Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
ANTHONY MICHAEL COLLINS
apresentadas em 9 de junho de 2022 [1]

Processo C-243/21

«TOYA» sp. z o.o.,
Polska Izba Informatyki i Telekomunikacji
contra
Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej,
sendo interveniente:
Polska Izba Komunikacji Elektronicznej

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Sąd Okręgowy w Warszawie (Tribunal Regional, Varsóvia, Polónia)]

«Reenvio prejudicial — Telecomunicações — Diretiva 2014/61/UE — Artigo 3.º — Poderes da autoridade reguladora nacional para impor condições relativas ao acesso a uma infraestrutura física a um operador que não tenha poder de mercado significativo — Inexistência de litígio quanto ao acesso — Artigo 1.º, n.º 3 — Harmonização mínima»

I. Introdução

1. O presente pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Sąd Okręgowy w Warszawie (Tribunal Regional, Varsóvia, Polónia) levanta duas questões de interpretação da Diretiva 2014/61/UE, relativa a medidas destinadas a reduzir o custo da implantação de redes de comunicações eletrónicas de elevado débito [2]. Em primeiro lugar, quando lida à luz da Diretiva 2002/21/CE, relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações eletrónicas (Diretiva-Quadro) [3], e da Diretiva 2002/19/CE, relativa ao acesso e interligação de redes de comunicações eletrónicas e recursos conexos (Diretiva Acesso) [4], a Diretiva 2014/61 opõe-se a que uma autoridade reguladora nacional imponha condições a um fornecedor de redes de comunicações eletrónicas que não tenha poder de mercado significativo (PMS) no mercado relevante? Em segundo lugar, a Diretiva 2014/61 opõe-se a que uma autoridade reguladora nacional imponha condições aos operadores de telecomunicações para permitir o acesso às suas infraestruturas físicas, quando não exista litígio sobre esse acesso?

[1] Língua original: inglês.

[2] Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho de 15 de maio de 2014 (JO 2014, L 155, p. 1).

[3] Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho de 7 de março de 2002 (JO 2002, L 108, p. 33), conforme alterada (a seguir «Diretiva-Quadro»).

[4] Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho de 7 de março de 2002 (JO 2002, L 108, p. 7), conforme alterada (a seguir «Diretiva Acesso»).

II. Quadro jurídico

A. Direito da União

1. Diretiva-Quadro

2. O preâmbulo da Diretiva-Quadro enuncia, nomeadamente, os seguintes objetivos:

«(25) É necessária a fixação de obrigações *ex ante* em determinadas circunstâncias, para garantir o desenvolvimento de um mercado concorrencial. A definição de [PMS] constante da Diretiva 97/33/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de junho de 1997, relativa à interligação no setor das telecomunicações com o objetivo de assegurar o serviço universal e a interoperabilidade através da aplicação dos princípios da oferta de rede aberta (ORA) […] revelou-se eficaz na fase inicial da abertura do mercado enquanto limiar para as obrigações *ex ante*, mas deve agora ser adaptada, para se adequar a mercados mais complexos e dinâmicos. Por esta razão, a definição utilizada na presente diretiva é equivalente ao conceito de posição dominante, tal como definido na jurisprudência do Tribunal de Justiça e do [Tribunal Geral] das Comunidades Europeias.

[…]

(27) É essencial que só sejam impostas obrigações regulamentares *ex ante* nos casos em que não exista concorrência efetiva, ou seja, em mercados em que exista uma ou mais empresas com um poder de mercado significativo, e em que as soluções ao abrigo do direito nacional e comunitário em matéria de concorrência não sejam suficientes para fazer face ao problema[…]»

3. O capítulo III da Diretiva-Quadro tem por epígrafe «Funções das autoridades reguladoras nacionais». O seu artigo 8.º estabelece objetivos de política geral e princípios de regulação. O artigo 8.º, n.º 5, alínea f), prevê que as autoridades reguladoras nacionais devem aplicar obrigações de regulação *ex ante* apenas quando não exista uma concorrência efetiva e sustentável. Logo que essa condição esteja preenchida, devem atenuar ou revogar tais obrigações.

4. O Capítulo IV da Diretiva-Quadro tem por epígrafe «Disposições Gerais». O artigo 14.º define o PMS. O artigo 16.º descreve o procedimento da análise do mercado que uma autoridade reguladora nacional deve efetuar para determinar se um mercado relevante é efetivamente concorrencial: quando um mercado não é efetivamente concorrencial, a autoridade reguladora nacional deve identificar as empresas com PMS nesse mercado.

2. Diretiva Acesso

5. Nos termos do artigo 8.º, n.º 2, da Diretiva Acesso:

«Caso um operador seja designado como operador com [PMS] num mercado específico, na sequência de uma análise do mercado efetuada em conformidade com o disposto no artigo 16.º da [Diretiva-Quadro], as autoridades reguladoras nacionais imporão as obrigações previstas nos artigos 9.º a 13.º da presente diretiva, consoante adequado.»

6. As obrigações previstas nos artigos 9.º a 13.º da Diretiva Acesso dizem respeito a: i) transparência, incluindo a obrigação de um operador publicar uma oferta de referência [5]; ii) não discriminação; iii) separação de contas; iv) acesso e utilização de recursos de rede específicos; e v) controlo dos preços e de contabilização dos custos.

7. O artigo 8.º, n.º 3, da Diretiva Acesso dispõe que, sem prejuízo do artigo 5.º, n.º 1, e do artigo 6.º da mesma, bem como dos artigos 12.º e 13.º da Diretiva-Quadro, as autoridades reguladoras nacionais não imporão as obrigações descritas nos artigos 9.º a 13.º da Diretiva Acesso aos operadores que não tenham sido designados como operadores com PMS num mercado específico.

3. Diretiva 2014/61

8. O preâmbulo da diretiva explica os seus objetivos do seguinte modo:

«(6) Tendo em conta a necessidade de uma ação ao nível da União destinada a proporcionar uma melhor cobertura de banda larga, nomeadamente através da redução dos custos das infraestruturas de banda larga de elevado débito, nos termos das Conclusões do Conselho Europeu de 13 e 14 de dezembro de 2012, a comunicação da Comissão intitulada "Ato para o Mercado Único II" sublinha a necessidade de envidar esforços suplementares para alcançar rapidamente os objetivos estabelecidos na Agenda Digital, designadamente dando resposta ao desafio que representa o investimento nas redes de elevado débito.

(7) A implantação de redes de comunicações eletrónicas fixas e sem fios de elevado débito em toda a União exige investimentos substanciais, boa parte dos quais se destina a cobrir os custos das obras de engenharia civil. Limitar algumas das obras de engenharia civil dispendiosas poderá melhorar a eficácia da implantação da banda larga.

(8) Grande parte desses custos pode ser atribuída a ineficiências no processo de implantação relacionadas com a utilização de infraestruturas passivas existentes (condutas, tubagens, câmaras de visita, armários, postes, mastros, instalações de antenas, torres e outras estruturas auxiliares), dificuldades relacionadas com a coordenação das obras de engenharia civil, procedimentos administrativos de concessão de licenças onerosos e dificuldades na implantação de redes nos edifícios, que originam obstáculos financeiros graves, sobretudo nas zonas rurais.

(9) As medidas destinadas a aumentar a eficiência na utilização das infraestruturas existentes e a reduzir os custos e os obstáculos à realização de novas obras de engenharia civil deverão contribuir significativamente para assegurar uma rápida e extensa implantação de redes de comunicações eletrónicas de elevado débito, mantendo ao mesmo tempo uma concorrência efetiva, sem afetar a segurança e o bom funcionamento das infraestruturas públicas existentes.

(10) Alguns Estados-Membros adotaram medidas destinadas a reduzir os custos de implantação da banda larga. No entanto, essas medidas continuam a ser raras e isoladas. Um maior recurso a essas medidas em toda a União poderá contribuir de forma significativa para o estabelecimento de um mercado único digital. Além disso, a existência de requisitos regulamentares diferentes impede, por vezes, a cooperação entre os vários serviços de

[5] Artigo 9.º, n.ºs 2 e 4, da Diretiva Acesso.

abastecimento público e pode criar obstáculos à entrada no mercado de novos operadores de rede e ao aproveitamento de novas oportunidades de negócio, prejudicando o desenvolvimento de um mercado interno para a utilização e implantação de infraestruturas físicas de redes de comunicações eletrónicas de elevado débito. Por último, as iniciativas a nível dos Estados-Membros nem sempre parecem ser globais, quando é essencial tomar medidas que abranjam todo o processo de implantação e todos os setores, de modo a produzirem um impacto coerente e significativo.

(11) A presente diretiva visa estabelecer um conjunto mínimo de direitos e obrigações aplicáveis em toda a União, com vista a facilitar a implantação de redes de comunicações eletrónicas de elevado débito e a coordenação intersetorial. Embora assegure condições mínimas de igualdade, deverá fazê-lo sem prejuízo das melhores práticas atuais e das medidas adotadas a nível nacional e local que estabeleçam disposições e condições mais pormenorizadas, bem como de eventuais medidas adicionais que complementem os referidos direitos e obrigações, em conformidade com o princípio da subsidiariedade.

[…]

(13) Para os operadores de redes de comunicações eletrónicas, em especial os novos operadores, poderá ser significativamente mais eficiente a reutilização de infraestruturas físicas existentes, inclusive as de outros serviços de abastecimento público, para efeitos de implantação de redes de comunicações eletrónicas, nomeadamente em zonas onde não existam redes de comunicações eletrónicas adequadas ou onde possa não ser economicamente viável criar uma nova infraestrutura física. Além disso, as sinergias intersetoriais poderão reduzir significativamente a necessidade de obras de engenharia civil para a implantação de redes de comunicações eletrónicas e, por conseguinte, reduzir também os custos sociais e ambientais a elas associados, tais como a poluição, o congestionamento do tráfego e outros inconvenientes. A presente diretiva deverá, pois, ser aplicável não só aos fornecedores de redes de comunicações públicas mas também aos detentores ou titulares de direitos de utilização (neste último caso sem prejuízo de quaisquer direitos de propriedade de terceiros) de infraestruturas físicas extensas e universais que possam alojar elementos das redes de comunicações eletrónicas, designadamente as redes físicas dos serviços de eletricidade, gás, água e sistemas de saneamento e drenagem, aquecimento e transporte.

(14) Com vista a melhorar a implantação de redes de comunicações eletrónicas de elevado débito no mercado interno, a presente diretiva deverá determinar os direitos dos fornecedores de redes de comunicações públicas a acederem às infraestruturas físicas independentemente da respetiva localização em condições justas e razoáveis, compatíveis com o exercício normal dos direitos de propriedade. A obrigação de dar acesso às infraestruturas físicas deverá aplicar-se sem prejuízo dos direitos do proprietário do terreno ou edifício onde se situa a infraestrutura.»

9. O artigo 1.º da Diretiva 2014/61, sob a epígrafe «Objeto e âmbito de aplicação», dispõe:

«1. A presente diretiva visa facilitar e incentivar a implantação de redes de comunicações eletrónicas de elevado débito promovendo a utilização conjunta das infraestruturas físicas existentes e possibilitando uma implantação mais eficiente de novas infraestruturas físicas, de modo a reduzir os custos de implantação dessas redes.

2. A presente diretiva estabelece requisitos mínimos relacionados com obras de engenharia civil e infraestruturas físicas, tendo em vista aproximar certos aspetos das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros nesses domínios.

3. Os Estados-Membros podem manter ou introduzir medidas conformes com o direito da União que ultrapassem os requisitos mínimos estabelecidos pela presente diretiva com vista a melhor alcançar o objetivo referido no n.º 1.

4. Sempre que as disposições da presente diretiva forem incompatíveis com uma disposição da [Diretiva-Quadro], da [Diretiva Acesso], da Diretiva 2002/20/CE[6], da Diretiva 2002/22/CE[7] e da Diretiva 2002/77/CE[8], prevalecem as disposições pertinentes dessas diretivas.»

10. Nos termos do artigo 3.º da Diretiva 2014/61:

«1. Os Estados-Membros asseguram que todos os operadores de rede tenham o direito de oferecer às empresas que fornecem ou que estão autorizadas a fornecer redes de comunicações eletrónicas acesso à sua infraestrutura física com vista à implantação de elementos de redes de comunicações eletrónicas de elevado débito. Reciprocamente, os Estados-Membros podem prever que os operadores de redes de comunicações públicas tenham o direito de oferecer acesso à sua infraestrutura física para efeitos de implantação de outras redes que não redes de comunicações eletrónicas.

2. Os Estados-Membros asseguram que os operadores de rede sejam obrigados a satisfazer em condições justas e razoáveis, incluindo o preço, todos os pedidos escritos razoáveis de acesso à sua infraestrutura física, apresentados por empresas autorizadas a fornecer redes de comunicações públicas, com vista à implantação de elementos de redes de comunicações eletrónicas de elevado débito. Tais pedidos escritos devem especificar os elementos do projeto para o qual o acesso é solicitado, incluindo um calendário específico.

[…]

5. Os Estados-Membros exigem que o organismo nacional de resolução de litígios a que se refere o n.º 4 emita, tendo plenamente em conta o princípio da proporcionalidade, uma decisão vinculativa de resolução do litígio iniciado nos termos do n.º 4, que inclua a fixação de condições justas e razoáveis, nomeadamente preços, se for caso disso.

O organismo nacional de resolução de litígios resolve o litígio no mais curto prazo possível, que, de qualquer modo, não deve ser superior a quatro meses a contar da data de receção do pedido completo, exceto em circunstâncias excecionais, sem prejuízo da possibilidade de qualquer das partes recorrer a um tribunal.

No caso de litígios relacionados com o acesso às infraestruturas de um fornecedor de redes de comunicações eletrónicas em que o organismo nacional de resolução de litígios seja a autoridade

[6] Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de março de 2002, relativa à autorização de redes e serviços de comunicações eletrónicas (Diretiva Autorização) (JO 2002, L 108, p. 21).

[7] Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de março de 2002, relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações eletrónicas (Diretiva Serviço Universal) (JO 2002, L 108, p. 51).

[8] Diretiva da Comissão, de 16 de setembro de 2002, relativa à concorrência nos mercados de redes e serviços de comunicações eletrónicas (JO 2002, L 249, p. 21).

reguladora nacional, esta deve, se for caso disso, ter em conta os objetivos referidos no artigo 8.º da [Diretiva-Quadro] […]»

11. O artigo 4.º, n.º 1, da Diretiva 2014/61 precisa que as empresas que fornecem redes de comunicações públicas têm o direito de aceder, mediante pedido, a informações mínimas sobre a infraestrutura física existente de qualquer operador de rede.

B. Direito polaco

12. O artigo 17.º, n.ºs 1 e 2, da Ustawa o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (Lei Relativa ao Apoio ao Desenvolvimento das Redes e Serviços de Telecomunicações), de 7 de maio de 2010 (a seguir «Lei Relativa ao Apoio ao Desenvolvimento»), dispõe:

«1. O operador de rede faculta às empresas de telecomunicações o acesso à infraestrutura física, incluindo a sua partilha, com vista à implantação de uma rede de telecomunicações de elevado débito.

2. O acesso à infraestrutura física está sujeito a pagamento, salvo acordo em contrário das partes no contrato.»

13. O artigo 18.º, n.ºs 1 a 3 e 6 a 8 da Lei Relativa ao Apoio ao Desenvolvimento dispõe:

«1. As condições de acesso à infraestrutura física, incluindo as condições técnicas, operacionais e financeiras da cooperação, serão determinadas pelas partes num contrato de acesso à infraestrutura física, que deve ser celebrado por escrito, sob pena de nulidade.

2. O presidente do GCE[9] pode requerer ao operador da rede que preste informações sobre as condições de acesso à infraestrutura física.

3. Depois de o operador da rede ter prestado informações sobre as condições de acesso à infraestrutura física, o presidente do GCE, agindo em conformidade com os critérios estabelecidos no artigo 22.º, n.ºs 1 a 3, pode fixar, através de decisão, as condições do fornecimento de acesso à infraestrutura física. O artigo 22.º, n.º 4, é aplicável *mutatis mutandis*.

[…]

6. Um operador de rede quanto ao qual tenha sido emitida uma decisão relativa à determinação das condições de acesso à infraestrutura física é obrigado a celebrar os contratos a que se refere o n.º 1 em condições que não sejam menos favoráveis do que as fixadas nessa decisão.

7. Um operador de rede quanto ao qual tenha sido emitida uma decisão relativa à determinação das condições de acesso à infraestrutura física é obrigado a publicar no sítio Internet as condições atuais de fornecimento desse acesso.

8. Um operador de rede quanto ao qual tenha sido emitida uma decisão relativa à determinação das condições de acesso à infraestrutura física é obrigado a fornecer ao presidente do GCE as informações relativas ao endereço do sítio Internet no prazo de sete dias a contar da data de publicação no sítio Internet das condições que regulam o fornecimento desse acesso. As

[9] Definido no n.º 15 das presentes conclusões.

informações relativas ao endereço do sítio Internet devem ser disponibilizadas pelo ponto de informação em matéria de telecomunicações no território da República da Polónia, a seguir "ponto de informação em matéria de telecomunicações" […]»

14. O artigo 22.º, n.os 1 a 3, da Lei Relativa ao Apoio ao Desenvolvimento enuncia:

«1. O presidente do GCE emite uma decisão sobre o acesso à infraestrutura física no prazo de 60 dias a contar da data de apresentação do pedido de tal acesso, tomando em conta, em particular, a necessidade de assegurar condições de acesso não discriminatórias e proporcionadas.

2. O presidente do GCE, ao emitir uma decisão sobre o acesso à infraestrutura física de uma empresa de telecomunicações, assegura que os encargos relativos a esse acesso permitem a recuperação dos custos incorridos por essa empresa, tendo em conta, em particular, os objetivos estabelecidos no artigo 8.º da Diretiva 2002/21 e o impacto do acesso à infraestrutura física no plano de atividades dessa empresa de telecomunicações, em particular nos investimentos que tenha efetuado nas redes de telecomunicações de elevado débito.

3. Os encargos de acesso à infraestrutura física de uma entidade que desempenhe missões de interesse público são fixados num montante que permita a recuperação de uma parte dos custos que essa entidade suporta para manter essa infraestrutura.»

III. Litígio no processo principal e questões prejudiciais

15. Em 10 de maio de 2017, ao abrigo do artigo 17.º da Lei Relativa ao Apoio ao Desenvolvimento, o Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (presidente do Gabinete das Comunicações Eletrónicas, Polónia; a seguir «presidente do GCE») pediu à TOYA sp. z o.o., uma empresa de telecomunicações e operadora de rede, que prestasse informações sobre as condições de acesso à sua infraestrutura física. Em 6 de dezembro de 2017, o presidente do GCE instaurou um processo administrativo a fim de definir as condições de acesso à infraestrutura física da TOYA. Entre 8 de março e 7 de abril de 2018, e entre 3 de julho e 2 de agosto de 2018, respetivamente, o presidente do GCE procedeu a duas consultas separadas no âmbito desse processo. Em 11 de setembro de 2018, o presidente do GCE tomou uma decisão, nos termos da regulamentação nacional que transpõe a Diretiva 2014/61, que exigia que a TOYA estivesse preparada para celebrar contratos e a aceitar pedidos de acesso à sua infraestrutura física (a seguir «decisão controvertida»). Nessa data, o presidente do GCE adotou seis decisões análogas relativamente a seis outros operadores de telecomunicações.

16. A decisão controvertida indica que a sua base jurídica é, nomeadamente, o artigo 18.º, n.º 3, da Lei Relativa ao Apoio ao Desenvolvimento, lido em conjugação com o artigo 17.º da mesma. Define as condições de acesso à infraestrutura física da TOYA no que respeita às condutas de cabos (anexo 1) e no que respeita às condutas de telecomunicações nos edifícios (anexo 2). Exige que a TOYA garanta estar preparada para celebrar contratos-quadros e contratos específicos e que aceite os pedidos de acesso às infraestruturas físicas, em conformidade com as condições de acesso acima referidas.

17. A decisão controvertida indica que o recurso ao artigo 17.º, n.º 1, da Lei Relativa ao Apoio ao Desenvolvimento como base jurídica se justifica para garantir que as empresas de telecomunicações tenham acesso à infraestrutura física, o que inclui a partilha dessa infraestrutura, a fim de implantar uma rede de telecomunicações de elevado débito. Sob a

epígrafe dos objetivos regulamentares, a decisão controvertida indica que o presidente do GCE teve em conta um certo número de documentos estratégicos, entre os quais a Agenda Digital mencionada no n.º 34 das presentes conclusões e os objetivos estabelecidos pela Diretiva 2014/61, particularmente os enunciados nos seus considerandos 4 a 9. A decisão controvertida indica igualmente que contribuirá para a harmonização dos prazos, dos procedimentos e das taxas de mercado associados à disponibilização dessas condutas de cabos.

18. A decisão controvertida faz referência a uma objeção da PIKE [10], segundo a qual tinha sido violado o princípio da proporcionalidade relativamente às entidades com uma quota de mercado pequena, quanto às quais não tinham sido identificados problemas de mercado. Em resposta, a decisão controvertida esclareceu que o processo perante o presidente do GCE dizia respeito à resolução de litígios relativos ao acesso às condutas de cabos. Quanto às condições em que o presidente do GCE está habilitado a emitir decisões que determinem as condições de acesso às infraestruturas físicas, a Lei Relativa ao Apoio ao Desenvolvimento não se refere à extensão da infraestrutura detida nem ao número de litígios.

19. A decisão controvertida faz igualmente referência aos requisitos do artigo 22.º, n.os 1 e 2, da Lei Relativa ao Apoio ao Desenvolvimento, segundo os quais o presidente do GCE toma uma decisão no que respeita ao acesso às infraestruturas físicas tendo em conta a necessidade de assegurar que as condições de acesso sejam não discriminatórias e proporcionais e de fixar as taxas a um nível que permita a uma empresa de telecomunicações recuperar os custos incorridos com o fornecimento desse acesso. Este exercício inclui a tomada em consideração dos objetivos do artigo 8.º da Diretiva-Quadro.

20. A TOYA impugnou a decisão controvertida no Sąd Okręgowy w Warszawie (Tribunal Regional, Varsóvia). A TOYA considera que, nos termos do artigo 3.º, n.os 2 e 5, e do artigo 1.º, n.º 4, da Diretiva 2014/61, bem como do seu considerando 12, lido em conjugação com o artigo 8.º, n.os 2 e 3, da Diretiva Acesso e com o artigo 8.º, n.º 5, alínea f), da Diretiva-Quadro, é apenas aos operadores de telecomunicações com PMS que uma autoridade reguladora nacional pode exigir a publicação de uma oferta de referência, na aceção do artigo 9.º da Diretiva Acesso. A decisão controvertida é contrária ao direito da União, porque não foi efetuada uma análise de mercado para demonstrar que a TOYA tem PMS, e não existe nenhum litígio sobre o acesso à infraestrutura física na aceção do artigo 3.º, n.º 5, da Diretiva 2014/61.

21. O órgão jurisdicional de reenvio tem dúvidas sobre a compatibilidade com o direito da União das disposições do direito nacional em que se baseia a decisão controvertida e, particularmente, sobre a interpretação da Diretiva 2014/61 à luz da Diretiva Acesso. Além disso, uma vez que esta diretiva e a Diretiva-Quadro foram revogadas e substituídas pela Diretiva (UE) 2018/1972, que

[10] A Polska Izba Komunikacji Elektronicznej w Warszawie [Câmara Polaca das Comunicações Eletrónicas (PIKE) de Varsóvia, Polónia] apresentou observações no processo instaurado pelo presidente do GCE e apoia a TOYA no processo no órgão jurisdicional de reenvio. A Polska Izba Informatyki i Telekomunikacji (PIIT) [Câmara Polaca de Tecnologia da Informação e Telecomunicações (PIIT), Polónia] também recorreu da decisão controvertida. Embora o órgão jurisdicional de reenvio tenha apensado os dois recursos, os fundamentos invocados pela PIIT não são pertinentes para o presente reenvio prejudicial.

estabelece o Código Europeu das Comunicações Eletrónicas [11], o órgão jurisdicional de reenvio pergunta qual das diretivas da União é aplicável. Decidiu, portanto, suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1. Deve o artigo 8.º, n.º 3, da [Diretiva Acesso], em conjugação com os artigos 3.º, n.º 5 e 1.º, n.ºs 3 e 4, da [Diretiva 2014/61], ser [interpretado] no sentido de que se [opõe] a que uma autoridade reguladora nacional imponha a um operador que dispõe de infraestruturas [físicas], sendo simultaneamente fornecedor de serviços ou redes de comunicações eletrónicas publicamente acessíveis, que não tenha sido designado operador com [PMS], a obrigação de aplicar às suas infraestruturas [físicas] condições de acesso, tal como determinadas *ex ante* por essa autoridade, que incluem as regras e procedimentos de celebração de contratos e as taxas de acesso aplicáveis, independentemente da existência de um litígio sobre o acesso às infraestruturas [físicas] desse operador e de uma concorrência efetiva no mercado?

A título subsidiário (opção II):

2. Deve o artigo 67.º, n.ºs 1 e 3, em conjugação com o artigo 68.º, n.ºs 2 e 3, da [Diretiva 2018/1972] e com os artigos 3.º, n.º 5 e 1.º, n.ºs 3 e 4, da [Diretiva 2014/61], ser [interpretado] no sentido de que se [opõe] a que uma autoridade reguladora nacional imponha a um operador que dispõe de infraestruturas [físicas], sendo simultaneamente fornecedor de serviços ou redes de comunicações eletrónicas publicamente acessíveis, que não tenha sido designado operador com [PMS], a obrigação de aplicar às suas infraestruturas [físicas] condições de acesso, tal como determinadas *ex ante* por essa autoridade, que incluem as regras e procedimentos de celebração de contratos e as taxas de acesso aplicáveis, independentemente da existência de um litígio sobre o acesso às infraestruturas [físicas] desse operador e de uma concorrência efetiva no mercado?»

22. A TOYA, o presidente do GCE, os Governos helénico e polaco e a Comissão Europeia apresentaram observações escritas.

IV. Análise jurídica

A. Quanto ao alcance do reenvio

23. Tenho três observações preliminares a fazer no que respeita ao alcance do reenvio, dizendo a primeira respeito às dúvidas que o órgão jurisdicional de reenvio tem quanto a saber qual das diretivas da União é aplicável *ratione temporis*.

24. A decisão controvertida foi adotada em 11 de setembro de 2018. Como o órgão jurisdicional de reenvio e a TOYA salientam, continuou a produzir efeitos depois de o artigo 125.º da Diretiva 2018/1972, em 21 de dezembro de 2020, ter revogado tanto a Diretiva-Quadro como a Diretiva Acesso.

[11] Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de dezembro de 2018 (JO 2018, L 321, p. 36).

25. A Diretiva-Quadro e a Diretiva Acesso estavam em vigor no momento em que a decisão controvertida foi tomada. Por conseguinte, são relevantes para apreciar a compatibilidade com o direito da União das disposições de direito nacional em que essa decisão se baseia. A Diretiva 2018/1972 continua em vigor à data das presentes conclusões, não havendo dúvidas quanto à sua aplicabilidade.

26. Daqui resulta que o Tribunal de Justiça deve responder à primeira, e não à segunda, das questões submetidas pelo órgão jurisdicional de reenvio.

27. Em segundo lugar, as observações apresentadas pela TOYA, pelo presidente do GCE e pelo Governo polaco contêm análises detalhadas da decisão controvertida e da sua base jurídica [12]. Todavia, como a própria TOYA reconhece, no âmbito do procedimento previsto pelo artigo 267.º TFUE, baseado numa nítida separação das funções entre os órgãos jurisdicionais nacionais e o Tribunal de Justiça, o juiz nacional tem competência exclusiva para verificar e apreciar os factos do litígio no processo principal, assim como para interpretar e aplicar o direito nacional [13]. Não cabe ao Tribunal de Justiça pronunciar-se sobre a natureza ou as características de uma decisão nacional ou sobre a base jurídica em que a mesma assenta em direito nacional.

28. Em terceiro lugar, as observações da Comissão explicam que os poderes de uma autoridade reguladora nacional para impor condições *ex ante* com base na Diretiva 2014/61 estão sujeitos ao respeito de certos princípios e ao cumprimento de certos requisitos processuais decorrentes dessa diretiva, da Diretiva-Quadro, da Diretiva Acesso e da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Não resulta da decisão de reenvio que o órgão jurisdicional de reenvio peça ao Tribunal de Justiça que esclareça esta questão. Além disso, nenhuma das outras partes a abordou nas suas observações. Por estas razões, o Tribunal de Justiça não necessita de atender a estas considerações.

B. Primeira questão

29. Como se indica na introdução, a primeira questão parece consistir em dois elementos. Em primeiro lugar, a Diretiva 2014/61, lida em conjugação com a Diretiva Acesso, opõe-se a que uma autoridade reguladora nacional imponha condições de acesso a um fornecedor de redes de comunicações eletrónicas que não tenha PMS? Em segundo lugar, a Diretiva 2014/61 opõe-se a que uma autoridade reguladora nacional imponha tais condições quando não exista litígio sobre o acesso à infraestrutura física?

30. A TOYA considera que se deve responder em sentido afirmativo a ambos estes elementos [14]. O presidente do GCE, os Governos helénico e polaco e a Comissão discordam, mas por diferentes razões. O Governo helénico e a Comissão baseiam-se numa interpretação literal e contextual das diretivas pertinentes. O presidente do GCE e o Governo polaco centram as suas observações na

[12] A TOYA considera que a decisão controvertida tem todas as características de uma decisão dirigida a um operador com PMS, mas não apresenta as características de uma decisão relativa à resolução de um litígio sobre o acesso nos termos do artigo 3.º da Diretiva 2014/61. O Governo polaco e o presidente do GCE discordam. Sublinham que a Diretiva Acesso e a Diretiva-Quadro, por um lado, e a Diretiva 2014/61, por outro, foram transpostas para o direito polaco através de duas leis diferentes, a saber, a Ustawa r. prawo telekomunikacyjne (Lei das Telecomunicações), de 16 de julho de 2004 e a Lei Relativa ao Apoio ao Desenvolvimento. Existem, no direito polaco, diferenças significativas entre as ofertas de referência publicadas pelos operadores com PMS nos termos do artigo 42.º da Lei das Telecomunicações de 16 de julho de 2004 e as decisões relativas ao acesso às infraestruturas físicas na aceção dos artigos 17.º e 18.º da Lei Relativa ao Apoio ao Desenvolvimento. Consideram que a decisão controvertida foi tomada no exercício dos poderes conferidos ao presidente do GCE pelos artigos 17.º e 18.º da Lei Relativa ao Apoio ao Desenvolvimento, cujas disposições dão execução à Diretiva 2014/61.

[13] Acórdão de 9 de julho de 2020, Raiffeisen Bank e BRD Groupe Société Générale (C-698/18 e C-699/18, EU:C:2020:537, n.º 46).

[14] V. n.º 20 das presentes conclusões.

natureza da decisão controvertida e na base jurídica em que esta assenta. Procuram invocar a disposição de harmonização mínima que figura no artigo 1.º, n.º 3, da Diretiva 2014/61 para justificar a legalidade das medidas impostas à TOYA nos termos do direito nacional [15].

31. Em conformidade com jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, para interpretar uma disposição de direito da União, deve atender-se ao texto da disposição em questão bem como ao seu contexto e aos objetivos prosseguidos pela regulamentação em que se integra [16]. No caso em apreço, proponho-me examinar, em primeiro lugar, os objetivos e o contexto das três diretivas em discussão, antes de examinar o texto da Diretiva 2014/61.

1. Quanto aos objetivos e ao contexto das diretivas pertinentes

32. Em 2002, um grande número de diretivas e diretivas de alteração foram consolidadas com o objetivo de facilitar o desenvolvimento de mercados concorrenciais no domínio das telecomunicações. A Diretiva-Quadro previa que as autoridades reguladoras nacionais definissem os mercados relevantes em conformidade com os princípios do direito da concorrência e identificassem os operadores com PMS aos quais pudessem ser impostas determinadas obrigações a fim de facilitar o desenvolvimento de tais mercados concorrenciais. Foram adotadas quatro diretivas específicas, entre as quais a Diretiva Acesso, que regulamenta o acesso e a interligação das redes de telecomunicações. A legislação adotada em 2009 sublinhou a necessidade de incentivar o investimento, a inovação e as redes da próxima geração, sem alterar os objetivos e princípios regulamentares contidos no pacote de diretivas adotado em 2002 [17].

33. Um dos principais objetivos dos pacotes legislativos de 2002 e de 2009 era melhorar a concorrência, facilitando a imposição de obrigações, pelas autoridades reguladoras nacionais, aos operadores com PMS. No entanto, a Diretiva-Quadro e a Diretiva Acesso previam igualmente a possibilidade de as autoridades reguladoras nacionais poderem impor obrigações aos operadores que não tivessem PMS. O considerando 23 da Diretiva-Quadro faz referência à partilha de recursos em benefício do ordenamento urbano, da saúde pública e do ambiente, se possível através de acordos voluntários. O artigo 12.º da Diretiva-Quadro, conforme alterado pela Diretiva 2009/140/CE [18], tem por epígrafe «Partilha de locais e de elementos da rede e recursos conexos pelos operadores de redes de comunicações eletrónicas». Permitia às autoridades reguladoras nacionais imporem a obrigação de partilha de recursos, ou tomarem medidas para coordenar obras públicas, em termos objetivos, transparentes e não discriminatórios, em determinadas circunstâncias e sob determinadas condições. O recurso ao artigo 12.º da Diretiva-Quadro não obrigava uma autoridade reguladora nacional a declarar previamente que um operador de telecomunicações tinha PMS [19]. O artigo 5.º, n.º 1, da Diretiva Acesso permitia às autoridades reguladoras nacionais incentivar e garantir o acesso e a interligação adequados, sob determinadas condições, sem prejuízo das medidas que pudessem ser tomadas em relação a empresas com PMS [20].

15 V. n.º 23 das presentes conclusões.

16 Acórdão de 17 de setembro de 2015, KPN (C-85/14, EU:C:2015:610, n.º 33 e jurisprudência referida).

17 V., por exemplo, Savin, A., *EU Telecommunications Law*, Elgar European Law Series, 2018, Capítulos 1 e 2.

18 Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de novembro de 2009 (JO 2009, L 337, p. 37).

19 Nos termos do artigo 8.º, n.º 3, da Diretiva Acesso, o requisito de apenas impor as obrigações previstas nos artigos 9.º a 13.º da mesma aos operadores de telecomunicações que tenham sido designados como operadores com PMS é formulado sem prejuízo do artigo 12.º da Diretiva-Quadro.

20 O artigo 8.º, n.º 3, da Diretiva Acesso, que prevê que o requisito de apenas impor as obrigações previstas nos artigos 9.º a 13.º da mesma aos operadores de telecomunicações que tenham sido designados como operadores com PMS, também não prejudica o seu artigo 5.º V. Acórdãos de 12 de novembro de 2009, TeliaSonera Finland (C-192/08, EU:C:2009:696) e de 17 de setembro de 2015, KPN (C-85/14, EU:C:2015:610).

34. Em maio de 2010, a Comissão publicou a Agenda Digital Europeia (a seguir «Agenda Digital») com o objetivo de extrair benefícios económicos e sociais sustentáveis de um mercado único digital, com base na disponibilidade da Internet rápida e ultrarrápida [21]. Considerou que, sem uma intervenção, se corria o risco de se obterem resultados aquém do desejável, concentrando-se as redes de banda larga rápida apenas em algumas zonas densamente povoadas, o que implicava custos significativos de entrada no mercado e tarifas elevadas. Isso conduziu à adoção de duas iniciativas que são pertinentes no âmbito do presente reenvio prejudicial.

35. Em primeiro lugar, em setembro de 2010, a Comissão emitiu a Recomendação 2010/572/UE [22], sobre o acesso regulamentado às redes de acesso da próxima geração. Esta recomendação incide principalmente nas medidas corretivas a impor aos operadores designados como operadores com PMS com base num procedimento de análise dos mercados efetuado em cumprimento do disposto no artigo 16.º da Diretiva-Quadro. No entanto, nos casos em que se justificasse pelo facto de a duplicação da infraestrutura ser economicamente ineficiente ou fisicamente impraticável, os Estados-Membros podiam igualmente impor às empresas que explorassem uma rede de comunicações eletrónicas obrigações de partilharem reciprocamente recursos, nos termos do artigo 12.º da Diretiva-Quadro, adequadas para resolver o problema dos estrangulamentos na infraestrutura de engenharia civil e nos segmentos terminais.

36. Separadamente, a Agenda Digital propôs que as autoridades competentes deviam garantir que as obras de construção civil, públicas e privadas, previssem sistematicamente redes de banda larga e cablagens próprias nos edifícios, a regulação das questões relativas aos direitos de passagem e o mapeamento das infraestruturas passivas existentes adequadas para a cablagem [23]. Esta iniciativa acabou por conduzir à adoção da Diretiva 2014/61, que visa facilitar e incentivar a implantação de redes de comunicações eletrónicas de elevado débito promovendo a utilização conjunta das infraestruturas físicas existentes e possibilitando uma implantação mais eficiente de novas infraestruturas físicas, de modo a reduzir os custos de implantação dessas redes [24].

2. Texto da Diretiva 2014/61

37. O texto da Diretiva 2014/61 deixa claro que a sua aplicação não se limita às situações em que os operadores são designados como operadores com PMS ou em que os mercados não são efetivamente concorrenciais. Os artigos 3.º e 4.º da Diretiva 2014/61 tratam do acesso e da transparência no que respeita às infraestruturas físicas existentes. Os operadores de redes de energia, água, transportes e outros serviços de abastecimento público, bem como os fornecedores de redes de comunicações públicas, têm o direito de oferecer acesso às infraestruturas físicas. Existe uma obrigação, que se aplica aos operadores de redes em geral e não apenas aos designados como operadores com PMS, de satisfazer em condições justas e razoáveis, incluindo o preço, todos os pedidos razoáveis de acesso à infraestrutura física, com vista à implantação de elementos de redes de comunicações eletrónicas de elevado débito [25]. Caso o acesso seja recusado ou não se chegue a acordo sobre as condições específicas aplicáveis, os Estados-Membros têm de assegurar que qualquer das partes tem a possibilidade de recorrer ao organismo nacional

[21] Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, Uma Agenda Digital para a Europa, 19 de maio de 2010 [COM(2010) 245 final].

[22] JO 2010, L 251, p. 35.

[23] V. secção 2.4.1 da Agenda Digital; ponto 9 das ações prioritárias enunciadas no Ato para o Mercado Único II, «Juntos para um novo crescimento», publicado pela Comissão em outubro de 2012; e considerandos 1 a 10 da Diretiva 2014/61.

[24] Artigo 1.º, n.º 1, da Diretiva 2014/61.

[25] Artigo 3.º, n.º 2, da Diretiva 2014/61.

competente para a resolução de litígios [26]. Esse organismo deve então tomar uma decisão vinculativa de resolução do litígio, fixando condições justas e razoáveis para esse acesso, nomeadamente preços, se for caso disso [27].

38. Nos termos do considerando 12 da Diretiva 2014/61, quando forem aplicáveis medidas regulamentares mais específicas (*lex specialis*), estas medidas deverão prevalecer sobre as obrigações e os direitos mínimos previstos nessa diretiva (*lex generalis*). Por conseguinte, a Diretiva 2014/61 é formulada sem prejuízo do quadro regulamentar da Diretiva-Quadro e da Diretiva Acesso. O considerando 17 da Diretiva 2014/61 afirma que as obrigações de acesso às infraestruturas físicas impostas às empresas designadas como tendo PMS estão já abrangidas por obrigações regulamentares específicas que não são afetadas pela Diretiva 2014/61. O considerando 31 faz referência à possibilidade de os Estados-Membros terem já tomado medidas, com base no artigo 12.º da Diretiva-Quadro, relativas à partilha de locais e de elementos da rede e recursos conexos [28].

39. Resulta do que precede que o objetivo da Diretiva 2014/61 é assegurar a disponibilidade de redes de comunicações eletrónicas de elevado débito, consideradas a infraestrutura digital da sociedade de amanhã. A Diretiva 2014/61 tem aplicação transversal e recorre a mecanismos reguladores como a transparência, a supervisão administrativa e a resolução de litígios para fins diferentes da promoção da concorrência em si. Estabelece um direito a requerer e a obter acesso a infraestruturas físicas mais amplo do que aquele que existe relativamente aos operadores designados como operadores com PMS nos termos da Diretiva-Quadro e da Diretiva Acesso. Uma vez que a Diretiva-Quadro e a Diretiva Acesso preveem igualmente a possibilidade de impor obrigações de acesso aos fornecedores não designados como tendo PMS, não existe conflito nem contradição entre estas diretivas e a Diretiva 2014/61.

40. A Diretiva Acesso não se opõe, portanto, a que uma autoridade reguladora nacional imponha condições de acesso à infraestrutura física a operadores que não tenham sido designados como operadores com PMS. Por outras palavras, as autoridades reguladoras nacionais podem impor condições nos termos da Diretiva 2014/61, sem que tenha sido constatado que o mercado relevante não é efetivamente concorrencial.

41. Ao abordar o segundo elemento da primeira questão, a saber, se a Diretiva 2014/61 se opõe a que uma autoridade reguladora nacional imponha condições quando não exista litígio sobre o acesso à infraestrutura física, é relevante que, em conformidade com o seu artigo 1.º, n.º 2, essa diretiva fixa requisitos mínimos. O artigo 1.º, n.º 3, da Diretiva 2014/61 prevê que os Estados-Membros podem manter ou introduzir medidas conformes com o direito da União que ultrapassem os requisitos mínimos estabelecidos pela mesma com vista a melhor alcançar os objetivos de facilitar e incentivar a implantação de redes de comunicações eletrónicas de elevado débito, promovendo a utilização conjunta das infraestruturas físicas existentes e possibilitando uma implantação mais eficiente de novas infraestruturas físicas, de modo a reduzir os custos de implantação dessas redes [29].

[26] Artigo 3.º, n.º 4, da Diretiva 2014/61.

[27] Artigo 3.º, n.º 5, da Diretiva 2014/61.

[28] V. n.º 33 das presentes conclusões. O exame do texto da Diretiva 2014/61 em várias outras línguas, incluindo o espanhol, o francês, o italiano, o neerlandês, o polaco e o português, conduz à mesma conclusão.

[29] V., no mesmo sentido, considerando 11 da Diretiva 2014/61.

42. Embora a Diretiva 2014/61 preveja, assim, que os seus objetivos serão atingidos através da resolução dos litígios relativos às condições de acesso, incluindo os preços, a título *ex post*, ou seja, depois de tais litígios terem surgido, as medidas nacionais adotadas com vista a melhor alcançar esses objetivos, mas que vão além das previstas pela Diretiva 2014/61, são autorizadas [30].

43. A Comissão considera que a abordagem *ex ante* prevista pela legislação nacional visa facilitar a eliminação de entraves significativos ao acesso às infraestruturas físicas. A Comissão e o Governo polaco salientam que ambas as abordagens, *ex ante* e *ex post*, permitem facilitar a realização dos objetivos da Diretiva 2014/61. Neste contexto, é interessante observar que, segundo o relatório de síntese da consulta pública sobre a avaliação e revisão da Diretiva 2014/61, a maioria dos inquiridos considera que as dificuldades em acordar condições de acesso com os proprietários de infraestruturas físicas, bem como um processo de resolução de litígios lento ou ineficaz (abordagem *ex post)*, conduzem a uma implantação mais onerosa e/ou mais demorada das redes. Por conseguinte, não é irrazoável considerar que a abordagem *ex ante*, aparentemente facilitada pela legislação polaca pertinente, pode, no que toca a facilitar a realização dos objetivos que visa, apresentar certas vantagens em relação à abordagem *ex post* descrita na Diretiva 2014/61.

44. Na minha opinião, se o órgão jurisdicional nacional considerar que a abordagem *ex ante* prevista na legislação nacional partilha dos mesmos objetivos que a abordagem *ex post* contida na Diretiva 2014/61, essa legislação nacional é, em princípio, compatível com esta diretiva.

V. Conclusão

45. Por conseguinte, proponho ao Tribunal de Justiça que responda do seguinte modo à questão submetida pelo Sąd Okręgowy w Warszawie (Tribunal Regional, Varsóvia, Polónia):

O artigo 8.º, n.º 3, 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), em conjugação com o artigo 3.º, n.º 5, e o artigo 1.º, n.ºs 3 e 4, da Diretiva 2014/61/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014, relativa a medidas destinadas a reduzir o custo da implantação de redes de comunicações eletrónicas de elevado débito, não se opõe a que uma autoridade reguladora nacional imponha a um operador que dispõe de infraestruturas físicas, sendo simultaneamente fornecedor de serviços ou redes de comunicações eletrónicas publicamente acessíveis, que não tenha sido designado operador com poder de mercado significativo, a obrigação de aplicar às suas infraestruturas físicas condições de acesso, como determinadas *ex ante* por essa autoridade, que incluem as regras e procedimentos de celebração de contratos e as taxas de acesso aplicáveis, independentemente da existência de um litígio sobre o acesso às infraestruturas físicas desse operador e de uma concorrência efetiva no mercado.

[30] Artigo 3.º, n.ºs 2 a 5, da Diretiva 2014/61.