CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
apresentadas em 10 de Junho de 2008 [1]

I — Introdução

1. Na presente acção, intentada ao abrigo do artigo 226.º CE, a Comissão das Comunidades Europeias pede que o Tribunal de Justiça declare que a República da Polónia não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força dos artigos 4.º, n.º 1, e 5.º, n.º 1, primeiro parágrafo, da Directiva 2002/19/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março de 2002, relativa ao acesso e interligação de redes de comunicações electrónicas e recursos conexos (directiva acesso) (a seguir «directiva acesso» ou «Directiva 2002/19») [2].

2. A inadequada transposição das normas comunitárias, que a Comissão imputa à República da Polónia, exige que se verifiquem as exíguas faculdades de ingerência que, nos mercados liberalizados como o das telecomunicações, cabem ao poder público.

3. O Estado demandado, longe de mostrar uma atitude neutra, quando integra a Directiva 2002/19 no seu ordenamento jurídico, intervém para incentivar o processo de abertura, impondo *ex lege* a todos os operadores a negociação do acesso à rede, sem condicionar essa obrigação ao diagnóstico prévio da concorrência.

4. A análise dos problemas suscitados pela acção e o esboço de uma resposta ponderada assumem certa complexidade, dado que a legislação polaca não cria obstáculos aos acordos entre empresas [3], exigindo, pelo contrário, que se tente alcançá-los.

5. Além disso, se não for alcançado o resultado pretendido, permite à autoridade nacional competente adoptar uma decisão

1 — Língua original: espanhol.

2 — JO L 108, p. 7.

3 — O artigo 3.º da Directiva 2002/19 obriga os Estados a garantir que não se verifiquem restrições que impeçam as empresas de negociar entre si acordos sobre modalidades técnicas e comerciais de acesso e/ou interligação, no respeito do direito comunitário.

vinculativa que substituirá o contrato, o que parece compatível com os pressupostos do liberalismo clássico da mais pura estirpe [4].

6. Portanto, cumpre evitar qualquer confusão e, depois da frieza conceptual necessária, desenterrar o tesouro da solução que o emaranhado normativo comunitário esconde [5].

II — Quadro jurídico

A — *Direito comunitário*

1. «Princípio de cooperação leal»

7. Nos termos do artigo 10.º CE, «[o]s Estados-Membros tomarão todas as medidas gerais ou especiais capazes de assegurar o cumprimento das obrigações decorrentes do presente Tratado ou resultantes de actos das instituições da Comunidade», facilitando «à Comunidade o cumprimento da sua missão». Além disso, «abster-se-ão de tomar quaisquer medidas susceptíveis de pôr em perigo a realização dos objectivos» da União.

4 — O *slogan* económico «laissez faire, laissez passer», popularizado pelas teorias económicas de Adam Smith, constituía uma nítida declaração de ideias.

5 — Como acontece no presente caso, o carácter óbvio do problema não implica sempre um desfecho fácil, pois, como escreve Quevedo y Villegas, F. — «El mundo por de dentro», *Los Sueños*, Ed. Espasa Calpe, Madrid, 2002, colecção Biblioteca Austral, n.º 20, p. 187, alertando alegoricamente sobre a hipocrisia humana, «não é filósofo o que sabe onde está o tesouro, mas o que trabalha e o obtém. Nem mesmo o é inteiramente esse, mas o que, depois de o possuir, o usa bem».

2. Directiva 2002/19

8. Este diploma integra-se no denominado «novo quadro regulamentar» [6], aprovado em 7 de Março de 2002 e publicado em 24 de Abril seguinte [7].

9. Compassada pelo metrónomo que representa a denominada directiva-quadro [8], a Directiva 2002/19 visa a harmonização do acesso e da interligação para compatibilizar os fornecimentos das redes e dos serviços com os princípios do mercado interno.

6 — Com esta expressão, nas conclusões apresentadas em 28 de Junho de 2007 no processo Deutsche Telekom, que culminou no acórdão de 22 de Novembro de 2007 (C-262/06, Colect., p. I-10057), menciono quatro directivas do Parlamento Europeu e do Conselho: a Directiva 2002/19, já referida; a Directiva 2002/20/CE, relativa à autorização de redes e serviços de comunicações electrónicas (directiva autorização); a Directiva 2002/21/CE, relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações electrónicas (directiva-quadro) (a seguir «directiva-quadro» ou «Directiva 2002/21»); e a Directiva 2002/22/CE, relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações electrónicas (directiva serviço universal).

7 — JO L 108, pp. 7, 21, 33 e 51.

8 — Referida na nota 6, onde se explica essa denominação.

10. O direito comunitário das telecomunicações evoluiu em dois domínios que, ainda que estreitamente ligados, se distinguem facilmente em função dos destinatários.

11. Assim, juntamente com a ordenação dos operadores, na qual emergem entrelaçadas as regras da interligação e da concorrência, há outro domínio, mais difuso, que regula os direitos dos utilizadores segundo o lema da liberalização do sector e da garantia do serviço universal, adquirindo uma dimensão profunda ao projectar-se sobre as liberdades fundamentais dos cidadãos [9].

12. Parece evidente que a presente acção se insere inquestionavelmente no primeiro desses domínios.

13. Nos termos do artigo 4.º, n.º 1, da directiva acesso:

«Os operadores das redes de comunicações públicas têm o direito e, quando solicitados por outras empresas autorizadas para o efeito, a obrigação, de negociar a interligação entre si com vista à prestação dos serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público, de modo a garantir a oferta e interoperabilidade de serviços em toda a Comunidade. Os operadores oferecerão o acesso e a interligação a outras empresas nos termos e nas condições compatíveis com as obrigações impostas pela autoridade reguladora nacional nos termos dos artigos 5.º, 6.º, 7.º e 8.º»

14. O seu artigo 5.º, n.º 1, primeiro parágrafo, dispõe que as autoridades reguladoras nacionais devem, agindo em conformidade com os objectivos estabelecidos no artigo 8.º da Directiva 2002/21, incentivar e, sempre que oportuno, garantir, em conformidade com as disposições da presente directiva, o acesso e a interligação adequados, bem como a interoperabilidade de serviços, exercendo a sua responsabilidade de modo a promover a eficiência e a concorrência sustentável e a proporcionar o máximo benefício aos utilizadores finais.

Em especial, e sem prejuízo das medidas que possam ser tomadas em relação às empresas que detenham poder de mercado significativo

9 — Pode-se pensar, por exemplo, na protecção dos dados pessoais ou no respeito da vida privada na Internet.

nos termos do artigo 8.º, as autoridades reguladoras nacionais devem ter a possibilidade de:

a) Na medida do necessário para garantir a ligação de extremo-a-extremo, impor obrigações às empresas que controlam o acesso aos utilizadores finais, incluindo, em casos justificados, a obrigação de interligarem as suas redes quando ainda não estiverem interligadas;

b) Na medida do necessário para garantir a acessibilidade dos utilizadores finais aos serviços de radiodifusão digital de rádio e televisão especificados pelo Estado-Membro, impor aos operadores a obrigação de oferecerem acesso aos outros recursos mencionados no anexo I, parte II, em condições justas, razoáveis e não discriminatórias.

15. Embora o artigo 18.º da directiva acesso tenha fixado o dia 24 de Julho de 2003 como data-limite para os Estados-Membros aprovarem e publicarem as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para darem cumprimento às suas disposições, o acto de adesão da República da Polónia [10] alargou o prazo de transposição até 30 de Abril de 2004.

B — *Lei polaca reguladora das telecomunicações*

16. Segundo o artigo 26.º da Lei polaca das telecomunicações [11], todos os operadores das redes públicas de comunicações, a pedido de uma empresa ou de uma das entidades enumeradas no artigo 4.º, n.os 1, 2, 4, 5, 7 e 8, são obrigados a negociar um contrato de acesso para abranger os serviços de telecomunicações destinados ao público e potenciar a sua interoperabilidade.

17. Para evitar atitudes displicentes, o artigo 27.º, n.º 1, permite ao presidente da Urzad Komunikacji Electronicznej (autoridade das comunicações electrónicas, a seguir «UKE») que estabeleça o prazo do processo para a celebração de acordos, o qual não pode ser superior a 90 dias, a contar do referido pedido de celebração de um contrato de acesso.

10 — Acto relativo às condições de adesão da República Checa, da República da Estónia, da República de Chipre, da República da Letónia, da República da Lituânia, da República da Hungria, da República de Malta, da República da Polónia, da República da Eslovénia e da República Eslovaca e às adaptações dos Tratados em que se funda a União Europeia (JO 2003, L 236, p. 987).

11 — Lei de 16 de Julho de 2004 (Dz. U. 2004, n.º 171, p. 1800).

18. Se não forem entabuladas negociações, se o pedido de entrada na rede de telecomunicações for indeferido ou se decorrer o período máximo previsto, qualquer uma das partes pode pedir ao presidente da UKE que se pronuncie sobre o processo pendente ou defina os termos da colaboração (artigo 27.º, n.º 2), incorporando no seu pedido uma proposta de contrato de acesso, com a indicação das diferentes posições e das cláusulas relativamente às quais existiu desacordo (artigo 27.º, n.º 3).

19. Ao decidir, o presidente da UKE deve ponderar o interesse dos utilizadores, as obrigações impostas às empresas, a promoção dos serviços de telecomunicações modernos, a natureza dos temas debatidos, a viabilidade prática das propostas e as soluções alternativas, com especial atenção para os aspectos técnicos e económicos do acesso [12]; do mesmo modo, há que reforçar o cuidado em manter a integridade e a interligação dos serviços, garantindo quer a inexistência de condições discriminatórias quer o desenvolvimento da concorrência [13].

20. A posição dominante de uma empresa no âmbito das redes interligadas, o interesse público, incluída a protecção do meio ambiente, e a continuidade do serviço universal constituem também pautas da arbitragem obrigatória [14] a que o presidente da UKE responde [15].

21. No que respeita à variação do acesso assim adoptado, o artigo 28.º, n.º 5, da Lei das telecomunicações refere que, se os interessados chegarem a acordo, a decisão administrativa extingue-se de pleno direito em tudo o que esteja abrangido pelo acordo [16], embora o presidente da UKE disponha de competência para alterá-la, a pedido de uma parte ou oficiosamente, quando a protecção dos consumidores, uma concorrência eficaz ou a interligação dos serviços o justifiquem [17].

22. Paralelamente, por razões idênticas, o artigo 29.º habilita o presidente da UKE a rectificar oficiosamente, não já a sua própria

12 — Artigo 28.º, n.º 1, pontos 1, 2, 3 e 4.
13 — Artigo 28.º, n.º 1, ponto 5.
14 — Sobre esta denominação, Bellodi L. — *Telecomunicazioni e concorrenza nel diritto comunitario,* Ed. Scientifica, Nápoles, 1999, p. 209.
15 — Artigo 28.º, n.º 1, pontos 6, 7 e 8.
16 — Artigo 28.º, n.º 5.
17 — Artigo 28.º, n.º 6.

resolução, mas o texto de um contrato de acesso, ou a pedir às partes que o revejam [18].

23. Além disso, o artigo 45.º da Lei polaca das telecomunicações permite que o presidente da UKE imponha a uma empresa, que controle o acesso aos utilizadores finais, as obrigações regulamentares indispensáveis que garantem as suas comunicações com os que dispõem dos serviços de outro operador, incluindo o dever de interligação, sempre que surjam como soluções proporcionadas e adequadas ao problema suscitado.

III — Fase pré-contenciosa, posição das partes e processo no Tribunal de Justiça

24. Em 21 de Março de 2005, a Comissão manifestou as suas dúvidas ao Estado-Membro demandado quanto à compatibilidade da Lei das telecomunicações, de 2004, com os artigos 4.º, n.º 1, e 5.º, n.º 1, primeiro parágrafo, da directiva acesso.

25. Na sua resposta de 25 de Maio de 2005, o Governo polaco reiterou a correcção jurídica das disposições referidas, defendeu o alargamento da obrigação de negociar para reduzir os custos de construção de novas infra-estruturas a cargo dos operadores independentes e reconheceu que o disposto no artigo 5.º, n.º 1, primeiro parágrafo, da directiva acesso foi indirectamente transposto.

26. Discordando destas explicações, em 4 de Julho de 2006, a Comissão dirigiu ao Estado-Membro um parecer fundamentado; em 4 de Setembro de 2006, a Polónia impugnou o referido parecer, alegando que, embora a directiva acesso não preveja *expressis verbis* que a lei institua o dever de negociar os contratos de acesso, esse dever favorece uma concorrência duradoura e promove a interligação em defesa do consumidor, pelo que se baseia no artigo 5.º, n.º 1, primeiro parágrafo, da directiva acesso, norma programática que atribui um prazo às autoridades regulamentares para alcançar o acesso e as interligações da rede.

27. Em 8 de Maio de 2007, a Comissão, ao abrigo do segundo parágrafo do artigo 226.º CE, intentou a presente acção, na pendência da qual a instituição demandante e o Estado demandado reafirmaram as respectivas posições.

18 — Sem prejuízo da remissão do artigo 30.º da lei para o processo administrativo descrito para a alteração dos contratos de acesso.

28. Decorrido o prazo para requerer a realização de audiência sem que qualquer das partes o tivesse feito, depois da reunião geral de 6 de Maio de 2008, o processo ficou pronto para a apresentação das presentes conclusões.

IV — Análise dos incumprimentos alegados

A — *Apresentação*

29. Desde o início da liberalização das telecomunicações que a Comissão não escondeu a sua inquietude quanto ao acesso aos recursos essenciais e combateu situações de exploração abusiva pelas empresas que, dispondo em exclusividade dos activos necessários para operar, os negam a um concorrente.

30. A assunção do credo liberal implicou também uma abertura dos mecanismos de entrada no mercado e, para não deixar na penumbra um regime flexível de acesso, o direito comunitário impulsionou uma transformação da sua concepção tradicional.

31. Mas a mera aplicação da liberdade de comércio não permitia consagrar uma concorrência leal; o monopólio de facto do antigo operador público e os direitos de que tinha gozado durante longo tempo, juntamente com o seu profundo conhecimento do mercado e o lugar privilegiado que ocupava, impunham que se promovesse o aparecimento de outras empresas, introduzindo medidas de acompanhamento em seu benefício.

32. A doutrina das «essential facilities» [19] reflecte-se na Comunicação da Comissão sobre a aplicação das regras da concorrência aos acordos de acesso no sector das telecomunicações (a seguir «comunicação de acesso») [20], que procura fomentar a integração dos novos operadores, com iguais prerrogativas, nas infra-estruturas e nas redes de telecomunicações existentes, que, na maioria dos casos, são propriedade dos anteriores monopolistas.

33. Para esse efeito, exige-se, cumulativamente, que uma infra-estrutura seja considerada «essencial», no sentido de que seja

19 — Doherty, B. — *Just what are essential facilities?*, CMLR, 2001, pp. 397 a 436, e Richer, L. — *Le droit à la paresse? Essential Facilities, version française,* Ed. Dalloz, 1999, n.º 44, p. 523.

20 — JO 1998, C 265, p. 2.

irrenunciável para concorrer com quem a controla e não possa ser reproduzida de forma razoável, e que, embora seja susceptível de ser entregue a outra empresa, lhe seja vedado o acesso ou lhe sejam impostas limitações que esta não possa assumir [21].

34. O Tribunal de Justiça admitiu, num contexto diferente do das telecomunicações, que, se a infra-estrutura for considerada «essencial», o proprietário se obriga a acordar com outras empresas a sua utilização, sempre que a sua actividade necessite do acesso à instalação; não obstante, mitigou esta ideia com uma série de condições de rigorosa apreciação, destinadas a evitar os atropelos de uma posição dominante (artigo 82.º CE) [22].

35. Os acordos traduzem-se em instrumentos privilegiados para alcançar uma concorrência sem entraves, pelo que a Comissão se reservou o poder de dirimir os conflitos de nível comunitário [23], tendo confiado ao órgão jurisdicional nacional os desprovidos desta importância.

36. O quinto considerando da Directiva 2002/19 afasta, num mercado aberto e concorrencial, as restrições que impeçam as empresas de negociar, especialmente em relação a acordos transfronteiriços, e exige, *em princípio* [24], uma negociação de boa fé, numa base comercial.

37. No entanto, qualquer intervenção estatal neste sector prende-se com a salvaguarda de diversos interesses públicos, como a promoção do desenvolvimento, o desdobramento das redes e, inclusivamente, a coesão territorial, económica e social.

38. Por conseguinte, não há que restringir sem fundamento a economia de mercado, pois o seu adiamento, sempre de acordo com o respeito dos princípios da idoneidade e da proporcionalidade, só é aceitável em função das metas prosseguidas pelo direito comunitário.

21 — Grande parte destas limitações, construídas pela jurisprudência norte-americana, é perceptível no n.º 91 da comunicação de acesso.

22 — O acórdão de 26 de Novembro de 1998, Bronner (C-7/97, Colect., p. I-7791), analisou a jurisprudência anterior (acórdãos de 6 de Março de 1974, Commercial Solvents/Comissão, 6/73 e 7/73, Colect., p. 119; de 3 de Outubro de 1985, CBEM, 311/84, Recueil, p. 3261; e de 6 de Abril de 1995, RTE e ITP/Comissão, C-241/91 P e C-242/91 P, Colect., p. I-743) e declarou que o dono do único sistema de distribuição domiciliária de jornais à escala nacional não incorre num abuso de posição dominante quando recusa a distribuição a outro editor, caso haja outras modalidades alternativas, como a distribuição por via postal e a venda nas lojas e quiosques, sem que, além disso, existam obstáculos técnicos, regulamentares ou mesmo económicos que sejam de natureza a tornar impossível, ou mesmo a dificultar aos concorrentes o seu próprio sistema de distribuição.

23 — N.º 26 da comunicação de acesso.

24 — O sublinhado é meu.

39. Assim, o décimo nono considerando da Directiva 2002/19 refere que «[a] obrigatoriedade de concessão de acesso à infra-estrutura de rede poderá justificar-se como um meio para aumentar a concorrência, mas as autoridades reguladoras nacionais devem equilibrar os direitos que o proprietário da infra-estrutura, tem de proceder à exploração desta em seu próprio benefício e os direitos de outros prestadores de serviços, de acederem a recursos que são essenciais para a oferta de serviços concorrentes […]».

40. Neste contexto, a Comissão imputa à República da Polónia um duplo incumprimento relativamente à Directiva 2002/19: por um lado, critica que a sua lei regule os poderes da autoridade nacional de regulamentação, recorrendo à negociação obrigatória, por outro, acusa-a da falta de habilitação para a prossecução de certos objectivos.

B — *Quanto ao primeiro fundamento*

41. A Comissão denuncia uma limitação excessiva na transposição do artigo 4.º, n.º 1, da Directiva 2002/19, porque a Polónia: 1) impõe, por lei, às empresas a obrigação de celebrarem acordos, o que a directiva prevê como uma medida específica de correcção de uma situação anómala, à qual está exclusivamente vinculada a autoridade nacional de regulamentação; 2) não considera as circunstâncias existentes no sector e não discrimina entre operadores em função da sua influência; e 3) confunde a obrigação de decidir sobre a interligação, pretendida pela directiva, com a realização de um contrato de acesso.

42. No actual panorama das telecomunicações na Europa, as obrigações *ex ante* só são legitimadas quando o mercado o requer, perante riscos sérios para a livre concorrência.

43. A directiva acesso acolhe o desafio e confessa sem rodeios, no décimo terceiro considerando, que «[…] [o] objectivo é uma redução *ex-ante* progressiva das regras específicas do sector, à medida que se desenvolve a concorrência […]», mas não estranha essa possibilidade quando o futuro das novas tecnologias der origem a um estrangulamento que imponha a sua aplicação, por exemplo, no âmbito das redes de acesso de banda larga.

44. O vigésimo sétimo considerando da directiva-quadro esclarece que não existe concorrência efectiva em mercados em que uma ou mais empresas actuam com um poder de mercado significativo, quando os mecanismos de direito nacional e comunitário «não sejam suficientes para fazer face ao problema».

45. Tudo evoluiu com os anos, a ponto de a directiva-quadro proclamar que se conseguiram «criar […] as condições para uma concorrência efectiva no sector das telecomunicações» [25].

46. Por isso, empreender a transposição da regulamentação comunitária [26], impondo a celebração de acordos, parece contraditório e implica negar o pressuposto fundamental de que, nesse estádio, a livre concorrência devia imperar como uma realidade inquestionável.

47. Poder-se-ia encontrar uma eventual desculpa no caso de o legislador polaco partir de uma verdadeira ausência de liberdade, face a indícios que falseassem o seu mercado, mas as dúvidas dissipam-se imediatamente, recorrendo à lógica, dado que, se assim fosse, proceder-se-ia à materialização de outra norma jurídica, mas não da directiva acesso, que se integra no «novo quadro regulamentar».

48. O direito comunitário não descura as respostas a certas patologias excepcionais susceptíveis de afectar uma sã concorrência.

49. Porém, para diagnosticar as carências e prescrever o tratamento adequado em cada caso, são necessárias entidades especializadas e imparciais como as autoridades reguladoras nacionais, chamadas a estas funções pela Directiva 2002/19.

50. No plano interno, nos termos do artigo 12.º, n.º 1, cabe às autoridades reguladoras nacionais, e não ao legislador, impor aos operadores a obrigação de dar resposta aos pedidos razoáveis de acesso e utilização de elementos de rede específicos e de recursos conexos.

25 — Primeiro considerando.

26 — Embora o recurso seja relativo à directiva acesso, não pode excluir-se que se inspira na directiva-quadro.

51. Além disso, essa imposição só ocorre nos casos indicados, em *numerus apertus*, na referida disposição, como, por exemplo, quando se considera que a recusa de acesso ou a fixação de condições não razoáveis de efeito equivalente constituam um obstáculo num mercado concorrencial sustentável a nível retalhista.

52. Entre estas correcções, figura a negociação «de boa fé com as empresas que requerem acesso» [artigo 12.º, n.º 1, alínea b), da Directiva 2002/19], com um estudo prévio da sua conveniência e uma avaliação da sua proporcionalidade com os objectivos fixados no artigo 8.º da directiva-quadro (artigo 12.º, n.º 2, da Directiva 2002/19), que a autoridade reguladora nacional deve efectuar com critérios realistas de natureza técnica, económica e de justa tutela [27].

53. O direito comunitário não pretende o automatismo que a República da Polónia imprime através do poder legislativo; pelo contrário, pretende que organismos independentes decidam o que for conveniente em cada ocasião, depois de analisado o mercado [28].

54. A actuação do Estado polaco paralisa assim o dinamismo próprio do sector, em constante transformação pelo contínuo progresso que sofrem as comunicações electrónicas.

55. Perante a possibilidade de a concorrência se desenvolver a ritmos diferentes, consoante os segmentos do mercado e os Estados-Membros, não se pode excluir a possibilidade de retroceder, pelo que as autoridades reguladoras nacionais necessitam de ter a possibilidade de reduzir as obrigações regulamentares nos mercados onde a concorrência esteja a obter os resultados desejados (décimo terceiro considerando da directiva acesso) [29].

27 — O artigo 12.º, n.º 2, refere-se à viabilidade técnica e económica da utilização ou instalação de recursos concorrentes, em função do ritmo de desenvolvimento do mercado, tendo em conta a natureza e o tipo da interligação e do acesso em causa, à viabilidade de oferta do acesso proposto, ao investimento inicial do proprietário dos recursos, à necessidade de salvaguardar a concorrência a longo prazo, bem como aos direitos de propriedade intelectual e à oferta de serviços pan-europeus.

28 — Inclusivamente, o artigo 16.º, n.º 3, da directiva-quadro exige que, caso conclua que o mercado é efectivamente concorrencial, a autoridade reguladora nacional não imponha nem mantenha nenhuma das obrigações referidas no n.º 2 (entre as quais, por remissão, se incluem as do artigo 8.º da directiva acesso).

29 — O artigo 8.º da directiva acesso, ainda que relativamente a obrigações distintas (as previstas nos artigos 9.º a 13.º), prevê que as autoridades reguladoras nacionais tenham a possibilidade de as alterar ou suprimir.

56. A lei polaca contraria essa flexibilização, dado que, ao enunciar essas reservas, provoca uma congelação ao nível da regulação, que impede o organismo regulador independente de travar a intervenção.

57. A directiva acesso sistematiza as obrigações de todos os operadores, respeitando os princípios da transparência e da publicidade [30], mas acentua as relativas às empresas com um «poder de mercado significativo» [31], expressão, em minha opinião, ilustrativa da passagem do monopólio à abertura, que encaixa melhor do que a de «posição dominante» num cenário sem base mercantilista.

58. Embora a dotação da interligação se manifeste com carácter geral, há assimetria nas condições do seu exercício, uma vez que variam consoante a empresa tenha maior ou menor poder, pois, à partida, a sua exigência a uma empresa com poder de mercado significativo não requer uma análise adicional do mercado [32], mas uma justificação em termos de adequação [33].

59. Na realidade, o artigo 8.º da directiva acesso refere-se expressamente ao conceito de «operador com poder de mercado significativo num mercado específico» e é objecto de remissões por outras disposições da directiva.

60. O artigo 4.º subordina a oferta do acesso e da interligação às obrigações impostas pela autoridade reguladora nacional, nos termos do artigo 8.º

61. Também o artigo 12.º, que prevê a negociação de boa fé, encontra a sua densidade normativa no referido artigo 8.º, dado que as exigências das autoridades nacionais de regulação devem seguir as suas orientações.

30 — Saracci, F. — *L'interconnexion, objet du droit communautaire des télécommunications: exemple de régulation (application comparée France-Italie),* Atelier national de reproduction de thèses, 2004, p. 97, sublinha que as telecomunicações são dinamizadas com os princípios clássicos do direito comunitário, como a igualdade e a não discriminação, qualificados pelo Tribunal de Justiça de direitos fundamentais (acórdãos de 19 de Outubro de 1977, Ruckdeschel, 117/76 e 16/77, Recueil, p. 1753, Colect., p. 619, e de 15 de Junho de 1978, Defrenne, 149/77, Colect., p. 463).

31 — O artigo 14.º, n.º 2, da directiva-quadro atribui essa natureza à que, individualmente ou em conjunto com outras, gozar de uma posição equivalente a uma posição dominante, ou seja, de uma posição de força económica que lhe permita agir, em larga medida, independentemente dos concorrentes, dos clientes e, em última análise, dos consumidores.

32 — Que decorre, com carácter geral, do artigo 16.º da Directiva 2002/21.

33 — Décimo quinto considerando da Directiva 2002/19.

62. Esta dualidade de regimes em função da força das empresas não se encontra na lei polaca.

63. Além disso, identificar, ao abrigo do artigo 4.º, n.º 1, da Directiva 2002/19, «acesso» [34] e «interligação» [35] abona, sem paliativos, a tese do incumprimento [36].

64. A interligação decorre na senda das relações entre particulares, aproxima-se de uma instituição de direito privado [37] e pressupõe uma técnica de interacção de redes com traços distintos.

65. Por sua vez, o conceito de acesso tem repercussões jurídicas mais amplas do que a mera conexão de infra-estruturas, pois abrange a disponibilização de uma globalidade de recursos ou serviços e, em definitivo, inclui a «interligação», que é um tipo específico de acesso entre operadores de redes públicas [artigo 2.º, alínea b), *in fine*, da Directiva 2002/19].

66. Neste contexto, a legislação controvertida não respeita as orientações do princípio da intervenção mínima, transposto do princípio da proporcionalidade, de contornos bem delimitados na jurisprudência do Tribunal de Justiça [38], assente na idoneidade, necessidade e equação custos-benefícios.

67. Nada acrescenta a argumentação do Governo polaco sobre a aceitação pacífica da sua legislação pelas empresas de telecomunicações, dado que os particulares não podem manejar a fiel observância do direito comu-

34 — Definido no artigo 2.º, alínea a), da Directiva 2002/19.

35 — Cujo conteúdo é especificado no artigo 2.º, alínea b), da Directiva 2002/19.

36 — Surpreende que a própria Lei polaca das telecomunicações, no artigo 2.º, n.º 6, alínea a), descreva a conexão como mais um elemento do acesso.

37 — Saracci, F., *op. cit.*, p.106, e Strubel, X. — *Breves observations sur la nature juridique du contrat d'interconnexion de réseaux de télécomunications,* Lex Electronica, n.º 4/1998, www.lex-electronica.org.

38 — Entre os pioneiros, parecem-me de destacar os acórdãos de 17 de Dezembro de 1970, Internationale Handelsgesellschaft (11/70, Colect. 1969-1970, p. 625); de 24 de Outubro de 1973, Balkan-Import-Export (5/73, Colect., p. 387); de 28 de Outubro de 1975, Rutili (36/75, Colect., p. 415); de 7 de Julho de 1976, Watson e Belmann (118/75, Colect., p. 465); de 5 de Julho de 1977, Bela Mühle Bergmann (114/76, Recueil, p. 1211, Colect., p. 451); de 20 de Fevereiro de 1979, Buitoni (122/78, Colect., p. 345); de 21 de Junho de 1979, Atalanta Amsterdam (240/78, Recueil, p. 2137); e de 13 de Dezembro de 1979, Hauer (44/79, Recueil, p. 3727).

nitário, do mesmo modo que as simples práticas administrativas, por natureza modificáveis pela Administração e desprovidas de publicidade adequada, não garantem a adaptação correcta de uma directiva [39].

68. São, pois, diferentes os mecanismos estabelecidos pela directiva acesso e os previstos pela Lei polaca das telecomunicações, que se afasta da sua matriz, pois converte a excepção em regra, equipara a possibilidade de a autoridade nacional exortar a negociar a interligação com a generalização da obrigação de celebrar um contrato de acesso e, além disso, perpetua uma ingerência que o órgão regulador não pode suprimir, nem sequer modificar, o que justifica a procedência do primeiro fundamento invocado pela Comissão.

C — *Quanto ao segundo fundamento*

69. A Comissão alega que o artigo 5.º, n.º 1, da directiva acesso impõe que se habilite a autoridade reguladora nacional a intervir, pontualmente, em prol dos objectivos do artigo 8.º da directiva-quadro, mediante a fixação de condições transparentes, proporcionadas e não discriminatórias, faculdades excepcionais de que, em sua opinião, a lei polaca carece.

70. A chave deve, novamente, ser procurada na Directiva 2002/21, cujo artigo 8.º encabeça o capítulo III, dedicado às «Funções das autoridades reguladoras nacionais» [40].

71. Embora concorde com o governo demandado que o artigo 8.º da directiva-quadro exibe uma enorme generalidade, a técnica legislativa, concretamente, a das directivas, assume, por vezes, um elevado grau de abstracção, para atribuir suficiente margem de manobra aos Estados-Membros, preservando assim a sua eficácia.

72. Em qualquer caso, os n.os 2, 3 e 4 do referido artigo 8.º sistematizam, respectivamente, os objectivos de promoção da concorrência nas redes de comunicações electrónicas, desenvolvimento do mercado interno e defesa dos interesses dos cidadãos na União Europeia.

39 — Acórdãos do Tribunal de Justiça de 13 de Março de 1997, Comissão/França (C-197/96, Colect., p. I-1489); de 9 de Março de 2000, Comissão/Itália (C-358/98, Colect., p. I-1255); e de 10 de Março de 2005, Comissão/Reino Unido (C-33/03, Colect., p. I-1865).

40 — O artigo 5.º da Directiva 2002/19 reporta-se aos objectivos do artigo 8.º da Directiva 2002/21.

73. O Tribunal de Justiça, no seu recente acórdão de 31 de Janeiro de 2008 (n.º 81) [41], identificou, no artigo 8.º da directiva-quadro, o mandato para, através das autoridades reguladoras nacionais, se tomarem todas as medidas razoáveis que promovam a concorrência efectiva e sem entraves, o que põe em causa o mero carácter programático que a Polónia insistentemente lhe imputa.

74. Neste contexto, a aplicação uniforme do direito comunitário e o princípio da igualdade determinam que o sentido e o alcance da disposição devem ter aplicação uniforme, sobretudo se não houver remissões expressas para o direito nacional [42].

75. A jurisprudência esclarece que a adaptação do direito interno não exige necessariamente uma transcrição formal e literal da disposição europeia, bastando que o contexto jurídico geral assegure a sua plena aplicação de um modo claro e preciso [43].

76. O argumento de que, no Estado-Membro, não têm lugar actividades incompatíveis com as disposições comunitárias não justifica que a legislação nacional seja preterida [44].

77. Para responder à questão, há que realçar que o artigo 5.º, n.º 1, da directiva acesso inclui a obrigação permanente [45] de as autoridades reguladoras observarem o mercado, para impulsionarem e apoiarem o acesso e a interligação adequados, bem como a operabilidade dos serviços.

78. Portanto, a habilitação, cuja falta a Comissão denuncia, não só deve facilitar os

41 — Acórdão Centro Europa 7 (C-380/05, Colect., p. I-349).

42 — Acórdãos do Tribunal de Justiça de 18 de Janeiro de 1984, Ekro (327/82, Recueil, p. 107); de 19 de Setembro de 2000, Linster (C-287/98, Colect., p. I-6917); e de 18 de Outubro de 2007, Österreichischer Rundfunk (C-195/06, Colect., p. I-8817).

43 — Acórdão do Tribunal de Justiça de 27 de Abril de 1988, Comissão/França (252/85, Colect., p. 2243).

44 — Acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de Março de 1990, Comissão/Países Baixos (C-339/87, Colect., p. I-851).

45 — Neste aspecto, concordo com as alegações do Governo polaco.

eventuais movimentos autónomos das autoridades reguladoras mas também prosseguir uma possibilidade de controlo, o que é ignorado na petição.

79. O artigo 5.º da Directiva 2002/19 introduz, «[e]m especial», uma série de obrigações que as autoridades reguladoras nacionais devem ter a possibilidade de impor para garantir a ligação de extremo-a-extremo e a acessibilidade dos utilizadores finais aos serviços de radiodifusão digital de rádio e televisão (n.º 1, segundo parágrafo).

80. No entanto, não o faz de maneira fechada, mas com a abertura suficiente para as responsabilizar pela sua imposição, em condições de eficiência, pela concorrência sustentável e pelo máximo benefício para os consumidores.

81. Esta tese foi reforçada pelo acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de Dezembro de 2001 [46], que analisou os poderes destas autoridades na Directiva 97/33/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de Junho de 1997, relativa à interligação no sector das telecomunicações com o objectivo de assegurar o serviço universal e a interoperabilidade através da aplicação dos princípios da oferta de rede aberta [47].

82. Esse acórdão [48], que afectou o Reino de Espanha, ofereceu à República da Polónia uma protecção não tão efémera como a que Frédéric Chopin encontrou, junto a George Sand, na Cartuja de Jesús Nazareno de Valldemosa [49], dado que, com base numa espécie de vinculação positiva [50] das Administrações nacionais à directiva interligação, lhes reconheceu um extenso leque de faculdades, de modo que, além de promover acordos negociados entre concorrentes, também estabeleceram *ex ante* [51] o acesso à situação de subscritor e a interligação nas centrais de comutação locais e de nível superior.

46 — Acórdão Telefónica de España (C-79/00, Colect., p. I-10075).

47 — JO L 199, p. 32.

48 — No qual se seguem as conclusões do advogado-geral F. G. Jacobs de 21 de Junho de 2001.

49 — O célebre casal, com os filhos da escritora, instalou-se em Maiorca no Outono de 1838, com a esperança de gozar de um Inverno benigno que atenuasse a tuberculose que afectava o músico polaco, mas as inclemências do tempo e, especificamente, a humidade precipitaram a sua partida, em Fevereiro de 1839, não sem antes avançar na composição dos seus 24 Prelúdios *op.* 28, depois de receber de Paris, resolvidos uns entediantes trâmites aduaneiros, o piano Pleyel que tinha encomendado. George Sand reflectiu num ambiente intimista e romântico as suas experiências na ilha, em *Un hiver à Majorque,* Ed. Cort, 2004.

50 — Susceptível de ser enunciada como «tudo o que a directiva não proíbe é permitido».

51 — Face ao de poder de mercado significativo.

83. Perante estas mudanças, que denotam a indefinição dos poderes das entidades reguladoras, o argumento da Comissão sofre de insuficiência probatória [52] e harmoniza-se mal com a postulada falta de diligência na transposição do artigo 5.º da directiva acesso, visto que, conforme referido, os artigos 26.º a 30.º da Lei polaca das telecomunicações conferem à autoridade reguladora amplas possibilidades de intervenção [53].

84. Além disso, embora esteja de acordo com a recorrente em que estes poderes não devem estar sujeitos à existência de um litígio anterior entre operadores, também não se pode deduzir da directiva acesso uma interdição neste sentido, pois, apesar de os artigos 26.º a 30.º da lei polaca se circunscreverem ao âmbito de um procedimento administrativo, não acontece o mesmo com o seu artigo 45.º, que, decididamente, exorta o presidente da UKE a alcançar as obrigações regulamentares indispensáveis ao cumprimento do disposto no artigo 1.º, n.os 2 e 3, da Lei das telecomunicações, coincidentes com o disposto no artigo 8.º da directiva-quadro.

85. Consequentemente, não considero existir o incumprimento que a Comissão alega através do segundo fundamento, visto que os fins proclamados de forma geral pelo direito comunitário [54] são acolhidos no bloco normativo dos artigos 26.º a 30.º e 45.º da lei nacional controvertida.

V — Quanto às despesas

86. Por força do disposto no artigo 69.º, n.os 2 e 3, do Regulamento de Processo, em caso de procedência parcial da acção, o Tribunal de Justiça pode repartir as despesas entre as partes ou condenar cada uma delas nas suas próprias despesas.

87. A procedência de só um dos fundamentos apresentados pela Comissão contra a República da Polónia aconselha, por razões de equidade, que cada uma das partes suporte as suas próprias despesas.

52 — Numa acção por incumprimento, de conteúdo similar ao dos autos, o acórdão do Tribunal de Justiça de 10 de Janeiro de 2008, Comissão/Finlândia (C-387/06), não considerou que a disposição interna limitasse as faculdades da autoridade reguladora, dado que a Comissão não procedeu à sua análise circunstanciada nem demonstrou que o órgão nacional pudesse adoptar as medidas pertinentes para a realização dos objectivos do artigo 8.º da directiva-quadro.

53 — Abstraindo do excesso em que incorrem, que fundamenta precisamente que seja acolhido o primeiro fundamento do incumprimento.

54 — Tenho que insistir no artigo 5.º da Directiva 2002/19, em relação ao artigo 8.º da Directiva 2002/21.

VI — Conclusão

88. Tendo em conta as considerações precedentes, proponho ao Tribunal de Justiça que:

«1) Declare que a República da Polónia não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 4.º, n.º 1, da Directiva 2002/19/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março de 2002, relativa ao acesso e interligação de redes de comunicações electrónicas e recursos conexos (directiva acesso), ao impor *ex lege* a todos os operadores de telecomunicações a obrigação de celebrarem um contrato de acesso.

2) Julgue a acção improcedente quanto ao resto.

3) Condene cada uma das partes a suportar as suas próprias despesas.»