

Processo C-327/24 [Lolach] ⁱ

Pedido de decisão prejudicial

Data de entrada:

3 de maio de 2024

Órgão jurisdicional de reenvio:

Verwaltungsgericht Köln (Tribunal Administrativo de Colónia, Alemanha)

Data da decisão de reenvio:

2 de maio de 2024

Demandante:

Telekom Deutschland GmbH

Demandada:

Bundesrepublik Deutschland (República Federal da Alemanha)

Verwaltungsgericht Köln (Tribunal Administrativo de Colónia)

Despacho

[OMISSIS]

No processo de contencioso administrativo instaurado
pela Telekom Deutschland GmbH, [OMISSIS] Bona,

demandante,

[OMISSIS]

contra

a Bundesrepublik Deutschland (República Federal da Alemanha) [OMISSIS],

ⁱ O nome do presente processo é um nome fictício. Não corresponde ao nome verdadeiro de nenhuma das partes no processo.

demandada,

que tem por objeto o direito das telecomunicações

a 21ª Secção do Verwaltungsgericht Köln (Tribunal Administrativo de Colónia)

decidiu,

[OMISSIS]

em 2 de maio de 2024:

Suspender a instância.

Submeter ao Tribunal de Justiça da União Europeia, em sede de reenvio prejudicial e nos termos do artigo 267.º TFUE, a seguinte questão:

Devem os artigos 72.º e 73.º da Diretiva (UE) 2018/1972 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2018, ser interpretados no sentido de que, no âmbito da análise sobre «se» deve ser imposta uma obrigação de acesso a ativos de engenharia civil que, segundo a análise de mercado, não fazem parte do mercado relevante, as autoridades reguladoras nacionais

devem analisar *unicamente* se a não imposição desta obrigação prejudicaria a emergência de um mercado concorrencial sustentável ou não seria do interesse do utilizador final

ou

no âmbito da análise sobre a imposição de uma obrigação de acesso aos referidos ativos, deve, para além das mencionadas condições, ser considerado, *no mesmo nível*, um «conjunto de objetivos» que inclui os demais objetivos enunciados no artigo 3.º da Diretiva (UE) 2018/1972 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2018, e, eventualmente, outros objetivos.

F u n d a m e n t o s

I.

O litígio tem por objeto, em substância, à questão da legalidade da imposição de obrigações de acesso em relação à demandante.

A Diretiva (UE) 2018/1972 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2018 (a seguir «Diretiva 2018/1972»), regula a imposição de obrigações de acesso nos artigos 72.º e 73.º, de acordo com a versão linguística alemã – existindo, de todo o modo, versões linguísticas divergentes no que respeita ao artigo 73.º –, como segue:

Artigo 72.º

Acesso aos ativos de engenharia civil

1. As autoridades reguladoras nacionais podem, nos termos do disposto no artigo 68.º, impor às empresas a obrigação de dar resposta aos pedidos razoáveis de acesso e utilização de ativos de engenharia civil incluindo, mas não exclusivamente, edifícios ou entradas de edifícios, cablagem dos edifícios, antenas, torres e outras estruturas de suporte, postes, mastros, condutas, tubagens, caixas e câmaras de visita, e armários, nas situações em que, tendo considerado a análise de mercado, a autoridade reguladora nacional conclua que a recusa de acesso ou a fixação de condições não razoáveis com efeitos similares prejudicariam a emergência de um mercado concorrencial sustentável e não seriam do interesse do utilizador final.
2. As autoridades reguladoras nacionais podem impor às empresas a obrigação de facultar acesso nos termos do presente artigo, independentemente de os ativos afetados pela obrigação fazerem parte do mercado relevante segundo a análise de mercado, desde que a obrigação seja necessária e proporcionada para atingir os objetivos enunciados no artigo 3.º

Artigo 73.º

Obrigações de acesso e utilização de elementos de rede específicos e recursos conexos

- (1) As autoridades reguladoras nacionais podem, nos termos do artigo 68.º, impor às empresas a obrigação de dar resposta aos pedidos razoáveis de acesso e utilização de elementos de rede específicos e recursos conexos, em situações em que considerem que a recusa de acesso ou a fixação de condições não razoáveis prejudicariam a emergência de um mercado concorrencial sustentável a nível retalhista, e não seriam do interesse do utilizador final.

As autoridades reguladoras nacionais podem, nomeadamente, exigir às empresas que:

- a) Concedam a terceiros o acesso e a utilização de elementos da rede físicos específicos e recursos conexos, em função das necessidades, incluindo acesso desagregado ao lacete e sub-lacete locais;
- b) Concedam a terceiros o acesso a elementos e serviços de rede ativos ou virtuais específicos;
- c) Negoceiem de boa-fé com as empresas que requerem acesso;
- d) Não retirem o acesso já concedido a determinados recursos;

- e) Ofereçam serviços específicos de venda por grosso para revenda por terceiros;
- f) Concedam acesso aberto às interfaces técnicas, protocolos ou outras tecnologias-chave que sejam indispensáveis para a interoperabilidade dos serviços ou serviços de rede virtuais;
- g) Proporcionem a partilha de locais ou outras formas de partilha de recursos conexos;
- h) Ofereçam serviços específicos, a fim de garantir aos utilizadores a interoperabilidade de serviços de extremo-a-extremo ou itinerância em redes móveis;
- i) Ofereçam acesso a sistemas de apoio operacional ou a sistemas de *software* similares, necessários para garantir uma concorrência leal no fornecimento de serviços;
- j) Interliguem redes ou recursos de rede;
- k) Ofereçam acesso a serviços associados, tais como identidade, localização e serviço de presença.

As autoridades reguladoras nacionais podem subordinar essas obrigações a condições de justiça, razoabilidade e oportunidade.

2. Sempre que ponderem a adequação da imposição de qualquer das obrigações específicas possíveis a que se refere o n.º 1 do presente artigo, e em particular na avaliação, de acordo com o princípio da proporcionalidade, da forma da sua eventual imposição, as autoridades reguladoras nacionais analisam se existem outras formas de acesso a ofertas grossistas, quer nesse mercado quer num mercado grossista conexo, que sejam suficientes para resolver o problema identificado no interesse dos utilizadores finais. Essa análise inclui as ofertas comerciais de acesso, o acesso regulamentado nos termos do artigo 61.º, ou o acesso regulamentado, já existente ou planeado, a outras ofertas grossistas nos termos do presente artigo. As autoridades reguladoras nacionais têm especialmente em conta os seguintes fatores:

- a) A viabilidade técnica e económica da utilização ou instalação de recursos concorrentes, em função do ritmo de desenvolvimento do mercado, tendo em conta a natureza e o tipo da interligação ou do acesso em causa, incluindo a viabilidade de outros produtos de acesso a montante, tais como o acesso a condutas;
- b) A evolução tecnológica prevista que possa afetar a conceção e a gestão da rede;

- c) A necessidade de assegurar a neutralidade tecnológica que permita às partes conceber e gerir as suas próprias redes;
- d) A viabilidade de oferta do acesso proposto, face à capacidade disponível;
- e) O investimento inicial do proprietário dos recursos, tendo em conta os riscos envolvidos na realização do investimento em particular no que respeita aos investimentos e níveis de risco associados às redes de capacidade muito elevada;
- f) A necessidade de salvaguardar a concorrência a longo prazo, com particular atenção para uma concorrência a nível das infraestruturas eficiente em termos económicos e modelos comerciais inovadores que apoiem uma concorrência sustentável, nomeadamente os que assentam no coinvestimento em redes;
- g) Quando adequado, os eventuais direitos de propriedade intelectual pertinentes;
- h) A oferta de serviços pan-europeus.

Caso ponderem, nos termos do artigo 68.º, impor obrigações com base no artigo 72.º ou no presente artigo, as autoridades reguladoras nacionais avaliam se a imposição de obrigações nos termos do artigo 72.º seria um meio proporcionado de promover a concorrência e o interesse do utilizador final.

3. Ao imporem a uma empresa obrigações respeitantes à oferta de acesso nos termos do presente artigo, as autoridades reguladoras nacionais podem estabelecer condições técnicas ou operacionais, a satisfazer pelo fornecedor ou pelos beneficiários de tal acesso, quando necessário para garantir o funcionamento normal da rede. As obrigações respeitantes ao cumprimento de normas ou especificações técnicas específicas devem respeitar as normas e especificações previstas no artigo 39.º

O legislador alemão incorporou estas duas disposições numa disposição, a do § 26 da Telekommunikationsgesetz (Lei das Telecomunicações, a seguir «TKG»), de 23 de junho de 2021, na versão de 10 de setembro de 2021, quanto à data aqui pertinente com a última redação que lhe foi dada pela Lei de 20 de julho de 2022 (BGBl. I, p. 1166), como segue:

§ 26 Obrigações de acesso

(1) A Agência Federal das Redes pode impor a uma empresa com poder de mercado significativo a obrigação de conceder o acesso a outras empresas se, de outra forma, a emergência de um mercado concorrencial sustentável a

nível retalhista fosse prejudicada e os interesses dos utilizadores finais fossem afetados.

(2) No âmbito da análise sobre se as obrigações de acesso são justificadas ao abrigo do n.º 1, e quais o são, e se as mesmas são adequadas aos objetivos estabelecidos no § 2, a Agência Federal das Redes verifica se:

1. as obrigações já impostas ou expectáveis ao abrigo desta parte ou os acordos comerciais em matéria de acesso já celebrados ou propostos no mercado grossista em causa ou num mercado grossista conexo e
2. a simples imposição de obrigações previstas n.º 3, ponto 10,

são suficientes para assegurar os objetivos referidos no § 2. Neste contexto, a Agência Federal das Redes deve ter em conta, em especial:

1. A viabilidade técnica e económica da utilização ou instalação de recursos concorrentes, em função do ritmo de desenvolvimento do mercado, tendo em conta a natureza e o tipo da interligação ou do acesso em causa, incluindo a viabilidade de outros produtos de acesso a montante;
2. A viabilidade de concessão do acesso proposto, face à capacidade disponível;
3. Os investimentos iniciais do proprietário dos recursos, tendo em conta eventuais investimentos públicos realizados e os riscos associados a investimentos, em especial, os riscos associados a investimentos em redes de capacidade muito elevada;
4. A necessidade de salvaguardar a concorrência a longo prazo, com particular atenção para uma concorrência a nível das infraestruturas eficiente em termos económicos e modelos comerciais inovadores;
5. Direitos de propriedade industrial e intelectual;
6. A oferta de serviços pan-europeus e
7. A evolução tecnológica prevista para a conceção e a gestão da rede;

(3) A Agência Federal das Redes pode, ao abrigo do n.º 1, impor às empresas com poder de mercado significativo, nomeadamente, as seguintes obrigações:

1. Conceder o acesso a elementos da rede físicos específicos e recursos conexos, incluindo o acesso desagregado ao lacete local;

2. Não retirar o acesso já concedido a determinados recursos;
3. Conceder o acesso a elementos e serviços de rede ativos ou virtuais específicos, incluindo o acesso virtual desagregado em banda larga;
4. Oferecer serviços específicos, a fim de garantir aos utilizadores a interoperabilidade de serviços de extremo-a-extremo ou itinerância em redes móveis;
5. Oferecer acesso a sistemas de apoio operacional ou a sistemas de *software* similares, necessários para garantir uma concorrência equitativa no fornecimento de serviços, assegurando a eficiência de recursos existentes;
6. Oferecer acesso a serviços associados, tais como identidade, localização e serviço de presença;
7. Proporcionar a interligação das redes públicas;
8. Conceder acesso aberto às interfaces técnicas, protocolos ou outras tecnologias-chave que sejam indispensáveis para a interoperabilidade dos serviços ou serviços de rede virtuais;
9. Proporcionar a partilha de locais ou outras formas de partilha de recursos conexos, bem como a entrada, a qualquer momento, nesses recursos por parte de requerentes ou seus representantes, e
10. Conceder acesso a ativos de engenharia civil incluindo, nomeadamente, edifícios ou entradas de edifícios, cablagem dos edifícios, antenas, torres e outras estruturas de suporte, postes, mastros, condutas, tubagens, caixas e câmaras de visita, e armários, ainda que estes não façam parte do mercado relevante ao abrigo do § 10, desde que a obrigação de acesso seja necessária e adequada ao problema identificado na análise de mercado ao abrigo do § 11.

(4) Caso a empresa demonstre que o recurso à prestação poria em risco a manutenção da integridade da rede ou a segurança do funcionamento da rede, a Agência Federal das Redes não imporá a obrigação de acesso em causa ou impô-la-á sob outra forma. A manutenção da integridade da rede e a segurança do funcionamento da rede devem ser apreciadas de acordo com critérios objetivos.

(5) Ao impor a uma empresa uma obrigação de acesso, a Agência Federal das Redes pode estabelecer condições técnicas ou operacionais, a satisfazer pelo fornecedor ou pelos beneficiários de tal acesso, quando necessário para garantir o funcionamento normal da rede. As obrigações respeitantes ao cumprimento de normas ou especificações técnicas específicas devem

respeitar as normas e especificações previstas no artigo 39.º da Diretiva 2018/1972.

(6) No âmbito do cumprimento das obrigações de acesso devem ser permitidas opções de utilização de serviços de acesso e de cooperação entre as empresas com direito de acesso, exceto se a empresa demonstrar, no caso concreto, que a opção de utilização ou cooperação não é viável por razões técnicas, ou que apenas o é de forma limitada.

II.

A demandante é uma empresa que oferece serviços de telecomunicações, tendo sido designada, no contexto da definição de mercado de 10 de outubro de 2019, de empresa com poder de mercado significativo no mercado do produto comum de acesso ao lacete local em local fixo. No entanto, a definição de mercado *não* teve como objeto um mercado relativo ao acesso a ativos de engenharia civil.

Nesta sequência, através da Decisão de 21 de julho de 2022 da Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen (Agência Federal das Redes de Eletricidade, Gás, Telecomunicações, Correios e Caminhos de Ferro (a seguir «Bundesnetzagentur»), a demandada impôs à demandante, designadamente, o seguinte:

«1.1.: Conceder a outras empresas, no momento da procura e no âmbito das capacidades existentes, o acesso a condutas de cabos, mastros e sistemas de suporte de linhas existentes acima do solo com vista à criação e funcionamento de redes de capacidade muito elevada em locais fixos ou para o acesso ao lacete local no repartidor de cabos (Kabelverzweiger, «Kvz») ou no *Multi-Service Access Node* («MSAN») (n.º 1.2 ou 1.3), podendo a (demandante) manter uma reserva de exploração adequada, dando prioridade à satisfação de necessidades próprias. Na medida em que o acesso não se destine ao acesso ao lacete local, a obrigação de serviço e demais obrigações conexas decorrentes dos números 2, 4 e 5 constituem-se em 1 de janeiro de 2024.

1.2. Conceder a outras empresas o acesso físico desagregado ao lacete local em cobre no repartidor principal ou num ponto mais próximo da unidade de lacete local do que o repartidor principal (em especial, repartidor de cabos ou repartidor final – *Advanced Physical Layer*, «APL»), na medida em que não possa ou não deva recusar o acesso em conformidade com as disposições do anexo 1 – Recusa de acesso ao lacete local fora da zona de proximidade do repartidor principal – e do anexo 2 – Recusa de acesso ao lacete local dentro da zona de proximidade do repartidor principal – deste número [...]

Em apoio, a Bundesnetzagentur alega, nomeadamente, o seguinte:

«Obrigações de acesso

A secção competente para a decisão [OMISSIS] manteve, com alterações, através da Decisão regulamentar BK3g-09/085, de 21 de março de 2011 (na redação dada pela Decisão regulamentar BK3g-15/004, de 1 de setembro de 2016), as obrigações de acesso impostas à (demandante) no mercado objeto do processo, nos seguintes termos:

1. Quadro de análise do § 26 da TKG

A imposição de obrigações de acesso decorre do § 26 da TKG.

Em conformidade com o § 26, n.º 1, primeiro período, da TKG, a Bundesnetzagentur pode impor aos operadores de redes públicas com poder de mercado significativo a obrigação de conceder o acesso a outras empresas, incluindo a desagregação em função da procura, em especial se, de outra forma, fosse prejudicada a emergência de um mercado concorrencial sustentável a nível retalhista ou essa emergência não fosse do interesse dos utilizadores finais. No âmbito da análise sobre se as obrigações de acesso são justificadas, e quais o são, e se as mesmas são adequadas aos objetivos de regulação estabelecidos no § 2 da TKG a Bundesnetzagentur deve ter em conta, em especial, os critérios enunciados no § 26, n.º 2, segundo período, pontos 1 a 7, da TKG. Da referida norma e respetiva remissão para os objetivos de regulação (e princípios de regulação) previstos no § 2 da TKG decorre que as medidas impostas devem cumprir um vasto conjunto de objetivos, respeitando, simultaneamente, determinadas condições-quadro (v., quanto ao § 21 da TKG 2004, Bundesverwaltungsgericht (Supremo Tribunal Administrativo Federal, «BVerwG»), Acórdão de 21 de setembro de 2018 – 6 C 50/16 –, n.º 48, Bundesverwaltungsgericht (Supremo Tribunal Administrativo Federal, «BVerwG»), Acórdão de 21 de setembro de 2018 – 6 C 8/17 –, BVerwGE 163, 181-232, n.º 51). O conjunto de objetivos relevante no presente contexto é constituído por quatro objetivos fundamentais que, em parte, apresentam várias outras nuances.

O primeiro objetivo fundamental traduz-se em assegurar a conectividade e a promoção do acesso e da utilização das redes de capacidade muito elevada por todos os cidadãos e empresas (§ 26, n.º 2, primeiro período, em conjugação com o § 2, n.º 2, ponto 1, da TKG). O segundo objetivo fundamental é a promoção da concorrência. Neste contexto, releva, em especial, a concorrência no mercado retalhista (§ 26, n.º 1, da TKG). Devem promover-se mercados concorrenciais sustentáveis das telecomunicações e investimentos e inovações associados a nível de infraestruturas (§ 26, n.º 1; § 26, n.º 2, segundo período, ponto 4; § 26, n.º 2, primeiro período, em conjugação com o § 2, n.º 2, pontos 2 e 3, alínea e), e n.º 3, ponto 4, da TKG). Além disso, a concorrência deve ser equitativa (§ 26, n.º 2, primeiro período, em conjugação com o § 2, n.º 2, ponto 2, e n.º 3, ponto 2, da TKG). No âmbito da promoção da concorrência, deve ter-se em devida conta tanto a questão da área (§ 26, n.º 2, primeiro período, em conjugação com o § 2,

n.º 2, ponto 2, *in fine*, da TKG) como as diversas condições ao nível da concorrência existentes nas diferentes zonas geográficas da República Federal da Alemanha (§ 26, n.º 2, primeiro período, em conjugação com o § 2, n.º 3, ponto 5, segunda hipótese, da TKG). De acordo com o terceiro objetivo fundamental, devem proteger-se os utilizadores, em especial, os interesses dos consumidores no domínio das telecomunicações (§ 26, n.º 1, *in fine*; § 26, n.º 2, primeiro período, em conjugação com o § 2, n.º 2, ponto 3, da TKG). O objetivo é maximizar os benefícios para os utilizadores em termos de escolha, preço e qualidade (§ 26, n.º 2, primeiro período, em conjugação com o § 2, n.º 2, ponto 3, alínea b), da TKG). Em especial, devem promover-se os interesses dos utilizadores e dos consumidores de forma a, por sua vez, serem asseguradas a conectividade, a disponibilização generalizada e a aceleração da implantação de redes de capacidade muito elevada, promovendo a sua utilização (§ 26, n.º 2, primeiro período, em conjugação com o § 2, n.º 2, pontos 1 e 3a, da TKG). Além disso, devem ser asseguradas condições de vida equivalentes nas zonas urbanas e rurais (§ 26, n.º 2, primeiro período, em conjugação com o § 2, n.º 2, ponto 3b, da TKG). As diversas condições, no que respeita aos consumidores, existentes nas diferentes zonas geográficas da República Federal da Alemanha devem também aqui ser tidas em devida conta (§ 26, n.º 2, primeiro período, em conjugação com o § 2, n.º 3, ponto 5, terceira hipótese, da TKG). Em quarto lugar, deve promover-se o desenvolvimento do mercado interno da União Europeia (§ 26, n.º 2, primeiro período, em conjugação com o § 2, n.º 2, ponto 4, da TKG). Tal inclui, igualmente, a oferta de serviços pan-europeus (§ 26, n.º 2, segundo período, ponto 6, da TKG).

No âmbito do cumprimento deste conjunto de objetivos devem ser observadas diversas condições-quadro. De um modo geral, o § 2, n.º 3, da TKG dispõe que, na prossecução dos objetivos estabelecidos no n.º 2, a Bundesnetzagentur aplica princípios de regulação objetivos, transparentes, não discriminatórios e proporcionais. Os referidos princípios são precisados no § 2, n.º 3, bem como no § 26, n.º 2, segundo período, da TKG. No âmbito da análise da necessidade, deve ser apreciada, em especial, a viabilidade técnica e económica da utilização ou instalação de recursos concorrentes, em função do ritmo de desenvolvimento do mercado (§ 26, n.º 2, segundo período, ponto 1, da TKG), bem como a questão de saber se obrigações já impostas ao abrigo da segunda parte da TKG ou os acordos comerciais em matéria de acesso já celebrados ou propostos no mercado grossista em causa ou num mercado grossista conexo (§ 26, n.º 2, primeiro período, ponto 1, da TKG) e a simples imposição de obrigações de acesso relativas a condutas de cabos (Kabelkanalanlagen, «KKA») e mastros e sistemas de suporte de linhas existentes acima do solo (Masten und Trägersystemen oberirdischer Linien, «MToiL») (§ 26, n.º 2, primeiro período, ponto 2, da TKG) são suficientes para assegurar os objetivos de regulação enunciados no § 2 da TKG (§ 26, n.º 2, primeiro período, da TKG).

Na análise da adequação, devem ter-se em conta os direitos fundamentais à liberdade profissional (artigo 12.º, n.º 1, da Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, a seguir «GG») e à proteção da propriedade (artigo 14.º, n.º 1, da GG) dos interessados. Tal aplica-se, em especial, ao nível das opções de concessão do acesso tendo em conta a capacidade disponível (§ 26, n.º 2, segundo período, ponto 2, da TKG), bem como aos investimentos iniciais do proprietário dos recursos, tendo em conta eventuais investimentos públicos realizados e os riscos associados a investimentos (§ 26, n.º 2, segundo período, ponto 3, da TKG), e, bem ainda, em geral, atendendo aos riscos associados ao investimento da empresa investidora e no âmbito de cooperações entre os investidores e os respetivos requerentes de acesso (§ 26, n.º 1, primeiro período, *in fine*; § 26, n.º 2, segundo período, ponto 4; § 26, n.º 2, primeiro período, em conjugação com o § 2, n.º 2, ponto 2, primeiro período, e n.º 3, ponto 4, da TKG). Os princípios da proteção da confiança legítima e da segurança jurídica podem também ser relevantes. Assim, por exemplo, deve promover-se a previsibilidade da regulação, mantendo a Bundesnetzagentur, ao longo de períodos razoáveis, uma abordagem regulatória coerente (§ 26, n.º 2, primeiro período, em conjugação com o § 2, n.º 3, ponto 1, da TKG). Os efeitos sobre outros bens jurídicos, como os direitos de propriedade industrial, os direitos de propriedade intelectual e a oferta de serviços pan-europeus (§ 26, n.º 2, segundo período, pontos 5 e 6, da TKG), bem como o interesse na manutenção da integridade da rede e na segurança do funcionamento da rede (§ 26, n.ºs 4 e 5, da TKG), podem, igualmente, ser relevantes caso a caso.»

Foi à luz deste critério que a Bundesnetzagentur analisou, seguidamente, a imposição das obrigações de acesso acima referidas, incluindo a obrigação de acesso a ativos de engenharia civil.

Em 19 de agosto de 2022, a demandante impugnou esta decisão da Bundesnetzagentur, de 21 de julho de 2022, perante o órgão jurisdicional de reenvio, pedindo, nomeadamente, o seguinte:

«1. anular a decisão da demandada, de 21 de julho de 2022 (BK3i-19/020), na parte em que impõe as seguintes obrigações à demandante:

- a) a obrigação, prevista no n.º 1.1 do dispositivo, de conceder a outras empresas o acesso a condutas de cabos, bem como a mastros e sistemas de suporte de linhas existentes acima do solo com vista à implantação e funcionamento de redes de capacidade muito elevada em locais fixos;

subsidiariamente a a),

- b) a obrigação, prevista no n.º 1.1 do dispositivo, de conceder a outras empresas igualmente o acesso às condutas de cabos, bem como

a mastros e a sistemas de suporte de linhas existentes acima do solo com vista à implantação e funcionamento de redes de capacidade muito elevada em locais fixos concebidas pela demandante para criação da sua rede FTTB/H (*Fiber to the Building/Fiber to the Home*),

subsidiariamente a a) e b),

c) a obrigação, prevista no n.º 1.1 do dispositivo, de conceder a outras empresas igualmente o acesso às condutas de cabos, bem como a mastros e a sistemas de suporte de linhas existentes acima do solo com vista à implantação e funcionamento de redes de capacidade muito elevada em locais fixos concluídas há menos de sete anos;

d) a obrigação, prevista no n.º 4 do dispositivo, de publicar uma oferta de referência para os serviços de acesso a condutas de cabos, bem como a mastros e sistemas de suporte de linhas existentes acima do solo com vista à implantação e funcionamento de redes de capacidade muito elevada em locais fixos;

e) a obrigação, prevista no n.º 5.1 do dispositivo, de aprovar, em conformidade com o § 39 da TKG, as taxas para a concessão do acesso a condutas de cabos, bem como a mastros e sistemas de suporte de linhas existentes acima do solo com vista à implantação e funcionamento de redes de capacidade muito elevada em locais fixos;

f) a obrigação, prevista no n.º 4 do dispositivo, de publicar uma oferta de referência para os serviços de acesso com vista ao acesso virtual desagregado sob a forma de um produto de acesso Layer-2 (segunda camada) no *Switch/BNG (Switch/Broadband Network Gateway)* em infraestruturas FTTB/H- transacionáveis em massa;

2. subsidiariamente aos pedidos identificados em 1, a anulação, na sua totalidade, da decisão da demandada, de 21 de julho de 2022 (BK3i-19/020), caso o órgão jurisdicional considere que a decisão não é divisível a este respeito.»

No que respeita à questão relevante para este reenvio prejudicial, foi alegado que, ao impor as obrigações de acesso previstas no § 26, n.º 1, da TKG, a Agência Federal das Redes se baseou numa interpretação errada da norma. A fundamentação da decisão regulamentar na apresentação do programa de análise expõe a redação ultrapassada do § 21, n.º 1, primeiro período, da TKG 2004, tendo-se, efetivamente, verificado alterações quanto ao § 26, n.º 1, da TKG, atualmente em vigor. Assim, a expressão «em especial» foi suprimida da redação, passando as condições do «prejuízo para a concorrência no mercado retalhista» e da «afetação dos interesses dos utilizadores finais» a estar ligados por um «e» em vez de por um «ou». Todavia, a Bundesnetzagentur ignorou estes dois aspetos, baseando a sua decisão num programa de análise errado. As referidas alterações são não apenas de redação, antes tratando-se, de acordo com a exposição de

motivos da lei, de opções legislativas conscientes. Não é possível proceder a uma interpretação conforme com a diretiva. Na verdade, tal fracassa face à vontade do legislador alemão, estabelecida explicitamente nos trabalhos preparatórios da lei. Por outro lado, em última instância, não existe diferença entre o direito resultante da diretiva e o direito nacional. Assim, no âmbito do § 26, n.º 1, da TKG, antes da análise do § 26, n.º 2, da TKG e do exercício do poder discricionário de escolha deve, antes de mais, determinar-se que as condições cumulativas aí enunciadas se verificam. A abordagem divergente da Bundesnetzagentur culminou numa relativização inadmissível dos objetivos regulatórios primordiais em matéria de acesso, expressamente colocados em primeiro plano pelo legislador, causando um desequilíbrio na ponderação efetuada. Finalmente, a decisão regulamentar não procede a uma análise cumulativa das condições previstas no § 26, n.º 1, da TKG.

Com referência às questões relevantes para este reenvio prejudicial, a demandada contrapõe que a Bundesnetzagentur não baseou a decisão regulamentar numa interpretação errada da norma, em especial, não teve em conta as condições do antigo § 21, n.º 1, primeiro período, da TKG 2004. O § 26, n.º 1, da TKG deve ser interpretado em conformidade com a Diretiva no sentido de que a palavra «e», que aparece entre as condições, não representa um nexo cumulativo, tratando-se, sim, de uma enumeração. Além disso, não é a apresentação do programa de análise que releva para a legalidade da decisão de ponderação, mas sim a própria decisão de ponderação: as duas condições do § 26, n.º 1, da TKG foram consideradas na decisão de ponderação. A redação do § 26, n.º 1, da TKG não permite concluir que a Bundesnetzagentur se encontra limitada à análise das duas condições. Pelo contrário, à luz do § 26, n.º 2, da TKG, a Bundesnetzagentur pode ter em conta outros aspetos na referida ponderação, devendo a jurisprudência do Bundesverwaltungsgericht (Supremo Tribunal Administrativo Federal) relativa à «análise do conjunto de objetivos» quanto ao § 21, n.º 1, primeiro período, da TKG de 2004 ser transposta para o § 26 da TKG.

[OMISSIS] [pedido adicional de medidas provisórias]

III.

A questão de direito comunitário colocada é determinante para a resolução do litígio. O princípio da interpretação conforme com a diretiva é aplicável no caso em apreço (1.). A conclusão do litígio varia em função da interpretação dos artigos 72.º e 73.º da Diretiva 2018/1972 (2.).

1. O princípio da interpretação conforme é aplicável no caso em apreço. É certo que uma interpretação conforme com a diretiva fica excluída quando existam regras nacionais *claras*. No entanto, tal não se verifica no caso em apreço. No direito nacional existem tanto elementos que militam a favor de que o § 26 da TKG deve ser interpretado no sentido de que a demandada estava obrigada a proceder «previamente» a uma análise apenas à luz dos elementos constitutivos do § 26, n.º 1, da TKG (a), como elementos que militam no sentido de que a

demandada deve continuar a decidir sobre a imposição de obrigações de acesso considerando um «conjunto de objetivos» (b).

a) A redação da disposição parece, desde logo, militar *a favor* de que o § 26 da TKG deve ser interpretado no sentido de que a demandada deveria ter procedido «previamente» a uma análise apenas à luz dos elementos constitutivos do § 21, n.º 1, da TKG («[...] se, de outra forma, a emergência de um mercado concorrencial sustentável a nível retalhista fosse prejudicada e os interesses dos utilizadores finais fossem afetados.»). Com efeito, no § 26, n.º 1, da TKG foi suprimida a expressão «em especial», em derrogação ao § 21, n.º 1, primeiro período, da Telekommunikationsgesetz (Lei das Telecomunicações), de 22 de junho de 2004, revogada pelo artigo 61.º da Lei de 23 de junho de 2021 (BGBl. I, p. 1858) [.] A favor deste entendimento do § 26, n.º 1, da TKG, pode ainda sustentar-se que o legislador suprimiu deliberadamente da redação a expressão «em especial» a fim de clarificar «a orientação da regulamentação de acesso ao nível grossista para eliminar o problema de concorrência no mercado retalhista» (V. BT-Drs. 19/26108, p. 263). Tal pode indicar, eventualmente, uma intenção legislativa de restringir a possibilidade de imposição de obrigações de acesso ao nível do «se» apenas a motivos regulatórios específicos, abandonando a abordagem anterior. Neste contexto, pode igualmente referir-se que o legislador repartiu, em termos sistemáticos, no § 26 da TKG, o anterior § 21, n.º 1, da TKG 2004 em dois números. A favor da sugerida autonomia do § 26, n.º 1, da TKG milita, igualmente, o seguinte: do ponto de vista sistemático, o § 26, n.º 1, da TKG, o qual sublinha de forma conclusiva os motivos regulatórios individuais, não seria necessário se tivesse que ser realizada ou pudesse ser realizada uma análise conjunta ampla ao abrigo do § 26, n.º 2, da TKG. O âmbito de aplicação autónomo do § 26, n.º 1, da TKG apenas é identificável no âmbito de uma análise gradual.

b) No entanto, existem *igualmente* elementos fortes que militam *a favor* do facto de, para efeitos de decisão sobre a imposição de obrigações de acesso, a demandada ter de considerar um «conjunto de objetivos». Na verdade, de acordo com a génese, a supressão da expressão «em especial» teve como fundamento a clarificação «da orientação da regulamentação de acesso ao nível grossista para eliminar o problema de concorrência no mercado retalhista». *Simultaneamente*, a supressão da expressão «em especial» foi igualmente fundamentada com a circunstância de se ter em conta, nesta medida, a correspondente supressão no artigo 73.º, n.º 1, primeiro parágrafo, da Diretiva 2018/1972. Esta referência é incompreensível. Com efeito, o artigo 73.º, n.º 1, primeiro parágrafo, da Diretiva 2018/1972 não contém a expressão «em especial», abrindo portas à enumeração dos motivos regulatórios, também na versão em vigor, através da expressão «em situações em que». Esta abertura encontra-se, igualmente, noutras versões linguísticas: neerlandês («onder andere wanneer»), francês («notamment lorsqu’elles»), italiano («in particolare qualora»). Em contrapartida, não parece existir abertura à enumeração na versão linguística inglesa («in situations when»). A questão de saber se a versão linguística inglesa foi referida na exposição de motivos alemã relativa à TKG como sendo a «versão correta» apenas pode ser

presumida. Assim, a conclusão que se pode retirar da génese do § 26, n.º 1, da TKG é a de que a mesma levanta mais questões do que oferece respostas. Mas sobretudo: em apoio desta segunda posição, pode sustentar-se que a jurisprudência do Bundesverwaltungsgericht (Supremo Tribunal Administrativo Federal) relativa à possibilidade de constituir um «conjunto de objetivos» no âmbito da análise do § 21, n.º 1, da TKG 2004 não se referia ao § 21, n.º 1, primeiro período, da TKG 2004 e à expressão «em especial» que então aí figurava enquanto ponto de abertura, tendo sido extraída, diretamente do § 21, n.º 1, segundo período, da TKG de 2004, o qual, através da expressão «aquando da análise», fazia referência ao primeiro período (BVerwG, Acórdãos de 21 de setembro de 2018 – 6 C 8.17 –, juris n.º 43 e 6 C 50.16 n.ºs 41 e 47). Nesta base, o § 26, n.º 2, da TKG, introduzido pelas mesmas expressões que o § 21, n.º 1, segundo período, da TKG 2004, pode continuar a ser interpretado como a disposição que enquadra o programa de análise (uniforme e comum). No entanto, pode, por sua vez, contrapor-se que o § 26, n.º 2, primeiro período, da TKG contém, primordialmente, a par do § 21, n.º 1, primeiro período, da TKG 2004 (de acordo com a redação), o designado «teste de suficiência» no § 26, n.º 2, primeiro período, da TKG e que a análise aberta se refere aparentemente apenas a este, tendo em conta os objetivos previstos no § 2 da TKG. Todavia, num segundo momento, o § 26, n.º 2, segundo período, da TKG menciona outros elementos de ponderação cuja relação com o «teste de suficiência», por um lado, não é suficientemente clara e o seu significado autónomo (sem a leitura do primeiro período, segunda frase), por outro, não é perceptível.

2. Face à possibilidade de uma interpretação conforme com a diretiva, a solução do litígio depende da resposta às questões suscitadas. Se os artigos 72.º ou 73.º da Diretiva 2018/1972 se opuserem a uma legislação nacional ou à sua interpretação segundo a qual, na análise oficiosa sobre «se» deve ser imposta uma obrigação de acesso a ativos de engenharia civil pela autoridade reguladora esta poderia, para além das condições previstas no artigo 72.º, n.º 1 (prejuízo para a emergência de um mercado concorrencial sustentável ou contrariedade aos interesses dos utilizadores finais), considerar, no âmbito de uma análise conjunta, os objetivos previstos no artigo 3.º da Diretiva 2018/1972 e, eventualmente, outros objetivos, a ação intentada pela demandante será julgada procedente (a). Pelo contrário, se os artigos 72.º ou 73.º da Diretiva 2018/1972 não se opuserem a uma legislação nacional ou à sua interpretação segundo a qual, na análise oficiosa sobre «se» deve ser imposta uma obrigação de acesso a ativos de engenharia civil pela autoridade reguladora esta pode, para além das condições previstas no artigo 72.º, n.º 1, da Diretiva 2018/1972 (prejuízo para a emergência de um mercado concorrencial sustentável ou contrariedade aos interesses dos utilizadores finais), considerar, no âmbito de uma análise conjunta, os objetivos previstos no artigo 3.º da Diretiva 2018/1972 e, eventualmente, outros objetivos, a ação intentada pela demandante será julgada improcedente (b).

a) Se os artigos 72.º, n.º 1, ou 72.º, n.º 2, da Diretiva 2018/1972, em conjugação com o artigo 68.º, n.º 1, da mesma diretiva, se opuserem a uma legislação nacional ou à sua interpretação segundo a qual, na análise oficiosa sobre «se»

deve ser imposta uma obrigação de acesso a ativos de engenharia civil pela autoridade reguladora esta pode, para além das condições previstas no artigo 72.º, n.º 1 (prejuízo para a emergência de um mercado concorrencial sustentável ou contrariedade aos interesses dos utilizadores finais), considerar, no âmbito de uma análise conjunta, os objetivos previstos no artigo 3.º da Diretiva 2018/1972 e, eventualmente, outros objetivos, a ação será julgada procedente. Com efeito, nesse caso, os n.ºs 1 e 2, do § 26, da TKG devem ser interpretados no sentido de que a demandada devia ter procedido «previamente» a uma análise apenas à luz dos elementos constitutivos do § 21, n.º 1, da TKG («se, de outra forma, a emergência de um mercado concorrencial sustentável a nível retalhista fosse prejudicada e os interesses dos utilizadores finais fossem afetados.»). Esta circunstância teria como consequência a eventual ilegalidade da decisão impugnada. Tal é válido independentemente da questão de saber se a análise sobre «se» deve ser imposta uma obrigação de acesso apenas se coloca, antes de mais, «a nível global», no sentido de «qualquer» obrigação de acesso, na aceção do § 3, ponto 74, da TKG, ou «em concreto», relativamente a uma alternativa à concessão do acesso prevista no § 26, n.º 3, da TKG. Tal resulta, antes de mais, claro do facto de, no caso, a demandada não ter referido a versão mais recente da disposição do § 26, n.º 1, da TKG, mas a versão anterior do § 21 da TKG, não obstante existirem alterações significativas; Este facto indicia, desde logo, a existência de um erro. Do mesmo modo, no caso, em momento algum foi analisado de forma autónoma pela demandada se a falta de concessão do acesso prejudicaria, em geral, a emergência de um mercado concorrencial sustentável a nível retalhista e afetaria os interesses dos utilizadores finais. As análises «dispersas» da demandada no que respeita aos referidos elementos não permitem sanar esta falta: na medida em que, nas págs. 106 e segs. da decisão impugnada (versão oficial), são igualmente mencionadas, como parte de um «conjunto de objetivos», a promoção da concorrência e a salvaguarda dos interesses dos consumidores, tal não é manifestamente suficiente para satisfazer as exigências assim compreendidas do § 26, n.º 1, da TKG. Por um lado, não é analisado se, na falta de concessão do acesso, a emergência de um mercado concorrencial sustentável a nível retalhista seria prejudicada e os interesses dos utilizadores finais seriam afetados. A «promoção» ou «salvaguarda» de determinados interesses e o «prejuízo» ou «afetação» dos mesmos constituem critérios diferentes. Por outro lado, para além destes dois interesses, foram considerados outros interesses. O mesmo se aplica às observações que figuram nas págs. 117, 119, 129 e 134 e segs. da decisão impugnada (versão oficial). O que precede não é posto em causa ainda que no § 26, n.º 1, da TKG se substituísse, com base numa interpretação conforme ao direito comunitário, a palavra «e» pela palavra «ou» (como no § 21, n.º 1, da antiga versão da TKG). Com efeito, a demandada não analisou, de forma suficiente, se a falta de concessão do acesso prejudicaria a emergência de um mercado concorrencial sustentável a nível retalhista, nem se os interesses dos utilizadores finais seriam afetados (v. *supra*).

b) Em contrapartida, se os artigos 72.º, n.º 1, ou 73.º da Diretiva 2018/1972 não se opuserem a uma legislação nacional ou à sua interpretação segundo a qual, na análise oficiosa sobre «se» deve ser imposta uma obrigação de acesso a ativos de

engenharia civil pela autoridade reguladora esta pode, para além das condições previstas no artigo 72.º, n.º 1, da referida diretiva (prejuízo para a emergência de um mercado concorrencial sustentável ou contrariedade aos interesses dos utilizadores finais), considerar, no âmbito de uma análise conjunta, os objetivos do artigo 3.º da Diretiva 2018/1972 e, eventualmente, outros objetivos, a ação intentada pela demandante será julgada improcedente (b). Com efeito, nesse caso, os n.ºs 1 e 2, do § 26, da TKG não deveriam ser interpretados no sentido de que a demandada devia ter procedido «previamente» a uma análise apenas à luz dos elementos constitutivos do § 21, n.º 1, da TKG («se, de outra forma, a emergência de um mercado concorrencial sustentável a nível retalhista fosse prejudicada e os interesses dos utilizadores finais fossem afetados.»). Nesse caso, a decisão impugnada seria, eventualmente, legal, uma vez que a demandada teria podido – como sucedeu – proceder a uma «análise do conjunto de objetivos».

O facto de a resolução do litígio depender da resposta à referida questão não é igualmente posto em causa pela circunstância de a decisão impugnada dever ser anulada por outros motivos. Na medida em que a demandada tenha impugnado a decisão da Bundesnetzagentur com argumentos diferentes dos agora reproduzidos, os mesmos não irão, provavelmente, proceder (v. a decisão na tramitação urgente).

IV.

O órgão jurisdicional de reenvio não pode responder à questão suscitada no sentido de um «acte claire». É certo que, segundo o órgão jurisdicional de reenvio, o artigo 73.º, n.º 1, primeiro parágrafo, da Diretiva 2018/1972 (1.) e o artigo 72.º, n.º 1, da mesma diretiva (2.) não respondem diretamente à questão suscitada. No entanto, a forma como deve ser aplicada a disposição do artigo 73.º, n.º 2, da Diretiva 2018/1972 não é clara (3).

1. Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, o artigo 73.º, n.º 1, primeiro parágrafo, da Diretiva 2018/1972 não responde diretamente à questão suscitada. Tal explica-se, desde logo, pelo facto de, segundo o órgão jurisdicional de reenvio, quanto à imposição do acesso a ativos de engenharia civil, ser pertinente, em primeiro lugar, apenas a disposição do artigo 72.º da Diretiva 2018/1972 (*lex specialis*). No entanto, se assim não se entender, o artigo 73.º da Diretiva 2018/1972 levanta três problemas no que respeita à questão suscitada: por um lado, as versões linguísticas da disposição (a) divergem, por outro, o teor do artigo 73.º, n.º 2, da Diretiva 2018/1972 não é claro (b). Por último, a relação com o artigo 68.º, n.º 4, alínea c), da Diretiva 2018/1972 é problemática (c).

a) Por um lado, as versões linguísticas do artigo 73.º, n.º 1, primeiro parágrafo, da Diretiva 2018/1972 divergem no que respeita à questão suscitada: com efeito, a versão linguística alemã do artigo 73.º, n.º 1, primeiro parágrafo, da Diretiva 2018/1972 não contém a expressão «em especial», abrindo portas à enumeração dos motivos regulatórios, também na versão em vigor, através da expressão «em situações em que». Esta abertura encontra-se, igualmente, noutras versões

linguísticas: neerlandês («onder andere wanneer»), francês («notamment lorsqu'elles»), italiano («in particolare qualora»). Em contrapartida, não parece existir abertura à enumeração na versão linguística inglesa («in situations when»). Contudo, não é esse o caso do artigo 72.º, n.º 1, da Diretiva 2018/1972. Com efeito, em todas as versões linguísticas, conforme entendidas pelos membros da Secção, a disposição tem o mesmo conteúdo.

b) Por outro lado, a disposição do artigo 73.º, n.º 2, da Diretiva 2018/1972 levanta a questão de saber se decorre desta disposição que, para além dos interesses referidos no artigo 73.º, n.º 1, primeiro parágrafo, da Diretiva 2018/1972 devem ser considerados outros elementos de ponderação. A este respeito, esta disposição suscita, desde logo, a questão de saber se a mesma contém algo para além do designado «teste de suficiência». A redação do artigo 73.º, n.º 2, da Diretiva 2018/1972 milita a favor de uma limitação a um «teste de suficiência», sendo que contra este entendimento militam, no entanto, os critérios enunciados no artigo 73.º, n.º 2, terceiro período, alíneas d), e), f) e h), da referida diretiva, nos quais a referência a um «teste de suficiência» não é totalmente clara. Do mesmo modo, os considerandos 188 e segs. da Diretiva parecem antes militar a favor de que o conteúdo da disposição não se limita ao «teste de suficiência» (neste sentido, em conclusão, aparentemente, Broemel, *in*: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, 5.ª Edição de 2023, Introdução B, n.º 30). Partindo-se do princípio de que as medidas enunciadas no artigo 73.º, n.º 2, da Diretiva 2018/1972 não devem apenas ser tidas em conta no âmbito do teste de suficiência, a disposição suscita ainda a questão de saber se, para além dos critérios enunciados no artigo 73.º, n.º 2, terceiro período, alíneas a) a h), da mesma diretiva devem, igualmente, ser considerados os objetivos previstos no artigo 3.º da Diretiva 2018/1972.

c) Por último, a relação com o artigo 68.º, n.º 4, alínea c), da Diretiva 2018/1972 é problemática. Por força desta disposição, as obrigações impostas ao abrigo do artigo 68.º devem ser justificadas à luz dos objetivos previstos no artigo 3.º da Diretiva 2018/1972. Esta disposição deve, igualmente, ser respeitada no momento da imposição de obrigações ao abrigo do artigo 73.º da Diretiva 2018/1972 (artigo 68.º, n.ºs 2 e 3, primeiro parágrafo, artigo 73.º, n.º 1, primeiro parágrafo). Ora, o artigo 73.º, n.º 1, primeiro parágrafo, tal como o artigo 72.º, n.º 1, da Diretiva 2018/1972, e contrariamente ao artigo 72.º, n.º 2, da referida diretiva, não contém qualquer referência aos objetivos previstos no artigo 3.º da mesma diretiva. Devem, não obstante a sistemática, os objetivos previstos no artigo 3.º da Diretiva 2018/1972 ser tidos em conta, desde logo, na análise sobre «se» deve ser imposta uma obrigação de acesso? Ou deve a sistemática do artigo 73.º, n.º 1, primeiro parágrafo, ou do artigo 72.º, n.º 1, da Diretiva 2018/1972 ser entendida no sentido de que, no contexto das duas primeiras disposições não devem, logo no momento da análise sobre «se» deve ser imposta uma obrigação de acesso, ser considerados os objetivos previstos no artigo 3.º da Diretiva 2018/1972. Apenas se, neste primeiro momento, for afirmado que «se» deve impor uma obrigação de acesso é que, numa segunda fase, aquando da

análise das medidas concretas, se deve recorrer ao artigo 68.º, n.º 4, alínea c), da Diretiva 2018/1972.

2. Segundo órgão jurisdicional de reenvio, o artigo 72.º, n.º 1, da Diretiva 2018/1972 também não responde diretamente à questão colocada. Com efeito, a referida disposição pressupõe que, segundo a análise de mercado, os ativos de engenharia civil fazem parte do mercado relevante. A favor deste entendimento milita o facto de a disposição fazer referência ao artigo 68.º da Diretiva 2018/1972 (neste sentido, igualmente, Neumann, N&R 2019, 152 <158>) e a disposição do artigo 72.º, n.º 2, da Diretiva 2018/1972 (*argumentum e contrario*). Tal não se verifica no caso em apreço. Por conseguinte, é irrelevante, antes de mais, que, face à sua redação – em todas as versões linguísticas acima referidas interpretadas pelos membros da Secção –, a disposição do artigo 72.º, n.º 1, da Diretiva 2018/1972 preveja uma enumeração fechada ou exaustiva dos motivos regulatórios que milite contra a admissibilidade de uma «análise de um conjunto de objetivos». Do mesmo modo, pode ignorar-se a circunstância de também a relação entre o artigo 72.º, n.º 1, da Diretiva 2018/1972 e o artigo 68.º, n.º 4, alínea c), da mesma diretiva – tal como sucede com o artigo 73.º, n.º 1, primeiro parágrafo, da Diretiva 2018/1972 –, não ser clara (IV 1 c).

3. Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, «*sedes materiae*» da resolução do problema é o artigo 72.º, n.º 2, da Diretiva 2018/1972. De acordo com a redação da disposição – referência aos objetivos previstos no artigo 3.º da Diretiva 2018/1972 – parece que a questão colocada deve claramente ser respondida no sentido de que na análise sobre «se» deve ser imposta uma obrigação de acesso a ativos de engenharia civil que, de acordo com a análise de mercado, não fazem parte do mercado relevante, as autoridades reguladoras nacionais podem, em todo o caso, analisar, igualmente, se essa obrigação é necessária e proporcionada para alcançar os objetivos previstos no artigo 3.º Nesta medida, verifica-se também um paralelismo com o artigo 68.º, n.º 4, alínea c), da Diretiva 2018/1972. Todavia, a disposição é apenas aparentemente evidente a este respeito, uma vez que tanto a relação com o artigo 72.º, n.º 1, da Diretiva 2018/1972 (a) como a relação com o artigo 73.º da referida diretiva (b) não é clara:

a) Primeiro, a forma como deve ser entendida a relação entre os n.ºs 1 e 2, do artigo 72.º, da Diretiva 2018/1972 não é clara: por um lado, considerando o artigo 68.º da Diretiva 2018/1972, o artigo 72.º, n.º 1, da mesma diretiva pode, segundo a redação desta disposição, ser entendido apenas como referindo-se a uma empresa com poder de mercado significativo num eventual mercado de ativos de engenharia civil (v. *supra*). Tal teria como consequência a circunstância de o artigo 72.º, n.º 2, da Diretiva 2018/1972 poder ser entendido como um instrumento regulatório distinto, com condições autónomas para os casos em que justamente esse mercado não foi tomado como base, como sucede no caso em apreço. No entanto, tal teria como consequência o facto de apenas poderem ser impostas obrigações de acesso relativas a ativos de engenharia civil à empresa com poder de mercado significativo no mercado de ativos de engenharia civil em condições mais rigorosas das que se aplicariam nos casos previstos no artigo 72.º,

n.º 2, da Diretiva 2018/1972. Em todo o caso, o sentido dessa diferenciação não é imediatamente evidente. Por outro lado, o artigo 72.º, n.º 1, da Diretiva 2018/1972 pode, sendo caso disso, ser igualmente interpretado como uma norma de base que apenas é concretizada pelo artigo 72.º, n.º 2, da referida diretiva para um caso específico. Esta interpretação é corroborada pelo facto de o artigo 72.º, n.º 2, da Diretiva 2018/1972 referir expressamente um «acesso nos termos do presente artigo», ou seja, baseando-se, claramente, numa concessão de acesso em condições de base uniformes[,] e pelo facto de essa interpretação poder estabelecer um conteúdo uniforme dos n.ºs 1 e 2, do artigo 72.º, da Diretiva 2018/1972.

b) Por outro lado, a forma como deve ser entendida a relação entre o artigo 72.º, n.º 2, da Diretiva 2018/1972 e o artigo 73.º da mesma diretiva não é clara. É difícil determinar se as condições previstas no artigo 73.º, n.º 1, primeiro parágrafo, da Diretiva 2018/1972 devem igualmente ser aplicadas às medidas previstas no artigo 72.º, n.º 2, da referida diretiva, quando são tomadas decisões no âmbito de um «conjunto de medidas» (aa). Outros problemas surgem no caso de se partir de um entendimento «uniforme» dos n.ºs 1 e 2, do artigo 72.º, da Diretiva 2018/1972 (bb), como exposto em IV 3 a).

aa) Não é clara a questão de saber se as condições previstas no artigo 73.º, n.º 1, primeiro parágrafo, da Diretiva 2018/1972 devem igualmente ser aplicadas às medidas previstas no artigo 72.º, n.º 2, da referida diretiva, quando – como no caso em apreço – são tomadas decisões no âmbito de um «conjunto de medidas». É certo que – também em relação ao artigo 72.º, n.º 1, da Diretiva 2018/1972 – a inexistência no artigo 72.º, n.º 2, da Diretiva (UE) 2018/1972 dos elementos de análise «prejuízo para a emergência de um mercado concorrencial sustentável a nível retalhista ou contrariedade aos interesses dos utilizadores finais» pode, em princípio, ser explicada pelo facto de o legislador comunitário ter considerado que as medidas previstas no artigo 73.º e no artigo 72.º da referida diretiva são impostas no âmbito de um «conjunto de medidas», o que implica que as restrições previstas no artigo 73.º, n.º 1, primeiro parágrafo, da Diretiva 2018/1972 se aplicam igualmente à imposição de obrigações ao abrigo do artigo 72.º, n.º 2, da mesma diretiva. Tal teria como consequência um «paralelismo» das condições previstas no artigo 73.º, n.º 1, primeiro parágrafo, e no artigo 72.º, n.º 2, da Diretiva 2018/1972. O artigo 73.º, n.º 2, segundo parágrafo, da Diretiva 2018/1972 milita igualmente a favor deste entendimento, tendo, aparentemente, também sido esse o entendimento do legislador alemão. Tal implicaria que as dificuldades de interpretação do artigo 73.º, n.º 1, primeiro parágrafo, da Diretiva 2018/1972 (IV 1.) seriam igualmente «extensíveis» ao artigo 72.º, n.º 2, da Diretiva 2018/1972.

No entanto, este entendimento a favor de uma atuação no âmbito de um «conjunto de medidas» não decorre da redação das normas, o que tem como consequência a adoção das condições previstas no artigo 73.º, n.º 1, primeiro parágrafo, da Diretiva 2018/1972 para uma atuação ao abrigo do artigo 72.º, n.º 2, da Diretiva 2018/1972. Pelo contrário, contra a ideia da existência de um «paralelismo» das

condições para a atuação ao abrigo do artigo 72.º, n.º 2 e ao abrigo do artigo 73.º da Diretiva 2018/1972 milita o facto de, no artigo 73.º, n.º 2, segundo parágrafo, da Diretiva 2018/1972 e, em especial, a expressão «bloÙe Auferlegung» (simples imposição), utilizada na versão alema do referido parágrafo, indicarem que o legislador da União considera, em princípio, que a obrigação de acesso relativa a ativos de engenharia civil é menos intrusiva. Neste sentido aponta, igualmente, o considerando 187 da Diretiva 2018/1972 (v. Neumann, N&R 2016, 262 <267> e N&R 2018, 204 <206 e segs.>; Scherer/Heinickel, MMR 2017, 71 <75>). Se fosse esse o caso, tal militaria a favor da ideia de, para uma atuação ao abrigo do artigo 72.º, n.º 2, da Diretiva 2018/1972, serem estabelecidas menos – e não idênticas – condições.

bb) Outros problemas surgem no caso de se partir de um entendimento «nico» dos n.ºs 1 e 2, do artigo 72.º, da Diretiva 2018/1972, conforme exposto em IV 3 a). Com efeito, se considerarmos a relação entre o artigo 72.º, n.º 1, e o artigo 73.º da Diretiva 2018/1972[,] será formulado – possivelmente em função das versões linguísticas do artigo 73.º Diretiva 2018/1972 –, através do artigo 72.º, n.º 1, da Diretiva 2018/1972, um programa de análise mais restrito, em comparação com o artigo 73.º, n.º 1, primeiro parágrafo, da Diretiva 2018/1972. Por outro lado, a existência do artigo 73.º, n.º 2, segundo parágrafo, da Diretiva 2018/1972 indica que o legislador da União considera, em princípio, que a obrigação de acesso a ativos de engenharia civil é menos intrusiva (v. *supra*). Tal implica, por sua vez, um certo conflito com o artigo 72.º, n.º 1, da Diretiva 2018/1972, o qual, em relação ao artigo 73.º, n.º 1, primeiro parágrafo, da Diretiva 2018/1972 – na versão alema, v. *supra* –, estabelece os motivos regulatórios previstos nesta medida de forma mais restritiva, em especial, não os prevendo, possivelmente, para outras questões de ponderação. É significativo que, no âmbito do artigo 73.º, n.º 2, segundo parágrafo, da Diretiva 2018/1972, não seja colocada a questão de saber se a simples imposição de obrigações ao abrigo do artigo 72.º da Diretiva 2018/1972 constitui um meio proporcionado para evitar um «prejuízo para a emergência de um mercado concorrencial sustentável», mas sim a de saber se a obrigação prevista no artigo 72.º da Diretiva 2018/1972 constituiria um meio proporcionado para a «promoção da concorrência e dos interesses dos utilizadores finais». A questão de saber se algo é prejudicado ou é simplesmente promovido reclama dois critérios diferentes.

[OMISSIS]