

Processo C-721/20**Resumo do pedido de decisão prejudicial em aplicação do artigo 98.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça****Data de entrada:**

30 de dezembro de 2020

Órgão jurisdicional de reenvio:

Kammergericht Berlin (Tribunal Regional Superior de Berlim, Alemanha)

Data da decisão de reenvio:

10 de dezembro de 2020

Demandada e recorrente:

DB Station & Service AG

Demandante e recorrida:

ODEG Ostdeutsche Eisenbahn GmbH

Objeto do processo principal

Transporte ferroviário – Diretiva 2001/14/CE – Taxa de utilização da estação – Competência dos tribunais cíveis para fiscalizar o montante das taxas de utilização segundo os critérios do artigo 102.º TFUE e/ou do direito nacional da concorrência

Objeto e fundamento jurídico do pedido de decisão prejudicial

Interpretação do direito da União, artigo 267.º, primeiro parágrafo, alínea b), TFUE

Questões prejudiciais

1. É compatível com a Diretiva 2001/14/CE – especialmente com as suas disposições relativas à independência de gestão da empresa de infraestruturas (artigo 4.º), aos princípios de tarifação (artigos 7.º a 12.º) e

às funções da entidade reguladora (artigo 30.º) – que os tribunais cíveis nacionais fiscalizem, caso a caso e independentemente da supervisão exercida pela entidade reguladora, o montante das taxas exigidas, à luz dos critérios do artigo 102.º TFUE e/ou do direito nacional da concorrência?

2. Em caso de resposta afirmativa à primeira questão: é admissível e necessária uma fiscalização dos abusos pelos tribunais cíveis nacionais segundo os critérios do artigo 102.º TFUE e/ou do direito nacional da concorrência, mesmo quando as empresas de transporte ferroviário têm a possibilidade de obter uma fiscalização, pela entidade reguladora competente, do caráter adequado das taxas pagas? Os tribunais cíveis nacionais são obrigados a aguardar a correspondente decisão da entidade reguladora e, se essa decisão for judicialmente contestada, a aguardar que adquira caráter definitivo?

Disposições de direito da União invocadas

Artigo 102.º TFUE

Diretiva 2001/14/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2001, relativa à repartição de capacidade da infraestrutura ferroviária e à aplicação de taxas de utilização da infraestrutura ferroviária (JO 2001, L 75, p. 29).

Disposições de direito nacional invocadas

Allgemeines Eisenbahngesetz (Lei geral dos caminhos de ferro, AEG), na versão em vigor de 30 de abril de 2005 a 1 de setembro de 2016, resultante da Drittes Gesetz zur Änderung eisenbahnrechtlicher Vorschriften (Terceira lei que altera a regulamentação ferroviária), de 27 de abril de 2005 (BGBl. I 2005, p. 11389), especialmente os §§ 14b, 14d, 14e, 14f

Apresentação sucinta dos factos e do processo

- 1 A demandada DB Station & Service AG, filial da Deutsche Bahn AG, é uma empresa de infraestruturas ferroviárias na aceção do § 2, n.º 1, da Allgemeines Eisenbahngesetz (AEG). Tem cerca de 5 400 estações (estações de tráfego ferroviário) na Alemanha. A demandante explora uma empresa de transporte ferroviário e utiliza estações de tráfego da demandada no âmbito do transporte ferroviário regional de passageiros. As partes estão em desacordo quanto ao montante da taxa a pagar.
- 2 A demandada celebra contratos-quadro para a utilização das estações com cada uma das empresas de transporte ferroviário que desejem utilizar as infraestruturas que fornece. Deles consta a respetiva lista de preços de estação em vigor (sistema de preços de estação, SPS) no que diz respeito ao montante das taxas de utilização. A utilização individual das estações é regida por contratos específicos

de utilização. A 1 de janeiro de 2005, a demandada introduziu um novo sistema denominado «sistema de preços 2005» (SPS 05), que substituiu o «sistema de preços 1999» (SPS 99), originalmente em vigor. Deste modo, os preços foram determinados de forma fixa em função de determinadas categorias de preços e em relação aos respetivos Länder. A partir de 1 de janeiro de 2005, a demandante, para a qual o novo sistema implicou um aumento de preços, pagou os acréscimos sob reserva.

- 3 Por Decisão de 10 de dezembro de 2009, a Bundesnetzagentur (Agência Federal das Redes) enquanto autoridade reguladora competente, declarou o SPS 05 inválido com efeitos a partir de 1 de maio de 2010. A demandada impugnou essa decisão; até à data, não foi proferida qualquer decisão judicial administrativa quanto ao mérito.
- 4 Com as suas ações intentadas no Landgericht Berlin (Tribunal Regional de Berlim), a demandante pede o reembolso das taxas de utilização das estações que pagou relativamente ao período compreendido entre novembro de 2006 e dezembro de 2010, na medida em que ultrapassem as taxas previstas pelo SPS 99. O Landgericht julgou procedentes as ações em cada caso, exceto no que diz respeito a parte da reclamação de juros. Fundamentou essa decisão declarando, em conformidade com a jurisprudência do Bundesgerichtshof (Supremo Tribunal Federal) da altura, que as taxas exigidas pela demandada estavam sujeitas a uma fiscalização da equidade nos termos do § 315 do BGB (Código Civil alemão). Uma vez que a determinação do preço prevista pelo SPS 05 não respeita esta fiscalização da equidade, a demandada é obrigada a reembolsar os montantes correspondentes de acordo com os princípios do enriquecimento sem causa. Isto é contestado pela demandada com os seus recursos e pela demandante com os seus recursos subordinados, através dos quais cada uma das partes prossegue os seus pedidos em primeira instância.
- 5 Entretanto, o Tribunal de Justiça da União Europeia decidiu, em sede de reenvio prejudicial num litígio comparável, que uma fiscalização da equidade das taxas de utilização de uma infraestrutura ferroviária pelos órgãos jurisdicionais ordinários não pode ter lugar independentemente da supervisão exercida pela autoridade reguladora competente (Acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de novembro de 2017 – C-489/15 – CTL Logistics).
- 6 Agora, por Decisão de 11 de outubro de 2019, a Bundesnetzagentur indeferiu os pedidos de várias empresas de transporte ferroviário destinados a obter uma fiscalização *a posteriori* das taxas exigidas com base no SPS 05. No entanto, esta decisão foi objeto de recurso. O recurso está atualmente pendente no Verwaltungsgericht Köln (Tribunal Administrativo de Colónia).

Apresentação sucinta da fundamentação do pedido de decisão prejudicial

- 7 Antes de decidir sobre os recursos interpostos pelas partes, afigura-se oportuno suspender a instância e obter, nos termos do artigo 267.º TFUE, uma decisão

prejudicial do Tribunal de Justiça da União Europeia sobre as questões submetidas no dispositivo, porque a decisão sobre o mérito da causa depende das respostas às questões prejudiciais.

- 8 O processo pendente perante a Bundesnetzagentur para uma fiscalização *a posteriori* das taxas de utilização das estações cobradas pela demandada com base no SPS 05 ainda não foi concluído. No entanto, tendo em conta a duração do processo até à data, já não parece aceitável aguardar primeiro a conclusão do processo administrativo, que presumivelmente ainda levará vários anos, para – caso a decisão da Bundesnetzagentur seja confirmada – só então obter uma decisão prejudicial do Tribunal de Justiça sobre as questões referidas.
- 9 A Diretiva 2001/14/CE, revogada pelo artigo 65.º da Diretiva 2012/34/UE, de 21 de novembro de 2012, que estabelece um espaço ferroviário europeu único (JO 2012, L 343 de 14 de dezembro de 2012, p. 32 e segs.) e substituída pelas disposições desta diretiva com um teor essencialmente idêntico, ainda é aplicável no presente caso. Com efeito, a demandante pede o reembolso de taxas que pagou à demandada no período até dezembro de 2010. Nessa altura, a Diretiva 2001/14/CE ainda estava em vigor. Todavia, há que considerar que a resposta a dar pelo Tribunal de Justiça às questões prejudiciais é perfeitamente transponível para a Diretiva 2012/34/UE.
- 10 A cobrança de taxas aqui em causa para a utilização de estações ferroviárias também está abrangida pelo âmbito de aplicação material da Diretiva 2001/14/CE. Com efeito, carece – ao contrário da Diretiva 2012/34/UE posteriormente adotada – de regras abrangentes de acesso não discriminatório às instalações de serviços. Todavia, as estações de passageiros são mencionadas no anexo II, ponto 2, alínea [c)], da Diretiva 2001/14/CE, ao qual o princípio da não discriminação faz expressamente referência no artigo 5.º, n.º 1, da Diretiva 2001/14/CE. Além disso, o sentido e a finalidade da diretiva impõem a inclusão da utilização das estações de passageiros no seu âmbito de aplicação. A mera atribuição de vias ferroviárias numa base não discriminatória é insuficiente para uma empresa ferroviária se esta atribuição não for complementada por um acesso adequado às instalações que – como as estações de passageiros – são indispensáveis para a utilização eficaz das vias férreas.
- 11 A decisão do mérito depende da resposta às questões prejudiciais. Em caso de resposta negativa à primeira questão prejudicial, os pedidos não podem ser acolhidos pelo simples facto de a adequação das taxas de utilização reclamadas pela demandada estar excluída de uma fiscalização pelos tribunais cíveis. A resposta à segunda questão prejudicial depende da questão de saber se, antes da decisão sobre os recursos interpostos pela demandada, é necessário primeiro aguardar que a Decisão da Bundesnetzagentur de 11 de outubro de 2019 (v. n.º 6, *supra*) se torne definitiva.
- 12 As questões prejudiciais ainda não foram decididas pelo Tribunal de Justiça. Com o seu Acórdão de 9 de novembro de 2017 (C-489/15 – CTL Logistics) o Tribunal

de Justiça limitou-se a declarar a incompatibilidade com as disposições da diretiva de uma fiscalização jurisdicional da equidade nos termos do § 315 do BGB, tal como tinha sido anteriormente praticada pelos tribunais cíveis alemães. Em contrapartida, na referida decisão, o Tribunal de Justiça não se pronunciou sobre a questão de saber se, caso a caso e independentemente da supervisão exercida pela entidade reguladora, os órgãos jurisdicionais cíveis nacionais têm o direito e a obrigação de verificar o montante das taxas de utilização segundo os critérios do artigo 102.º TFUE e/ou da legislação nacional da concorrência.

- 13 O pedido de decisão prejudicial também não é dispensável porque, embora as questões submetidas ainda não tenham sido respondidas pelo Tribunal de Justiça, a correta aplicação do direito da União no sentido do denominado *acte clair* é tão evidente que já não há margem para dúvidas razoáveis quanto à correta decisão das questões submetidas. De acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, o reconhecimento de um *acte clair* pressupõe que o órgão jurisdicional nacional esteja convencido, ele próprio, da interpretação correta do direito da União, e também de que todos os tribunais dos outros Estados-Membros e o Tribunal de Justiça têm a mesma convicção (Acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de outubro de 1982-283/81 – CILFIT).
- 14 Tanto a jurisprudência dos tribunais cíveis alemães como a doutrina alemã, na sequência do Acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de novembro de 2017 (C-489/15 – CTL Logistics) diferem quanto ao alcance das consequências a retirar desse acórdão.
- 15 Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, os melhores argumentos indicam que os princípios estabelecidos pelo Tribunal de Justiça na sua decisão CTL Logistics devem também ser aplicados à fiscalização de abusos ao abrigo da legislação da concorrência, o que exclui qualquer fiscalização das taxas de utilização pelos órgãos jurisdicionais cíveis nacionais, independentemente da supervisão exercida pela entidade reguladora competente.
- 16 O Tribunal de Justiça, no seu Acórdão CTL Logistic (Acórdão de 9 de novembro de 2017 – C-489/15) justificou a incompatibilidade de uma fiscalização jurisdicional da equidade nos termos do § 315 do BGB com os requisitos substantivos e processuais da Diretiva 2001/14/CE da seguinte forma:
- 17 Em primeiro lugar, uma fiscalização da equidade das taxas de utilização baseada nas circunstâncias concretas da relação contratual em causa – conforme prevista no § 315 do BGB – não pode ser conciliada com o princípio da não discriminação consagrado pela Diretiva 2001/14/CE e com o princípio da igualdade de tratamento (n.ºs 69 a 76).
- 18 Em segundo lugar, tal fiscalização da equidade teria como consequência privar o gestor da infraestrutura de margem de manobra na avaliação das taxas de utilização, a qual deixa conscientemente em aberto o artigo 4.º, n.º 1, da Diretiva 2001/14/CE para incentivar a otimização da utilização das instalações. Isto

constitui igualmente uma ingerência na independência de gestão do gestor da infraestrutura, que deve ser garantida por força da referida diretiva (n.ºs 77 a 83).

- 19 Em terceiro lugar, uma fiscalização jurisdicional da equidade seria incompatível com os critérios normativos de apreciação. Em contrapartida, se os órgãos jurisdicionais cíveis devessem ter em conta esses critérios e aplicar diretamente as disposições da legislação ferroviária, estariam a invadir a competência exclusiva da entidade reguladora nos termos do artigo 30.º da Diretiva 2001/14/CE (n.ºs 84 a 87).
- 20 Em quarto lugar, o Tribunal de Justiça sublinha as «dificuldades praticamente inultrapassáveis» que a entidade reguladora teria para integrar, o mais rapidamente possível, num sistema não discriminatório, diferentes decisões individuais adotadas por diferentes tribunais cíveis. Até à intervenção de um tribunal supremo, haveria inevitavelmente discriminação entre as empresas que tinham interposto uma ação perante um tribunal e as que se tinham absterido de o fazer. Na sequência de decisões judiciais cíveis definitivas, a entidade reguladora deveria então reagir através de uma adaptação das taxas, o que implicaria, por sua vez, uma ingerência inadmissível na margem de manobra dos gestores da infraestrutura e uma violação igualmente inadmissível da competência exclusiva da entidade reguladora (n.ºs 88 a 93).
- 21 Em quinto lugar, o efeito *erga omnes* das decisões da entidade reguladora – ou seja, o carácter vinculativo destas decisões em relação a todos os interessados do setor ferroviário – ficaria comprometido por uma fiscalização jurisdicional da equidade. O efeito de uma decisão cível que imponha uma obrigação de reembolso de taxas excessivas continuaria necessariamente limitado às partes no litígio. Isto favoreceria ao mesmo tempo a parte prevalecente em relação a outras empresas e comprometeria o objetivo da diretiva de assegurar uma concorrência leal (n.ºs 94 a 97).
- 22 Em sexto lugar, no âmbito de um processo judicial cível, a conclusão de um acordo é possível sem que seja necessário o envolvimento da entidade reguladora. Isto não é compatível com o artigo 30.º, n.º 3, segundo e terceiro períodos, da Diretiva 2001/14/CE, segundo o qual as negociações entre as partes devem ter lugar sob a supervisão da entidade reguladora e esta última deve intervir se houver risco de violação da diretiva (n.ºs 98 a 99).
- 23 Por último, em sétimo lugar, uma fiscalização jurisdicional da equidade não é compatível com o objetivo da Diretiva 2001/14/CE, de dar aos gestores de infraestruturas um incentivo para otimizar a utilização das infraestruturas (n.ºs 100 a 102).
- 24 Os argumentos apresentados pelo Tribunal de Justiça contra uma fiscalização jurisdicional da equidade também podem ser aplicados, sem restrições significativas, ao controlo das taxas de utilização à luz do direito da concorrência. Isto aplica-se em particular ao aspeto decisivo, nomeadamente o risco assim

criado de que as decisões de diferentes tribunais cíveis, tomadas em casos individuais e independentemente da supervisão por parte da entidade reguladora, possam em última análise levar a que diferentes empresas ferroviárias tenham de pagar taxas diferentes pela utilização dos mesmos serviços. Isto inverteria ao mesmo tempo a preocupação central da Diretiva 2001/14/CE de assegurar um acesso não discriminatório à infraestrutura ferroviária e permitir assim uma concorrência leal na prestação de serviços de transporte ferroviário (v., a este respeito, considerandos 5, 11 e 16). Do mesmo modo, a violação da competência exclusiva da entidade reguladora e as dificuldades práticas quase inextricáveis que daí resultarem são idênticas. Tudo isto sugere que uma fiscalização de abusos, em casos individuais, à luz do direito da concorrência, pelos tribunais cíveis nacionais também deve ser considerada incompatível com as disposições da Diretiva 2001/14/CE.

- 25 Esta Secção também não pode subscrever a tese defendida pelo Bundesgerichtshof segundo a qual se impõe uma apreciação divergente porque – contrariamente ao que acontece com o § 315 do BGB – o artigo 102.º TFUE não é uma disposição de direito interno, mas uma norma de direito primário europeu e, portanto, uma norma hierarquicamente superior às disposições da Diretiva 2001/14/CE. Com efeito, é certo que, enquanto norma de direito primário da União, o artigo 102.º TFUE é aplicável diretamente em todos os Estados-Membros da União. Do mesmo modo, é verdade que os órgãos jurisdicionais nacionais estão, portanto, obrigados a aplicar diretamente o artigo 102.º TFUE (v., neste sentido, Acórdão do Tribunal de Justiça de 30 de janeiro de 1974, processo 127/73 – BRT/SABAM, Coletânea 1974, 51, n.ºs 15 a 17).
- 26 No entanto, o Tribunal de Justiça ainda não decidiu se isto também se aplica se a fixação de taxas for supervisionada por uma autoridade reguladora cujas decisões também estão sujeitas a fiscalização jurisdicional. Nada em contrário decorre em particular do Acórdão do Tribunal de Justiça, Telefónica. É certo que aí indicou que a intervenção da Comissão Europeia nos termos do artigo 102.º TFUE não implicava um reexame prévio das medidas pela entidade reguladora nacional (Acórdão de 10 de julho de 2014, C-295/12). Esta constatação não é, todavia, transponível para o caso em apreço. Com efeito, contrariamente ao que acontece no âmbito de uma fiscalização jurisdicional das taxas num caso individual, uma aplicação do artigo 102.º TFUE pela Comissão Europeia não implica o risco de um grande número de decisões judiciais possivelmente divergentes, nem abre várias vias decisórias não coordenadas. Pelo contrário, as decisões da Comissão Europeia estão sujeitas a uma fiscalização do Tribunal de Justiça, o que garante uma aplicação uniforme caso a caso.
- 27 Também não parece proceder o elemento jurídico referido pelo Bundesgerichtshof, segundo o qual se justifica uma avaliação jurídica diferente de uma fiscalização da equidade nos termos do § 315 do BGB, por um lado, e uma fiscalização de abusos à luz da legislação da concorrência, por outro, porque esta última se relaciona exclusivamente com o passado e já não pode, por essa razão, entrar em conflito com o direito regulador. É certo que, em caso de violação

culposa do artigo 102.º TFUE, podem ser reclamadas indemnizações por períodos no passado, nos termos dos §§ 33, n.º 1, e 33a, n.º 1, da Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Lei contra as restrições da concorrência, GWB). Todavia, uma violação do artigo 102.º TFUE implica igualmente a nulidade (mesmo parcial) dos correspondentes atos jurídicos, nos termos do § 134 do BGB, o que pode ser determinado através de uma ação declarativa (§ 256 do ZPO) com efeitos para o futuro. Finalmente, em caso de violação do artigo 102.º TFUE, o lesado pode igualmente, nos termos do § 33, n.º 1, da GWB, intentar ações de cessação e proibição, com efeitos igualmente para o futuro. Independentemente disso, acresce que não parece de todo impossível, mas antes lógico, que a concorrência leal na prestação de serviços de transporte ferroviário também seria prejudicada se as taxas já pagas a empresas individuais fossem subsequentemente reembolsadas a título de compensação, o que seria novamente incompatível com o objetivo da Diretiva 2001/14/CE.

- 28 Por último, o entendimento do Bundesgerichtshof de que, nos termos do artigo 30.º, n.º 3, da Diretiva 2001/14/CE, a entidade reguladora não tem poder de fiscalização de taxas já pagas não é convincente. Para justificar esta interpretação da diretiva, o Bundesgerichtshof baseia-se unicamente nas Conclusões do advogado-geral P. Mengozzi de 24 de novembro de 2016 no processo C-489/15 – CTL Logistics (v. n.º 58) que, no entanto, o Tribunal de Justiça não seguiu no seu Acórdão de 9 de novembro de 2017. No seu anterior parecer de 23 de dezembro de 2015, com o qual Tribunal de Justiça acabou por concordar pelo menos no que respeita ao resultado, a Comissão Europeia tinha tomado explicitamente a posição contrária (v. n.ºs 19 e seg.). A redação da disposição e os considerandos da diretiva também não permitem retirar nenhum elemento significativo a favor da interpretação adotada pelo Bundesgerichtshof. Em última análise, trata-se igualmente de uma questão a ser decidida pelo Tribunal de Justiça, que é o único competente para interpretar o direito da União de forma vinculativa.