CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
M. POIARES MADURO
apresentadas em 23 de Abril de 2009 [1]

I — Quadro factual e jurídico

1. O sector das telecomunicações rege-se por um quadro regulamentar comunitário, de forma a prosseguir vários objectivos, nomeadamente a salvaguarda da concorrência. Foi criado um regime institucional específico, no âmbito do qual às autoridades reguladoras nacionais (a seguir «ARN») foram atribuídos estes objectivos e conferidos poderes para intervir, quando necessário, impondo obrigações aos operadores de telecomunicações com um poder de mercado significativo.

2. O presente caso versa essencialmente sobre a margem de discricionariedade deixada aos Estados-Membros na implementação desse quadro regulamentar comunitário: em primeiro lugar, a sua liberdade de restringir a aplicação da regulamentação, quando estejam em causa mercados sensíveis, designadamente novos mercados, e, em segundo lugar, a sua liberdade de orientar a intervenção das ARN no que respeita a objectivos regulamentares específicos, como a promoção do investimento e da inovação.

3. Dentro do quadro regulamentar comunitário aplicável ao sector das telecomunicações, são relevantes para o presente caso a directiva-quadro [2], a directiva acesso [3] e a directiva serviço universal [4].

4. A legislação alemã em causa é a Lei sobre as telecomunicações (a seguir «TKG») [5]. Embora a TKG tenha principalmente procedido à transposição do quadro regulamentar comunitário, foi também objecto de duas alterações a respeito dos novos mercados, as quais constituem a fonte do presente caso [6].

1 — Língua original: inglês.

2 — Directiva 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 electrónicas (directiva-quadro) (JO L 108, p. 33).

3 — 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) (JO L 108, p. 7).

4 — Directiva 2002/22/CE 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 electrónicas (directiva serviço universal) (JO L 108, p. 1).

5 — Telekommunikationsgesetz, de 22 de Junho de 2004 (BGBl. I, p. 1190).

6 — Gesetz zur Änderung telekommunikationsrechtlicher Vorschriften, de 18 de Fevereiro de 2007 (BGBl. I, p. 106).

5. Estas alterações à TKG isentam os novos mercados de regulamentação, salvo quando esta regulamentação seja necessária para a concorrência a longo prazo. Impõem também à ARN alemã [7], quando analisa se é necessária regulamentação, que tenha especialmente em conta o objectivo da promoção do investimento nas infra-estruturas e da inovação.

6. Ao delinear os antecedentes do presente caso, dividirei a exposição das disposições relevantes do quadro regulamentar comunitário entre os seus objectivos regulamentares (A) e os seus aspectos processuais: o regime de transparência, o sistema de cooperação entre as ARN e a Comissão, a definição do mercado e a análise de mercado (B). Seguidamente, descreverei a TKG em pormenor (C). Por último, referir-me-ei brevemente a alguns factos relacionados com a fase pré-contenciosa (D).

A — *Os objectivos do quadro regulamentar comunitário*

7. O artigo 7.º, n.º 1, da directiva-quadro estabelece que, no exercício das funções que lhe foram conferidas pelo quadro regulamentar comunitário, as ARN terão «na maior conta» os objectivos estabelecidos no artigo 8.º

8. O artigo 8.º, n.º 1, da directiva-quadro dispõe que os Estados-Membros «deverão assegurar» que as ARN tomem todas as medidas razoáveis para realizar esses objectivos, devendo estas medidas ser proporcionadas.

9. O artigo 8.º, n.º 2, da directiva-quadro enumera seguidamente uma primeira série de objectivos, relacionados com a salvaguarda da concorrência:

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

a) Assegurando que os utilizadores, incluindo os utilizadores deficientes, obtenham o máximo benefício em termos de escolha, preço e qualidade;

7 — A «Bundesnetzagentur».

b) Assegurando que a concorrência no sector das comunicações electrónicas não seja distorcida nem entravada;

c) Encorajando investimentos eficientes em infra-estruturas e promovendo a inovação; e

d) Incentivando uma utilização eficiente e assegurando uma gestão eficaz das radiofrequências e dos recursos de numeração.»

10. O artigo 8.º, n.ºs 3 e 4, da directiva-quadro enuncia duas outras séries de objectivos, destinadas a uma maior promoção do mercado interno e à protecção dos interesses dos cidadãos comunitários, respectivamente.

11. O artigo 8.º, n.º 4, da directiva acesso e o artigo 17.º, n.º 2, da directiva serviço universal remetem para os objectivos da directiva-quadro. Estes objectivos justificam as obrigações, referidas nestes artigos, que são impostas às empresas com poder de mercado significativo [8].

12. O artigo 15.º, n.º 2, da directiva-quadro confia à Comissão a adopção de linhas de orientação, «que deverão respeitar os princípios dos direitos da concorrência», para a análise de mercado e a avaliação do poder de mercado significativo (a seguir «orientações da Comissão») [9].

13. O considerando 27 da directiva-quadro enuncia que as orientações da Comissão tratarão da questão da aplicação de obrigações regulamentares a novos mercados:

«[As orientações da Comissão] abordarão também a questão dos novos mercados, onde na realidade o líder do mercado terá,

8 — Vale a pena referir algumas destas obrigações, para compreender o impacto económico que podem ter no seu alvo: o artigo 8.º, n.º 4, da directiva acesso refere-se, designadamente, às obrigações de conceder o acesso a, e de permitir a utilização de, recursos de rede específicos, e às obrigações de controlo de preços e contabilização dos custos; o artigo 17.º, n.º 2, da directiva serviço universal comporta obrigações que podem resultar na imposição de preços máximos de retalho, medidas de controlo individual das tarifas ou medidas destinadas a orientar as tarifas para os custos ou preços de mercados comparáveis.

9 — Orientações da Comissão relativas à análise e avaliação de poder de mercado significativo no âmbito do quadro regulamentar comunitário para as redes e serviços de comunicações electrónicas (JO 2002, C 165, p. 6).

muito provavelmente, uma parte substancial do mercado, mas não deve ser sujeito a obrigações inadequadas.»

14. O n.º 32 das orientações da Comissão versa sobre esta questão dos novos mercados, repetindo o considerando 27 da directiva-quadro e acrescentando o seguinte raciocínio:

«Tal deve-se ao facto de uma imposição prematura de regulamentação *ex ante* poder influenciar indevidamente as condições da concorrência que se desenham num mercado novo e emergente. Deve ser simultaneamente evitado o encerramento desses mercados emergentes pela empresa líder. Sem prejuízo da adequação da intervenção por parte das autoridades da concorrência em casos individuais, as ARN devem certificar-se que podem justificar plenamente qualquer forma de intervenção *ex ante* precoce num mercado emergente, em especial visto manterem a capacidade de intervir numa fase posterior, no contexto da reavaliação periódica dos mercados relevantes.»

15. O artigo 15.º, n.º 1, da directiva-quadro também encarrega a Comissão da adopção de uma recomendação que identifique, «de acordo com os princípios do direito da concorrência», os mercados no quadro dos quais podem ser impostas obrigações ao abrigo da directiva acesso e da directiva serviço universal (a seguir «recomendação da Comissão») [10].

16. O considerando 15 da recomendação da Comissão refere, a respeito da aplicação de obrigações regulamentares a novos mercados, o seguinte:

«os mercados novos e emergentes, nos quais pode haver poder de mercado resultante das vantagens do 'pioneiro', não devem, em princípio, ser sujeitos a regulamentação *ex ante*.»

B — *O regime de transparência, o sistema de cooperação, a definição do mercado e a análise de mercado*

17. O artigo 6.º da directiva-quadro institui um regime de transparência no tocante às partes interessadas. Regra geral, as ARN

10 — Recomendação da Comissão, de 11 de Fevereiro de 2003, relativa aos mercados relevantes de produtos e serviços no sector das comunicações electrónicas susceptíveis de regulamentação *ex ante*, em conformidade com o disposto na Directiva 2002/21/CE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações electrónicas (JO L 114, p. 45).

devem permitir que estas partes apresentem as suas observações sobre as medidas projectadas, publicar os procedimentos nacionais de consulta por si organizados e tornar públicos os resultados destes procedimentos.

18. O artigo 7.º, n.º 2, da directiva-quadro estabelece um sistema de cooperação entre as ARN, e entre estas e a Comissão, a fim de assegurar a «aplicação coerente» do quadro regulamentar.

19. O artigo 7.º, n.ºs 3 e 5, da directiva-quadro especifica a forma que deve assumir essa cooperação. Quando uma ARN tencione tomar uma medida abrangida, designadamente, pelo âmbito de aplicação dos artigos 15.º ou 16.º da directiva-quadro, e que também afecte o comércio entre os Estados-Membros, deve informar as outras ARN e a Comissão. A sua proposta de medida e a respectiva fundamentação devem ser tornadas acessíveis às outras ARN e à Comissão, para apresentação de observações. A ARN deve ter em conta estas observações e, caso aprove a proposta de medida, deve comunicar este facto à Comissão.

20. Os artigos 15.º e 16.º da directiva-quadro versam sobre a definição do mercado e a análise de mercado, às quais se aplica a cooperação.

21. O artigo 15.º, n.º 3, da directiva-quadro rege a definição do mercado pelas ARN:

«As [ARN] tomarão a [recomendação da Comissão] e as [orientações da Comissão] na máxima conta ao definirem os mercados relevantes que correspondem às circunstâncias nacionais, em particular os mercados geográficos relevantes dentro do seu território, em conformidade com os princípios do direito da concorrência. […]»

22. O artigo 16.º, n.ºs 1 e 2, da directiva-quadro estabelece que, após a definição dos mercados relevantes, as ARN realizarão uma análise destes mercados, tendo em conta as orientações da Comissão (e, se for caso disso, em colaboração com as autoridades da concorrência nacionais). Quando uma ARN tenha de tomar uma decisão sobre uma obrigação ao abrigo da directiva acesso ou da directiva serviço universal, deve determinar se o mercado é efectivamente concorrencial.

23. O artigo 16.º, n.ºs 3 e 4, da directiva-quadro aplica-se à situação na qual a ARN chega a uma conclusão quanto à questão de saber se o mercado é ou não efectivamente concorrencial. Se o mercado for considerado efectivamente concorrencial, a ARN não imporá nem manterá nenhuma das obrigações referidas no artigo 16.º, n.º 2, devendo suprimir as existentes. Caso conclua o contrário, a ARN deve identificar as empresas com poder de mercado significativo nesse mercado e impor, manter ou modificar tais obrigações.

24. O artigo 7.º, n.º 4, da directiva-quadro confere à Comissão um direito de veto sobre certas medidas das ARN. Estas medidas devem consistir na definição de um mercado diferente do identificado na recomendação da Comissão ou numa decisão quanto à questão de saber se a empresa tem ou não um poder significativo no mercado, nos termos, designadamente, do artigo 16.º, n.os 3 e 4; além disso, estas medidas também devem afectar o comércio entre os Estados-Membros. A Comissão deve informar que considera que a medida proposta criará um entrave ao mercado interno ou que tem sérias dúvidas quanto à sua compatibilidade com o direito comunitário, em particular, com os objectivos enunciados no artigo 8.º Neste caso, a medida proposta será adiada num primeiro momento e, se a Comissão assim o entender, a ARN será obrigada a retirar a medida se esta não puder ser adoptada juntamente com as propostas específicas para a sua alteração.

25. O artigo 7.º, n.º 6, institui um procedimento de emergência que deve ser aplicado, em circunstâncias excepcionais, ao sistema de cooperação anteriormente descrito.

C — *A TKG*

26. O § 2 da TKG expõe os seus objectivos legislativos, que incluem essencialmente os objectivos regulamentares especificados no artigo 8.º da directiva-quadro.

27. O § 9, n.os 1 e 2, da TKG determina que estão sujeitos a regulamentação os mercados que preencham as condições mencionadas no § 10 e a respeito dos quais uma análise de mercado efectuada nos termos do § 11 tenha revelado a inexistência de concorrência efectiva. Às empresas com um poder de mercado significativo nestes mercados serão impostas obrigações regulamentares pela ARN alemã.

28. O § 10, n.º 2, da TKG descreve as condições de mercado que devem conduzir à aplicação de uma regulamentação (importantes entraves à entrada, impedimentos estruturais a uma concorrência efectiva a longo prazo e insuficiência das medidas correctivas do direito da concorrência). A ARN alemã deve definir estes mercados, tomando em consideração a recomendação da Comissão.

29. O § 11, n.º 1, da TKG versa sobre a apreciação da concorrência efectiva (não haverá concorrência efectiva se uma ou mais empresas tiverem um poder de mercado significativo). A ARN alemã deve proceder a esta análise de mercado, tomando em consideração as orientações da Comissão.

30. O § 12 da TKG institui um procedimento que, essencialmente, corresponde ao regime de transparência e ao sistema de cooperação dos artigos 6.º e 7.º da directiva-quadro. Os §§ 10, n.º 3, e 11, n.º 3, da TKG determinam

que a ARN alemã apresentará à Comissão, nos termos deste procedimento, os resultados da sua definição do mercado e da sua análise de mercado, sempre que envolvam o comércio entre os Estados-Membros.

31. Como já referi, a TKG foi objecto de duas alterações a respeito dos novos mercados. Verifica-se que, antes da introdução destas alterações, o operador tradicional de telecomunicações alemão (Deutsche Telekom) fizera pressão para que a rede de banda larga que pretendia criar fosse isenta de intervenção regulamentar (designadamente, acesso obrigatório a preços regulamentados).

32. Pode inferir-se das observações das partes, tanto escritas como as apresentadas na audiência, a existência de um debate na sociedade alemã a respeito das denominadas «férias regulamentares» em proveito dos novos mercados. Este debate contou com vozes que questionavam a compatibilidade de uma isenção absoluta com o direito comunitário. Não é possível concluir das alegações das partes se houve um entendimento específico que prevaleceu e que teve influência decisiva nas alterações que foram introduzidas na TKG.

33. O § 3, ponto 12b, foi a primeira alteração introduzida na TKG e procedeu à definição do conceito de novos mercados:

«Um 'novo mercado' é um mercado para serviços ou produtos que sejam significativamente diferentes dos serviços ou produtos actualmente disponíveis em termos da sua eficácia, da sua gama, da sua disponibilidade para um amplo número de utilizadores (capacidade para chegar a um mercado de massa), do seu preço e da sua qualidade do ponto de vista de um comprador avisado, e que não substituam simplesmente estes produtos.»

34. O § 9a foi a segunda alteração introduzida na TKG, instituindo a regra da isenção de regulamentação para os novos mercados no seu primeiro número e uma excepção a esta regra no seu segundo número:

«1. Salvo o disposto no número seguinte, os novos mercados não serão sujeitos a regulamentação na acepção da parte 2.

2. Quando certos factos permitam concluir que, na ausência de regulamentação, o desenvolvimento de um mercado concorrencialmente sustentável na área dos serviços ou das redes de telecomunicações será entravado a longo prazo, a [ARN alemã] pode, em derrogação ao n.º 1,

submeter um novo mercado a regulamentação na acepção da parte 2, de acordo com os §§ 9, 10, 11 e 12. Ao apreciar a necessidade de regulamentação e de imposição de medidas, a [ARN alemã] tomará especificamente em conta os objectivos da promoção de investimentos eficazes nas infra-estruturas e da promoção da inovação.»

35. Estas alterações entraram em vigor em 18 de Fevereiro de 2007.

D — *Fase pré-contenciosa*

36. Em 20 de Dezembro de 2006, após contactos com a Alemanha a respeito das alterações à TKG, mas antes de estas alterações entrarem em vigor, a Comissão decidiu dar início ao presente processo por incumprimento.

37. Em 26 de Fevereiro de 2007, a Comissão enviou à Alemanha uma notificação para cumprir, questionando a compatibilidade das alterações à TKG com o quadro regulamentar comunitário. No mesmo dia, emitiu também um comunicado de imprensa, no qual tornava pública a sua «intenção de intentar, logo que possível, uma acção por incumprimento no Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias».

38. Não tendo ficado satisfeita com as respostas da Alemanha à sua notificação para cumprir e ao subsequente parecer fundamentado, a Comissão intentou a presente acção por incumprimento, nos termos do artigo 226.º CE.

II — Admissibilidade

39. A Alemanha questiona a admissibilidade da presente acção. A sua primeira objecção baseia-se no facto de a Comissão ter decidido dar início ao procedimento por incumprimento antes de as alterações à TKG terem entrado em vigor.

40. Porém, este facto não deve ser tomado em consideração. A Alemanha recebeu a notificação para cumprir enviada pela Comissão, após as alterações à TKG terem entrado em vigor. Por conseguinte, nos termos do artigo 226.º CE, foi dada à Alemanha a oportunidade de apresentar as suas observa-

ções a respeito de um incumprimento que, alegadamente, já existia [11].

41. Em segundo lugar, a Alemanha argumenta que os seus direitos de defesa não foram respeitados, vista a intenção da Comissão, expressa num comunicado de imprensa com a mesma data da notificação para cumprir, de intentar, logo que possível, a presente acção no Tribunal de Justiça.

42. É lamentável a impetuosidade da Comissão, especificamente à luz do seu dever de cooperação leal com os Estados-Membros [12]. Todavia, isto não basta para concluir que as subsequentes observações da Alemanha em resposta à notificação para cumprir e ao parecer fundamentado não tenham sido devidamente consideradas pela Comissão. Assim sendo, a presente acção é admissível.

III — Apreciação

43. Através das alterações introduzidas na TKG, a Alemanha restringiu a aplicação da regulamentação no que se refere aos novos mercados. O § 3, ponto 12b, da TKG define o que constitui um novo mercado. Seguidamente, nos termos do § 9a, n.º 1, da TKG, estes mercados estão, em princípio, isentos de regulamentação. Ao abrigo do § 9a, n.º 2, da TKG, só será adoptada regulamentação se a falta da mesma entravar a concorrência a longo prazo; ao apreciar a necessidade de regulamentação, a ARN alemã deve ter especificamente em conta os incentivos aos investimentos e à inovação — mais especificamente quando imponha obrigações a empresas com um poder de mercado significativo.

44. Segundo a Comissão, os §§ 3, ponto 12b, e 9a da TKG colocam a Alemanha em situação de incumprimento das obrigações que lhe incumbem por força de várias disposições do quadro regulamentar comunitário, concretamente os artigos 6.º, 7.º, 8.º, n.ºs 1 e 2, 15.º, n.º 3, e 16.º da directiva-quadro, o artigo 8.º, n.º 4, da directiva acesso e o artigo 17.º, n.º 2, da directiva serviço universal.

45. Estes alegados incumprimentos podem ser agrupados em dois conjuntos de questões: o primeiro refere-se ao impacto substantivo da restrição à regulamentação e o segundo às suas implicações processuais.

46. As questões substantivas versam sobre a margem de apreciação de que a Alemanha

11 — V. acórdão de 15 de Fevereiro de 2001, Comissão/França (C-230/99, Colect., p. I-1169, n.º 32).

12 — V. as conclusões apresentadas pelo advogado-geral J. Mischo no processo Comissão/Irlanda (despacho de 9 de Setembro de 2002, C-120/01, Colect., pp. I-6739, I-6740, n.º 50).

goza na transposição do quadro regulamentar comunitário:

— Pode a Alemanha estabelecer uma regra de isenção de regulamentação para os novos mercados?

— Pode a Alemanha limitar o poder discricionário da ARN alemã, atribuindo prioridade a um objectivo regulamentar específico, no contexto da intervenção em novos mercados?

47. As questões processuais versam sobre a questão de saber até que ponto as alterações à TKG interferem nas actividades processuais que conduzem à decisão da ARN alemã sobre a questão de saber se deve ou não intervir, tal como estabelecidas no quadro regulamentar comunitário — o regime de transparência, o sistema de cooperação entre as ARN e a Comissão, a definição do mercado e a análise de mercado.

48. Todavia, só será necessário tratar destas questões processuais se, em primeiro lugar, a resposta do Tribunal de Justiça às questões substantivas reconhecer que a Alemanha actuou legalmente dentro dos limites da sua margem de apreciação quando procedeu à transposição do quadro regulamentar comunitário. Se assim não for, outras ilegalidades relacionadas com estas questões processuais deixarão de ser relevantes.

49. Assim, começarei a minha análise pelas questões substantivas.

A — *O alegado incumprimento decorrente da instituição de uma regra de isenção de regulamentação para os novos mercados*

50. O § 9a, n.º 1, da TKG institui uma regra de isenção de regulamentação para os novos mercados, excepto quando estejam satisfeitas as condições enunciadas no § 9a, n.º 2, da TKG. Esta regra, segundo a Comissão, destina-se a favorecer o investimento do operador tradicional de telecomunicações alemão numa rede de banda larga, eliminando a ameaça de uma intervenção regulamentar.

51. O Tribunal de Justiça já se pronunciou no sentido de que a intervenção em infra-estruturas privadas reduz desde logo os incentivos ao desenvolvimento destas infra-estruturas. É esta a razão pela qual, ao abrigo do artigo 82.º CE, a exigência de concessão de acesso a uma infra-estrutura (como sanção

para a recusa abusiva de fornecimento) só será adequada se estiverem preenchidos os mais estritos requisitos [13]. Também é por esta razão que, nos termos da regulamentação comunitária do sector das telecomunicações, a imposição da obrigação de negociar contratos de acesso deve ser proporcionada e verdadeiramente imposta pela situação concorrencial [14].

52. Por conseguinte, pode concluir-se que as possibilidades de intervenção que a regulamentação comporta reduzirão os incentivos ao investimento nas infra-estruturas e na inovação [15]. Assim sendo, é perfeitamente natural que o operador tradicional de telecomunicações não veja a regulamentação com bons olhos; e se a Alemanha pretende promover o investimento nas infra-estruturas das telecomunicações, faz bem em ter em conta estas preocupações. No fim de contas, trata-se de uma opção política: restringir a regulamentação e sofrer os consequentes efeitos de um substancial poder no mercado, de modo a favorecer o investimento nas infra-estruturas.

53. Em circunstâncias normais, seria permitido à Alemanha fazer livremente tal opção política; mas não quando existe uma regulamentação comunitária do sector das telecomunicações. Neste caso, o legislador comunitário já optou por sujeitar este sector a regulamentação, com todas as possibilidades de intervenção daí decorrentes [16].

54. É inquestionável que o sector das telecomunicações inclui os novos mercados definidos no § 3, ponto 12b, da TKG. Por isso, a Alemanha não pode contrariar a decisão do legislador comunitário e, como regra, isentar de regulamentação estes novos mercados.

55. Todavia, a Alemanha argumenta que, efectivamente, a regra de que os novos mercados não devem ser sujeitos a regulamentação já está consagrada no quadro regulamentar comunitário.

56. Tal não é o caso. O considerando 27 da directiva-quadro limita-se a advertir contra a imposição de «obrigações inadequadas» aos

13 — Designadamente a eliminação de toda a concorrência; v. acórdão de 26 de Novembro de 1998, Bronner (C-7/97, Colect., p. I-7791, n.º 41), e, no que respeita ao efeito nos incentivos, as conclusões apresentadas pelo advogado-geral F. G. Jacobs no mesmo processo (n.º 57).

14 — V. acórdão de 13 de Novembro de 2008, Comissão/Polónia (C-227/07, Colect., p. I-8403, n.ºs 40 a 44), e as conclusões apresentadas pelo advogado-geral D. Ruiz-Jarabo Colomer nesse processo (n.ºs 38 e 39), o qual refere que «não há que restringir sem fundamento a economia de mercado».

15 — Especialmente em comparação com as possibilidades de intervenção conferidas pelo regime geral do direito da concorrência.

16 — Isto não significa que a regulamentação seja insensível aos incentivos ao investimento e à inovação; na verdade, estes aspectos condicionam o quadro regulamentar comunitário através do disposto no artigo 8.º, n.º 2, alínea c), da directiva-quadro, como será adiante discutido.

novos mercados [17]. Foi apenas a Comissão, primeiro, nas suas orientações e, depois, na sua recomendação, que aprofundou esta questão. É verdade que este último instrumento enuncia que os novos mercados não devem ser sujeitos a regulamentação; porém, entendo que o primeiro instrumento expõe melhor e mais exaustivamente a problemática aqui em jogo.

57. As orientações da Comissão enunciam que a evolução dos novos mercados pode ser indevidamente influenciada pela regulamentação; mas também que estes mercados não devem ser encerrados logo de início por empresas com um poder de mercado significativo. Isto impõe um especial dever de cautela às ARN quando intervierem nestes mercados, especialmente à luz da possibilidade de adiar a sua intervenção para o momento em que as condições de concorrência tenham estabilizado. A recomendação da Comissão e a sua referência ao poder de mercado adquirido em razão das vantagens do «pioneiro» também devem ser interpretadas neste sentido.

58. Por conseguinte, é manifesto, no que respeita à isenção de regulamentação para os novos mercados, que a passagem das meras recomendações cautelares para uma regra juridicamente vinculativa não era pretendida pelo legislador comunitário.

17 — A respeito do valor interpretativo dos considerandos, v. as conclusões que apresentei no processo Comissão/Grécia (C-250/07, aguardando decisão, n.º 15).

59. Consequentemente, a Alemanha não pode instituir uma regra de isenção de regulamentação para os novos mercados, como fez através do § 9a, n.º 1, da TKG.

B — *O alegado incumprimento decorrente da limitação do poder discricionário da ARN alemã através da prioridade dada a um objectivo de regulamentação específico*

60. A Alemanha, contudo, sustenta que não instituiu uma isenção geral de regulamentação. Argumenta que o § 9a da TKG deve ser interpretado à luz do seu n.º 2, que enuncia as condições necessárias para a sujeição a regulamentação, estabelecendo o n.º 1 meramente a consequência de não estarem preenchidas estas condições. A este respeito, a Alemanha alega que está apenas a orientar — ou, como descreve, a «pré-estruturar» — a intervenção da ARN alemã nos novos mercados.

61. Fulcral nesta «pré-estruturação» é a relevância dada pelo § 9a, n.º 2, da TKG ao objectivo da promoção do investimento e da inovação [18]. Este objectivo corresponde ao artigo 8.º, n.º 2, alínea c), da directiva-

18 — Outra condição enunciada no § 9a, n.º 2, da TKG, que chamou a atenção da Comissão, foi o impedimento, na ausência de regulamentação, do desenvolvimento de um mercado concorrencialmente sustentável. Porém, esta condição também é exigida para qualquer regulamentação pelo § 10, n.º 2, da TKG (impedimentos estruturais a uma concorrência efectiva a longo prazo), que reproduz em grande parte o considerando 9 da recomendação da Comissão e parece ser compatível com uma aplicação proporcionada e correcta da regulamentação (v. as remissões feitas na nota 14, *supra*).

quadro; todavia, os outros objectivos do artigo 8.º da directiva-quadro continuam a ser aplicáveis por via do disposto no § 2 da TKG. No entender da Alemanha, os objectivos do quadro regulamentar comunitário podem ser ponderados de vários modos e o que o seu legislador fez foi «instruir» a ARN sobre a forma de efectuar esta ponderação, dando prioridade a um objectivo específico [19].

62. A Alemanha argumenta que essas instruções não exorbitam da margem de apreciação permitida na transposição do quadro regulamentar comunitário [20]. Por conseguinte, a questão que se põe é saber a quem é que o quadro regulamentar comunitário confia a ponderação dos seus diferentes objectivos: ao legislador nacional, quando procede à transposição deste quadro, ou às ARN, quando procedem às suas apreciações específicas?

63. Devo realçar que esta questão é independente do objectivo específico perseguido. Poderá suceder que a Alemanha tenha razão e que, no que respeita aos novos mercados, seja necessário dar especial atenção aos incentivos às infra-estruturas e à inovação. Porém, confiar esta ponderação ao legislador nacional não tem as mesmas consequências do que se a confiasse às ARN. As ARN foram criadas e foram-lhes conferidos poderes específicos pelo quadro regulamentar comunitário, por uma razão: pretende-se que não sejam influenciadas por certos interesses e que cheguem às suas decisões apenas com base nos critérios instituídos neste quadro.

64. Assim sendo, creio que a ponderação dos objectivos do quadro regulamentar incumbe às ARN. O artigo 8.º da directiva-quadro confia expressamente a prossecução destes objectivos — e, portanto, a sua ponderação — às ARN, e não ao legislador nacional.

65. Isto cria um regime institucional no âmbito do qual a missão do legislador nacional se limita a garantir que as ARN tomarão todas as medidas necessárias para a prossecução destes objectivos, como o Tribunal de Justiça já confirmou em várias ocasiões [21]. Mesmo a autonomia dos Estados-Membros no que respeita à organização e à estruturação das ARN foi subordinada a esta prossecução [22].

19 — Na audiência, a Alemanha apresentou um argumento mais matizado: o § 9a, n.º 2, da TKG seria necessário para efeitos de permitir a fiscalização jurisdicional do poder discricionário da ARN alemã. Porém, uma fiscalização jurisdicional limitada a um único objectivo equivale a uma instrução para lhe ser dada prioridade relativamente aos outros objectivos.

20 — Isto é válido para as instruções vinculativas. Cabe notar que os §§ 10, n.º 2, e 11, n.º 1, da TKG já remetem para a recomendação da Comissão e para as orientações da Comissão, permitindo que as suas recomendações não vinculativas sejam aplicadas aos novos mercados.

21 — V. acórdão de 31 de Janeiro de 2008, Centro Europa 7 (C-380/05, Colect., p. I-349, n.º 81), e acórdão Comissão/Polónia, já referido na nota 14 (n.º 63). No seu acórdão de 10 de Janeiro de 2008, Comissão/Finlândia (C-387/06, n.º 23), o Tribunal de Justiça declarou que, para provar que fora impedida a prossecução dos objectivos de regulamentação do artigo 8.º da directiva-quadro, se impunha que a Comissão especificasse pormenorizadamente o conjunto dos poderes da ARN. De igual modo, no acórdão Comissão/Polónia (n.º 66), o Tribunal de Justiça reconheceu que à ARN tinham sido conferidos «amplos poderes de intervenção» para prosseguir os objectivos enunciados no artigo 8.º da directiva-quadro.

22 — V. acórdão de 6 de Março de 2008, Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (C-82/07, Colect., p. I-1265, n.º 24).

66. Isto também pressupõe que são as ARN, confrontadas com apreciações específicas, que estão melhor posicionadas para decidir como podem ser contrabalançados estes diferentes objectivos, de modo a maximizá-los. Por outras palavras, a decisão do legislador nacional de conferir prioridade a um objectivo específico afectaria, na realidade, a maneira como o legislador comunitário pretendeu que fossem feitas as apreciações específicas do mercado: pelas ARN, tomando em consideração os diversos objectivos numa base casuística. A falta de um sistema que estabeleça prioridades entre os objectivos enunciados pelo quadro regulamentar comunitário e o consequente poder discricionário conferido às ARN foram, pois, cabalmente pretendidos pelo legislador comunitário.

67. Assim, a Alemanha não pode limitar o poder discricionário da ARN alemã no que respeita à intervenção nos novos mercados, sujeitando esta intervenção a condições, como as enunciadas no § 9a, n.º 2, da TKG, que atribuem prioridade a um determinado objectivo de regulamentação [23].

68. Por conseguinte, a Alemanha não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força das disposições que enunciam os objectivos do quadro regulamentar comunitário ou que a eles se referem: os artigos 7.º, n.º 1, e 8.º da directiva-quadro, o artigo 8.º, n.º 4, da directiva acesso e o artigo 17.º, n.º 2, da directiva serviço universal [24].

C — *Os alegados incumprimentos a respeito do regime de transparência, do sistema de cooperação, da definição do mercado e da análise de mercado*

69. Todos os demais preceitos referidos pela Comissão são relativos às actividades processuais que conduzem à decisão da ARN alemã quanto à questão de saber se há ou não que intervir, tal como estabelecidas no quadro regulamentar comunitário: o regime de transparência, o sistema de cooperação entre as ARN e a Comissão, a definição do mercado e a análise de mercado.

70. Uma vez que já se demonstrou, em relação à intervenção pela ARN alemã, que

23 — O acórdão Comissão/Polónia, já referido na nota 14 (n.os 42 e 44), também confirma esta conclusão. Nesse acórdão, o Tribunal de Justiça considerou que constituía uma transposição inadequada da directiva acesso, e mais especificamente da obrigação de prosseguir os objectivos enunciados no artigo 8.º da directiva-quadro, a decisão da Polónia de favorecer o acesso a infra-estruturas da rede, ignorando as condições concretas da concorrência.

24 — Também há preceitos correspondentes ao artigo 8.º, n.º 1, da directiva-quadro na directiva acesso e na directiva serviço universal — os artigos 8.º, n.º 1, e 17.º, n.º 1, respectivamente. Porém, a Comissão não suscitou esta problemática no Tribunal de Justiça.

as alterações introduzidas na TKG exorbitaram da margem de apreciação de que a Alemanha dispõe na transposição do quadro regulamentar comunitário, é irrelevante saber se estas alterações também implicam o incumprimento pela Alemanha das suas obrigações respeitantes aos referidos aspectos processuais.

IV — Conclusão

71. À luz das precedentes considerações, proponho que o Tribunal de Justiça declare que, tendo adoptado os §§ 3, ponto 12b, e 9a, que alteraram a sua lei sobre as telecomunicações, a República Federal da Alemanha não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força dos artigos 7.º, n.º 1, e 8.º da directiva-quadro, do artigo 8.º, n.º 4, da directiva acesso e do artigo 17.º, n.º 2, da directiva serviço universal.