essa autoridade e, em segundo lugar, se pode exigir que a ACM prove que a referida medida realiza *efetivamente* três dos objetivos enumerados no artigo 8.º da diretiva–quadro [segunda questão prejudicial, alíneas a) e c)].

80. Quanto à primeira parte da segunda questão, partilho da opinião do conjunto das partes interessadas, segundo a qual incumbe aos órgãos jurisdicionais nacionais fiscalizar a proporcionalidade de uma medida tarifária, como a aplicada pela ACM no processo principal.

81. Como a maioria dessas partes recordou, resulta claramente do artigo 8.º, n.º 4, da diretiva acesso que as obrigações impostas pelas ARN, entre as quais as previstas no artigo 13.º da referida diretiva, relativas à orientação dos preços em função dos custos, devem ser baseadas na natureza do problema constatado, proporcionadas e justificadas à luz dos objetivos enunciados no artigo 8.º da diretiva–quadro [26]. Ora, esta competência das ARN não pode escapar à fiscalização jurisdicional relativa ao «mérito da causa», prevista no artigo 4.º, n.º 1, da diretiva–quadro. Como alegaram, nomeadamente, o governo neerlandês e a Comissão, e como resulta, em especial, do recente acórdão de 17 de setembro de 2015, KPN (C-85/14, EU:C:2015:610, n.os 43, 47 e 49), os órgãos jurisdicionais

26 — V. igualmente, neste sentido, acórdão de 19 de junho de 2014, TDC (C-556/12, EU:C:2014:2009, n.º 44).

nacionais devem, portanto, assegurar que as ARN respeitam todas as exigências decorrentes dos artigos 8.° e 13.° da diretiva acesso, aí se incluindo a missão de verificar se a obrigação tarifária imposta por uma ARN é proporcionada e justificada à luz dos objetivos enunciados no artigo 8.º da diretiva–quadro [27].

82. O facto de tal medida tarifária ser baseada numa recomendação da Comissão, como a Recomendação 2009/396, não altera esta análise. Por outras palavras, a mera existência de tal recomendação não priva o órgão jurisdicional nacional da sua competência para fiscalizar a proporcionalidade de uma medida tarifária adotada por uma ARN relativamente aos objetivos enunciados no artigo 8.º da diretiva–quadro.

83. Todavia, como já indiquei, tal recomendação deve ser devidamente tomada em conta pelo órgão jurisdicional nacional. O modelo «CALP puro» preconizado por esta recomendação, cuja validade não foi posta em causa, e no qual a ACM baseou a sua análise e a sua decisão, goza, na minha opinião, de uma presunção de proporcionalidade à luz dos objetivos enunciados no artigo 8.º da diretiva–quadro.

84. Neste contexto, considero que o exame da proporcionalidade da medida tarifária relativamente aos objetivos enunciados no artigo 8.º da diretiva–quadro deveria conduzir o órgão jurisdicional nacional, em aplicação das regras nacionais relativas às modalidades processuais dos recursos jurisdicionais, incluindo as relativas ao ónus da prova, a verificar, por um lado, se as recorrentes no processo principal apresentaram elementos de prova suficientes suscetíveis de ilidirem a presunção acima referida na situação do processo principal, atendendo, sendo caso disso, às características particulares do mercado neerlandês e, por outro, se as explicações fornecidas pela ACM para afastar a aplicação do modelo «CALP mais», conforme foi requerido pelas recorrentes no processo principal, são suficientemente fundamentadas.

85. Por outro lado, as disposições da diretiva–quadro e da diretiva acesso não se opõem a que o órgão jurisdicional nacional examine, no contexto da fiscalização da proporcionalidade da medida tarifária adotada pela ACM, a circunstância de esta medida ter sido imposta no mercado (não concorrencial) grossista dos serviços de terminação de chamadas fixas e móveis, mas que tende a promover o objetivo de favorecer os utilizadores finais e os consumidores no ou nos mercados a jusante, abertos à concorrência.

86. Importa recordar, a este respeito, que, por força do artigo 8.º, n.º 2, alínea a), e do artigo 4.º da diretiva–quadro, as ARN devem, ao promover a concorrência, assegurar que os utilizadores obtenham o máximo benefício em termos, nomeadamente, de preço e defender os interesses dos cidadãos da União, ao passo que, nos termos do artigo 13.º, n.º 2, da diretiva acesso, estas mesmas ARN, quando impõem mecanismos de amortização de custos, devem igualmente assegurar a otimização dos benefícios para o consumidor. Daqui decorre, como indicaram, com razão, o Governo neerlandês e a Comissão nas suas observações escritas, que as ARN devem tomar em conta os interesses de todos os utilizadores finais, independentemente do mercado em que as obrigações *ex ante* são impostas. Tal apreciação dos interesses dos utilizadores finais e dos consumidores por parte das ARN não escapa à fiscalização jurisdicional.

87. Além disso, na medida em que, por definição, os utilizadores finais e os consumidores não estão presentes no mercado grossista dos serviços de terminação de chamadas fixas e móveis, é essencial que os seus interesses possam ser tomados em consideração e avaliados no contexto do exame dos efeitos que a medida tarifária imposta pela ARN no mercado grossista visa alcançar no mercado retalhista.

27 — V. igualmente, quanto ao convite que o Tribunal de Justiça fez a um órgão jurisdicional nacional no sentido de apreciar a proporcionalidade da obrigação, imposta por uma ARN a um operador com um poder de mercado significativo, de instalar uma ligação especial entre o ponto de distribuição de uma rede de acesso e o ponto de terminação de rede no domicílio do utilizador final, acórdão de 19 de junho de 2014, TDC (C-556/12, EU:C:2014:2009, n.º 47).

88. Examinando a questão submetida sob uma perspetiva diferente, as recorrentes no processo principal alegaram, em substância, nas suas observações escritas, que uma ARN, como a ACM, não tem competência para fixar obrigações *ex ante* num mercado concorrencial, como o mercado retalhista da terminação de chamadas fixas e móveis, que seria, todavia, o resultado a que levaria a aplicação do modelo «CALP puro».

89. É certo que o artigo 16.º, n.º 3, da diretiva–quadro proíbe as ARN de impor ou manter qualquer das obrigações tarifárias previstas no artigo 8.º da diretiva acesso quando concluírem que um mercado é efetivamente concorrencial. Uma ARN não poderia, portanto, impor uma obrigação tarifária *ex ante* num mercado aberto à concorrência, a jusante do mercado grossista de terminação de chamadas fixas e móveis.

90. Como a Comissão, nomeadamente, admite nas suas observações escritas, a imposição de um método tarifário em função dos custos, baseado no modelo «CALP puro», obsta a que os operados em questão recuperem os custos inevitáveis no mercado (não concorrencial) grossista de terminação de chamadas fixas e móveis. Salienta também que a aplicação de tal método baseado nesse modelo não impede, todavia, os operadores em causa de recuperarem tais custos noutros mercados abertos à concorrência, o que, na sua opinião, é mais adequado, tanto do ponto de vista da concorrência como do dos consumidores finais.

91. Por outras palavras, um método tarifário baseado no modelo «CALP puro» não visa impor obrigações tarifárias *ex ante* nos mercados concorrenciais. Como a Comissão confirmou na audiência, os operadores em causa continuam livres, portanto, de recuperar, no todo ou em parte, os seus custos inevitáveis no mercado em alguns ou vários desses mercados, em função, nomeadamente, da sua estratégia comercial e/ou de uma avaliação económica mais correta desses custos em tais mercados.

92. Quanto à segunda parte da segunda questão prejudicial, ou seja, a questão de saber se o órgão jurisdicional de reenvio pode tomar em conta, no âmbito da fiscalização da decisão da ACM, a influência *efetiva* sobre o funcionamento do mercado interno da medida tarifária imposta por esta autoridade e se pode exigir que ACM prove que tal medida realiza *efetivamente* três dos objetivos enumerados no artigo 8.º da diretiva–quadro, considero que se deve responder em sentido negativo.

93. Com efeito, há que recordar que o artigo 8.º da diretiva–quadro prevê que as ARN, no desempenho das suas funções de regulação especificadas nessa diretiva bem como, nomeadamente, na diretiva acesso, devem tomar todas as medidas razoáveis (e proporcionadas) *para* realizar os objetivos fixados nesse artigo, que consistem em *promover* a concorrência na oferta de redes e serviços de comunicações eletrónicas, em *contribuir* para o desenvolvimento do mercado interno e em *defender* os interesses dos cidadãos da União [28].

94. Para realizarem os objetivos expostos no artigo 8.º da diretiva–quadro, o artigo 5.º, n.º 1, da diretiva acesso precisa que as ARN devem, nomeadamente, exercer a sua responsabilidade *de modo a promover* a eficiência, a concorrência sustentável, o investimento eficaz e a inovação, *e a proporcionar* o máximo benefício aos utilizadores finais [29].

95. As obrigações *ex ante* que as ARN podem impor, entre as quais as obrigações de natureza tarifária como as do processo principal, devem, portanto, *visar* a realização dos objetivos enunciados no artigo 8.º da diretiva–quadro.

28 — V., neste sentido, acórdão de 19 de junho de 2014, TDC (C-556/12, EU:C:2014:2009, n.º 39) (o sublinhado é meu).

29 — V. acórdão do 19 de junho de 2014, TDC (C-556/12, EU:C:2014:2009, n.º 40) (o sublinhado é meu).

96. Em contrapartida, não se pode, em minha opinião, exigir que uma ARN demonstre que tais obrigações alcançam realmente esses objetivos ou que o órgão jurisdicional nacional verifique a legalidade de tais obrigações em função da influência efetiva que exercem sobre o funcionamento do mercado interno [30].

97. Como foi salientado, nomeadamente, pela Ziggo e pelo Governo neerlandês, fazer recair tal ónus de prova sobre uma ARN ignoraria a circunstância de a adoção de obrigações regulamentares *ex ante* assentar numa análise prospetiva da evolução do mercado, que toma como referência, para sanar os problemas de concorrência constatados, o comportamento e/ou os custos de um operador eficaz. Trata-se, portanto, de medidas direcionadas para o futuro relativamente às quais, por definição, não se pode exigir a prova de que realizam efetivamente os objetivos enunciados no artigo 8.º da diretiva–quadro. Se uma ARN devesse ser obrigada a apresentar tal prova, partilharia, então, da opinião da Comissão, segundo a qual a efetividade das disposições da diretiva–quadro e da diretiva acesso seria afetada. Com efeito, tal hipótese levaria a exigir a uma ARN a demonstração de uma prova impossível ou excessivamente difícil de apresentar.

VI – Conclusão

98. À luz das considerações anteriores, proponho ao Tribunal de Justiça que responda do seguinte modo às questões submetidas pelo College van Beroep voor het bedrijfsleven (Tribunal de Recurso do Contencioso Administrativo em Matéria Económica, Países Baixos):

1) O artigo 4.º, n.º 1, da Diretiva 2002/21/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de março de 2002, relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações eletrónicas, com a redação que lhe foi dada pela Diretiva 2009/140/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro de 2009, deve ser interpretado no sentido de que um órgão jurisdicional nacional, ao qual tenha sido submetido um litígio relativo à legalidade de uma obrigação regulamentar *ex ante*, sob a forma de um limite tarifário orientado em função dos custos imposto por uma autoridade reguladora nacional no mercado não concorrencial grossista dos serviços de terminação de chamadas fixas e móveis, em aplicação da Recomendação 2009/396/CE da Comissão, de 7 de maio de 2009, sobre o tratamento regulamentar das tarifas da terminação de chamadas em redes fixas e móveis na UE, a qual preconiza um modelo de cálculo dos custos dito «Custos adicionais de longo prazo (CALP) puro» como medida adequada de regulamentação dos preços no referido mercado, pode afastar-se de tal Recomendação, adotada em conformidade com o artigo 19.º, n.º 1, da diretiva–quadro, conforme alterada, se esse órgão jurisdicional nacional considerar que motivos relacionados com as circunstâncias factuais do processo principal, em especial as características específicas do mercado do Estado-Membro em questão, assim o impõem.

2) No âmbito da fiscalização jurisdicional de uma obrigação regulamentar *ex ante* de natureza tarifária, orientada em função dos custos, como a imposta pela autoridade reguladora nacional no processo principal, um órgão jurisdicional de reenvio pode examinar a proporcionalidade dessa obrigação à luz dos objetivos políticos e dos princípios regulamentares estabelecidos no artigo 8.º da Diretiva 2002/21, conforme alterada pela Diretiva 2009/14, e no artigo 13.º da Diretiva 2002/19/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de março de 2002, relativa ao acesso e interligação de redes de comunicações eletrónicas e recursos conexos (diretiva «acesso»), com a

30 — Para todos os efeitos úteis, recordo que, no contexto da interpretação da expressão «afetar o comércio entre os Estados-Membros», prevista no artigo 7.º, n.º 3, alínea b), da diretiva–quadro, o Tribunal de Justiça declarou que uma medida adotada por uma ARN é abrangida por tal expressão se for suscetível de exercer uma influência direta ou indireta, efetiva ou *potencial*, sobre tal comércio: v., neste sentido, acórdãos de 16 de abril de 2005, Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej e Telefonia Dialog (C-3/14, EU:C:2015:232, n.º 59), e de 14 de janeiro de 2016, Vodafone (C-395/14, EU:C:2016:9, n.º 55) (o sublinhado é meu). No n.º 56 deste último acórdão, o Tribunal de Justiça precisou que resultava das apreciações e das observações que lhe tinham sido apresentadas que os preços de terminação móvel têm impacto sobre os preços que os utilizadores de outros Estados-Membros devem pagar quando telefonam a clientes do operador em causa num determinado Estado-Membro, sendo esses preços repercutidos sobre os preços das chamadas do utilizador final.

redação que lhe foi dada pela Diretiva 2009/140. A apreciação da proporcionalidade da obrigação regulamentar *ex ante* em questão pode tomar em conta os objetivos de promoção dos interesses dos utilizadores finais e dos consumidores nos mercados retalhistas, abertos à concorrência, que se situam a jusante do mercado grossista dos serviços de terminação de chamadas fixas e móveis em que tal obrigação foi imposta.

3) No âmbito da apreciação da proporcionalidade de uma obrigação regulamentar *ex ante* de natureza tarifária, orientada em função dos custos, como a imposta pela autoridade reguladora nacional no processo principal, não se pode exigir que esta autoridade demonstre em que medida tal obrigação regulamentar *ex ante* alcança realmente os objetivos enunciados no artigo 8.º da Diretiva 2002/21, conforme alterada pela Diretiva 2009/14, e/ou influencia efetivamente o funcionamento do mercado interno.