

Processo C-494/21

Pedido de decisão prejudicial

Data de entrada:

11 de agosto de 2021

Órgão jurisdicional de reenvio:

High Court (Tribunal Superior, Irlanda)

Data da decisão de reenvio:

30 de julho de 2021

Recorrente:

Eircom Limited

Recorrida:

Commission for Communications Regulation (Autoridade Reguladora das Comunicações)

A HIGH COURT

COMMERCIAL

(TRIBUNAL SUPERIOR, SECÇÃO COMERCIAL)

[Omissis]

[Omissis]

[Questões processuais] [Omissis] [Omissis]

DECIDE submeter ao Tribunal de Justiça da União Europeia, nos termos do artigo 267.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, a seguinte questão, conforme consta da decisão escrita proferida por este órgão jurisdicional no dia 5 de maio de 2021:

Em circunstâncias nas quais:

- i) o mercado das telecomunicações tenha sido liberalizado e nele operem múltiplos prestadores de serviços de telecomunicações;

ii) a autoridade reguladora nacional (a seguir «ARN») tenha selecionado um prestador de serviços (a seguir «prestador do serviço universal» ou «PSU») para cumprir obrigações de serviço universal (a seguir «OSU»);

iii) a ARN tenha determinado que existe um custo líquido positivo associado ao cumprimento das obrigações de serviço universal (a seguir «custo líquido das OSU»); e

iv) a ARN tenha determinado que o custo líquido das OSU é significativo em comparação com os custos administrativos do estabelecimento de um mecanismo de repartição do referido custo líquido entre os operadores do mercado,

no caso de a ARN estar obrigada, por força das obrigações que lhe incumbem nos termos da Diretiva 2002/22, relativa ao serviço universal, a avaliar se o custo líquido das OSU é excessivo face à capacidade do prestador de serviço universal para suportá-lo, tendo em conta todas as características do referido prestador, nomeadamente a qualidade dos seus equipamentos, a sua situação económica e financeira e a sua quota de mercado (na aceção do n.º 42 do Acórdão do Tribunal de Justiça no processo C-389/08, Base), poderá a ARN, ao abrigo das diretivas, efetuar tal avaliação tendo exclusivamente em conta as características/situação do prestador de serviço universal, ou é obrigada a avaliar as características/situação deste último em relação aos seus concorrentes no mercado relevante?

[Omissis] [Omissis]

1. [Omissis] [Abreviaturas]

[Omissis] [Omissis]

I. ÓRGÃO JURISDICIONAL DE REENVIO

2. [Omissis]

II. PARTES NO PROCESSO PRINCIPAL E SEUS REPRESENTANTES

3. [Omissis]

4. [Omissis]

5. [Omissis]

6. [Omissis] [Omissis]

III. OBJETO DO LITÍGIO NO PROCESSO PRINCIPAL E FACTOS RELEVANTES

7. O Tribunal de Justiça da União Europeia é chamado a pronunciar-se sobre a correta aplicação do Acórdão C-389/08, Base, que se pronunciou sobre a interpretação da Diretiva Serviço Universal e, em especial, sobre a avaliação de um encargo excessivo, em situações em que apenas existe um PSU no mercado irlandês, mas vários prestadores de serviços de telecomunicações.
8. O litígio em causa no processo principal tem por objeto um recurso interposto na High Court (Tribunal Superior) da Irlanda pela Eircom, nos termos do artigo 4.º do European Communities (Electronic Communications Networks and Services) (Framework) Regulations, 2011 [Regulamento (Quadro) das Comunidades Europeias (Redes e Serviços de Comunicações Eletrónicas)], de 2011 (a seguir «regulamento-quadro»).
9. A Eircom interpõe recurso de cinco decisões da ComReg, nas quais se concluiu que o custo líquido suportado pela Eircom no cumprimento da OSU relativa à oferta de acesso em locais fixos nos anos 2010-2011 a 2014-2015, inclusivamente, não constituía um encargo excessivo para a Eircom e que, por conseguinte, os pedidos de financiamento apresentados pela Eircom nos termos do artigo 11.º do European Communities (Electronic Communications Networks and Services) (Universal Service and Users' Rights) Regulations [Regulamento das Comunidades Europeias (Serviços e Redes de Comunicações Eletrónicas) (Serviço Universal e Direitos dos Utilizadores)] de 2011 (a seguir «regulamento serviço universal»), deveriam ser indeferidos.

IV. SÍNTESE CRONOLÓGICA

10. Em 30 de junho de 2010, na sequência de uma consulta pública, a ComReg designou novamente a Eircom como PSU no que respeita à oferta de acesso em locais fixos para um período de dois anos e, no que respeita a todos os outros aspetos da OSU, para o período compreendido entre 1 de julho de 2010 e 30 de junho de 2012. Em decisões posteriores, a Eircom foi novamente designada para determinados aspetos do serviço universal, tendo as condições e obrigações sido alteradas à luz das condições do mercado. A Eircom continua a ser o único PSU para a oferta de acesso em locais fixos, de serviços de voz e de postos públicos na Irlanda até à data.
11. Em 31 de maio de 2011, na sequência de várias consultas públicas, a ComReg publicou a Decisão 04/11, que inclui uma série de decisões numeradas, que estabelecem os princípios e as metodologias para calcular os custos líquidos e as receitas da OSU, os princípios e as metodologias para calcular os outros benefícios da OSU e a abordagem a adotar para determinar se, em razão do custo líquido, foi imposto um encargo excessivo ao PSU. Os termos das decisões relevantes que estabelecem esta abordagem figuram no anexo A.

12. Entre setembro de 2014 e março de 2016, a Eircom apresentou pedidos de financiamento do custo líquido da OSU em relação a cada um dos cinco anos compreendidos entre 2010-2011 e 2014-2015, nos termos do artigo 11.º do Regulamento Serviço Universal.
13. Em 18 de abril de 2019, na sequência de uma consulta pública relativa a cada um dos cinco pedidos, a ComReg publicou as suas cinco decisões (a seguir «decisões»), nas quais declarou que o custo líquido positivo suportado pela Eircom para cumprir a OSU em cada um dos anos compreendidos entre 2010-2011 e 2014-2015 não constituía um encargo excessivo.
14. Em 15 de maio de 2019, a Eircom interpôs recurso das referidas decisões, com o fundamento de que a ComReg concluiu erradamente que não recaía sobre a Eircom um encargo excessivo.

V. DECISÕES IMPUGNADAS

15. A ComReg adotou uma decisão distinta para cada um dos anos em que a Eircom apresentou um pedido de financiamento. Essas decisões foram publicadas em conjunto e em todas foi declarado que o custo líquido não constituía um encargo excessivo para a Eircom.
16. A ComReg calculou que o custo líquido da OSU para a Eircom ao longo dos cinco anos era ligeiramente inferior a 43 milhões de euros no total. O custo líquido positivo identificado pela ComReg relativamente a cada ano está indicado no anexo B.
17. O resultado antes de juros e impostos da Eircom no que diz respeito à sua atividade comercial de rede fixa durante o período de cinco anos em questão foi de 1 397 mil milhões de euros, sendo que os valores relativos a cada um dos anos em causa figuram no anexo C.
18. A ComReg baseou cada uma das decisões num «Unfair Burden Report» [Relatório sobre os encargos excessivos] elaborado pela Oxera, uma empresa de consultoria económica, relativo a cada um dos anos em causa. O relatório da Oxera para os anos de 2014-2015 figura no anexo D a título de exemplo, juntamente com a decisão correspondente da ComReg que figura no anexo E.
19. Concluiu-se em cada uma das decisões que existia um custo líquido direto verificável e verificado, que os benefícios da OSU não excediam o custo líquido (isto é, que existia um custo líquido positivo), e que o custo líquido positivo era significativo em comparação com o custo administrativo de um mecanismo de repartição [e, assim, satisfazia as condições estabelecidas nos pontos i), ii) e iii), alínea a), da Decisão 38, conforme figura no anexo A].
20. Em cada um dos seus relatórios, a Oxera concluiu que a rentabilidade e a capacidade do PSU para obter uma taxa de retorno justa pelo capital empregado

não tinham sido significativamente afetadas pelo custo líquido da OSU no período em causa (cuja avaliação era exigida pela Decisão 40, conforme figura no anexo A).

21. O parâmetro de referência utilizado pela Oxera (e adotado pela ComReg) para determinar se a Eircom obtinha, ou não, uma taxa de retorno justa consistia em comparar uma medida de retorno sobre o capital empregado («ROCE»¹) dos retornos financeiros da Eircom com um custo médio ponderado do capital (a seguir «CMPC») regulado, o qual tinha sido anteriormente determinado pela ComReg. No relatório de 2014-2015, por exemplo, foi estabelecido que o ROCE da atividade comercial de rede fixa da Eircom (retalhista e grossista) incluindo o custo líquido era de 11,4 %, ao passo que o CMPC regulado permitido da Eircom era de 8,18 % (e o ROCE na atividade comercial de rede fixa incluindo o custo líquido excedeu o CMPC em todos os anos de avaliação). No anexo F figura uma tabela com estes números para cada um dos anos de avaliação. A Oxera também teve em conta (embora a Eircom considere que a Oxera não lhes atribuiu importância) indicadores adicionais da situação económica e financeira da Eircom, incluindo a própria quota de mercado, em receitas, da Eircom no mercado de redes fixas, alterações da receita média por utilizador e do número de clientes da Eircom ao longo do tempo enquanto «contexto mais amplo» para a análise da rentabilidade que a Oxera tinha realizado. A Oxera concluiu, no que respeita a cada um dos anos avaliados, que a rentabilidade e a capacidade da Eircom para obter uma taxa de ROCE equitativa não tinham sido significativamente afetadas pelo custo líquido da OSU e, por conseguinte, que o encargo do custo líquido no período do pedido não era excessivo, tendo em conta a capacidade da Eircom para suportá-lo.
22. Assim, a Oxera declarou que, com base na análise efetuada, não tinha avaliado se o custo líquido afetava significativamente a capacidade da Eircom para concorrer em igualdade de condições com os seus concorrentes referidos na Decisão 41 (conforme consta do anexo A).
23. A ComReg concluiu que, no que diz respeito a cada um dos anos em que foi apresentado um pedido, a constatação de que não se produziram efeitos significativos na rentabilidade e na capacidade da Eircom para obter uma taxa de ROCE equitativa demonstrava que o custo líquido não causou uma desvantagem concorrencial significativa para a Eircom. Por conseguinte, a ComReg concluiu que não era necessário proceder à avaliação da distorção da concorrência prevista na Decisão 41 da Decisão 04/11.
24. Nem a ComReg nem a Oxera procederam a qualquer avaliação dos concorrentes da Eircom no mercado. Tanto os relatórios da Oxera como as decisões da ComReg incidem sobre as características da Eircom.

¹ O ROCE constitui uma métrica de retorno financeiro baseada na contabilidade, que regista a relação entre os lucros de exploração e o capital empregado numa empresa.

VI. MERCADO DAS TELECOMUNICAÇÕES POR REDE FIXA NA IRLANDA

25. As quotas de mercado nacionais dos operadores do mercado da rede fixa na Irlanda durante a maior parte do período relevante, tal como figuram na Análise de Mercado da ComReg de 2015, são referidas no anexo G: conforme daí decorre, a quota de mercado nacional da Eircom (anterior titular do monopólio) no que diz respeito aos números de subscrição de telefonia fixa caiu de 74.5 % (Q1, 2010) para 47.2 % (Q4, 2014), ao passo que, por exemplo, a Virgin aumentou a sua quota nacional de 5 % para 21,7 % no mesmo período. A Análise de Mercado da ComReg de 2014 indicava que, em Dublin, a quota de mercado da Virgin era de 42 % contra os 44 % da Eircom segundo um estudo dos agregados familiares realizado em 2013.
26. Uma vez que a Eircom era a única empresa considerada como tendo um poder de mercado significativo em vários mercados de redes fixas (grossista e retalhista), de tal forma que os seus preços grossistas e retalhistas são regulados, a Eircom é o único operador do mercado ao qual a ComReg aplicou um CMPC. Não está em causa o valor do CMPC regulado, mas sim a adequação da sua utilização na avaliação do encargo excessivo.
27. Em particular, o PSU é obrigado a dar resposta a qualquer pedido razoável apresentado por um elemento do público para ser ligado à rede pública de comunicações num local fixo a um preço nacional único fixado pelo PSU (Preço Médio por Área Geográfica «GAP»).
28. A maior parte do custo líquido da OSU (superior a 85 % no período de 2014-2015) resulta da prestação de serviços da OSU a clientes não rentáveis em áreas rentáveis ou a clientes rentáveis em áreas não rentáveis.
29. Embora a pertinência destas questões para efeitos do recurso seja contestada, é pacífico que, em princípio, uma característica de um mercado de telecomunicações concorrencial consiste no facto de os prestadores de serviços que não são PSU também beneficiarem de terem consumidores ligados à rede que, de outra forma, continuariam a não ser servidos («externalidades positivas») ou que constitui igualmente outra característica reconhecida de tais mercados concorrenciais o facto de todos os prestadores de serviços poderem, em teoria, escolher centros geográficos mais lucrativos.

VII. DISPOSIÇÕES JURÍDICAS PERTINENTES

30. À data dos factos, o quadro regulamentar da União aplicável às comunicações eletrónicas era constituído pela diretiva-quadro e por quatro diretivas específicas, das quais a Diretiva Serviço Universal é relevante para o presente recurso.
31. A diretiva-quadro estabelece que cada Estado-Membro deve designar um ou mais organismos competentes para agirem enquanto autoridade reguladora nacional e

que esse organismo ou organismos têm de cumprir as obrigações legais previstas na própria diretiva-quadro e em cada uma das diretivas específicas. O seu artigo 3.º, n.º 3, dispõe que «[o]s Estados-Membros deverão assegurar que as autoridades reguladoras nacionais exerçam as suas competências com imparcialidade e transparência».

32. A ComReg, enquanto reguladora do setor das comunicações eletrónicas na Irlanda, é a autoridade reguladora nacional para efeitos da diretiva-quadro e das diretivas específicas.
33. Os artigos 7.º e 8.º da diretiva-quadro estabelecem os princípios que devem ser aplicados pela autoridade reguladora nacional, entre os quais se incluem a não discriminação, a proteção da concorrência, a proporcionalidade e a transparência².
34. As seguintes disposições da Diretiva Serviço Universal são relevantes para as questões em causa no processo que dá origem ao pedido prejudicial apresentado pelas partes nos termos do artigo 267.º:
 - Artigo 1.º, que estabelece os objetivos e o caráter fundamental do serviço universal;
 - Artigo 3.º, que impõe aos Estados-Membros a obrigação de garantirem a disponibilidade do serviço universal, respeitando simultaneamente determinados princípios;
 - Artigo 12.º, que estabelece as medidas a tomar sempre que uma autoridade reguladora nacional considerar que um PSU pode estar sujeito a um encargo excessivo;
 - Artigo 13.º, que dispõe que, quando uma autoridade reguladora nacional considerar que um PSU está sujeito a encargos excessivos, os Estados-Membros devem, a pedido do PSU, introduzir um mecanismo para compensar o PSU pelos custos líquidos apurados em condições de transparência e a partir de fundos públicos e/ou repartir o custo líquido das OSU entre os diferentes operadores de redes e serviços de comunicações eletrónicas no mercado;
 - Parte A do anexo IV, que regula o cálculo correto dos custos líquidos das OSU³.

² Os artigos 2.º, alínea g), e 3.º, n.º 1, e os considerandos 1 e 36 da diretiva-quadro são igualmente relevantes.

³ São igualmente pertinentes para as questões em causa no presente processo os considerandos 2, 3, 4, 18, 21 e 23.

35. A nível nacional, o artigo 11.º do Regulamento Serviço Universal (S.I. 337/2011) ⁴ estabelece que o PSU pode pedir à ComReg que declare que os custos líquidos da OSU representam um encargo excessivo.
36. O artigo 12.º estabelece que, quando a ComReg concluir que recai um encargo excessivo sobre o PSU, deverá repartir o custo líquido da OSU entre os operadores de redes e serviços de comunicações eletrónicas.

VIII. ACÓRDÃO C-389/08, BASE

37. As partes discordam quanto ao sentido das conclusões do Tribunal de Justiça no Acórdão C-389/08, Base, e à sua aplicação à avaliação de um encargo excessivo quando existe um único PSU no mercado e quanto ao critério correto a aplicar, de forma mais genérica, para determinar a existência de um encargo excessivo. Por conseguinte, é necessário submeter ao Tribunal de Justiça um pedido prejudicial relativo, no essencial, à aplicação do Acórdão C-389/08, Base, ao presente recurso.
38. O contexto factual do pedido de decisão prejudicial apresentado ao Tribunal de Justiça no processo Base consistia num quadro legal em que todos os operadores do mercado eram potencialmente PSU se os seus clientes tivessem direito a tarifas sociais. A legislação belga estabelecia que, quando um operador concedesse uma proporção maior do total das tarifas sociais concedidas no mercado do que a correspondente à quota de mercado desse operador, seria compensado.
39. No entanto, os custos líquidos não foram calculados em função das características de cada operador individual, mas com base nos custos da Belgacom, o operador histórico.
40. Nos n.ºs 42 e 43, o Tribunal de Justiça declarou o seguinte em relação ao significado de «encargo excessivo» ⁵:

«A este propósito, resulta do vigésimo primeiro considerando da Diretiva 2002/22 que o legislador comunitário pretendeu associar os mecanismos de cobertura dos custos líquidos que o fornecimento do serviço universal pode gerar para uma empresa à existência de um encargo excessivo para essa empresa. Neste contexto, ao considerar que o custo líquido do serviço universal não representa necessariamente um encargo excessivo para todas as empresas em causa, decidiu excluir que os custos líquidos de fornecimento do serviço universal deem automaticamente direito

⁴ European Communities (Electronic Communications Networks and Services) (Universal Service and Users' Rights) Regulations 2011 [Regulamento das Comunidades Europeias (Serviços e Redes de Comunicações Eletrónicas) (Serviço Universal e Direitos dos Utilizadores) de 2011].

⁵ Os mesmos princípios são estabelecidos no Acórdão C-222/08, Comissão/Bélgica, relativo a um processo por infração instaurado pela Comissão.

à indemnização. Nestas condições, o encargo injustificado cuja existência deve ser declarada pela autoridade reguladora nacional antes de qualquer indemnização é o encargo que, para cada empresa em causa, tem um carácter excessivo na perspetiva da sua capacidade para o suportar, tendo em conta o conjunto das suas características específicas, designadamente o nível dos seus equipamentos, a sua situação económica e financeira e a sua quota de mercado.

Embora, por nada ser dito na Diretiva 2002/22 a este respeito, caiba à autoridade reguladora nacional fixar, de modo geral e abstrato, os critérios que permitem determinar os limiares a partir dos quais, tendo em conta as características indicadas no número anterior, um encargo pode ser considerado excessivo, também é verdade que a referida autoridade só pode declarar que o encargo representado pelo fornecimento do serviço universal é injustificado, por força da aplicação do artigo 13.º desta diretiva, se proceder ao exame específico da situação de cada empresa em causa à luz desses critérios.»

41. É pacífico que tanto a ComReg como a High Court (Tribunal Superior) da Irlanda estão vinculados pelo princípio da cooperação leal na aplicação das decisões do Tribunal de Justiça. Onde as partes diferem é quanto à interpretação correta do Acórdão C-389/08, Base, e à sua adequada aplicação à situação em causa no presente processo.

IX. POSIÇÕES DAS PARTES SOBRE AS QUESTÕES JURÍDICAS

42. As partes concordam que a ComReg tem a obrigação legal de determinar se o custo (sem os benefícios) do cumprimento da OSU representa um encargo excessivo para o PSU. No entanto, as partes discordam quanto ao sentido das conclusões do Tribunal de Justiça no Acórdão C-389/08, Base, e à sua aplicação à avaliação da existência de um encargo excessivo quando existe unicamente um PSU no mercado e quanto ao critério correto a aplicar, de forma mais genérica, para determinar a existência de um encargo excessivo.

Posição da Eircom

43. A posição da Eircom, na medida em que é relevante para as questões que dão origem ao pedido de decisão prejudicial nos termos do artigo 267.º, é a seguinte:
- i) Determinar se a OSU constitui um encargo excessivo num mercado concorrencial exige uma análise da concorrência para avaliar se a imposição unilateral do custo líquido da OSU ao PSU distorce a concorrência, uma vez que o coloca numa situação de desvantagem concorrencial em relação aos seus concorrentes no mercado;
 - ii) A capacidade relativa do PSU para suportar o custo líquido da OSU deve ser avaliada tendo em conta não só as características específicas da Eircom, mas

também as dos seus concorrentes. O economista especialista independente contratado pela Eircom considera que, sem a referida avaliação, há um risco significativo de se chegar a uma situação em que todos os prestadores de serviços de comunicações beneficiam das externalidades positivas da OSU, mas apenas o PSU suporta os seus custos, apesar de não se encontrar numa posição significativamente melhor para isso, o que, por definição, deve ser considerado injusto por não haver uma justificação objetiva para essa diferença de tratamento;

- iii) As referências feitas no Acórdão C-389/08, Base, à necessidade de serem tidas em consideração as características específicas de um PSU devem ser entendidas no âmbito factual desse processo, no qual existiam vários PSU e o comportamento ilícito da autoridade reguladora nacional dizia respeito ao eventual encargo excessivo imposto a cada um desses PSU de uma forma genérica. As declarações do Tribunal de Justiça devem ser entendidas neste âmbito e não como uma obrigação de considerar as características de uma única empresa num mercado concorrencial;
- iv) Além disso, as características que devem ser tidas em consideração no âmbito do critério estabelecido no Acórdão C-389/08, Base, como o nível dos equipamentos e a quota de mercado, são, no essencial, aspetos comparativos e a sua relevância apenas pode residir na vantagem ou desvantagem que o PSU tem em relação aos seus concorrentes;
- v) As conclusões do Acórdão C-389/08, Base, devem também ser entendidas no âmbito das obrigações vinculativas que impendem sobre as autoridades reguladoras nacionais por força da diretiva-quadro e da Diretiva Serviço Universal, bem como à luz dos princípios gerais do direito da União. Conforme decorre da diretiva-quadro, da Diretiva Serviço Universal e dos princípios gerais do direito da União, a minimização das distorções da concorrência é uma obrigação vinculativa imposta à ComReg enquanto autoridade reguladora nacional;
- vi) O facto de a ComReg estabelecer um limiar muito elevado que deve ser atingido para se considerar que existe um «efeito significativo» na rentabilidade e/ou na capacidade de obter uma taxa de retorno do capital equitativa antes de ser realizada qualquer avaliação sobre a questão de saber se um encargo coloca ou não o PSU em desvantagem concorrencial, não cumpre as obrigações impostas à ComReg, enquanto autoridade reguladora nacional, pela diretiva-quadro e pela Diretiva Serviço Universal;
- vii) A metodologia para determinar se o custo líquido da OSU colocou o PSU em desvantagem concorrencial avaliando se, no ano em causa, o ROCE do PSU excedeu o seu CMPC, é incorreta. A abordagem da ComReg apenas tem em consideração se o PSU foi ou não capaz de absorver o custo sem que o seu ROCE caísse para o nível do seu CMPC. Além disso, o limiar tem em conta o ROCE de toda atividade comercial retalhista e grossista de redes

- fixas da Eircom, e não o ROCE da sua atividade comercial relativa à OSU (que é apenas atividade comercial retalhista);
- viii) A imposição de uma obrigação unilateral de financiar um serviço universal a uma empresa num mercado concorrencial simplesmente com base no facto de a autoridade reguladora nacional considerar que essa empresa poderia financiá-lo a curto ou médio prazo não pode, em caso algum, constituir uma justificação objetiva para que tal seja feito. O facto de o PSU ter um ROCE superior ao seu CMPC não demonstra, na ausência de mais informações, que o PSU é capaz de absorver o custo sem que isso tenha um impacto negativo na sua posição concorrencial no mercado. Tal facto nada revela sobre o poder de mercado do PSU ou sobre o poder dos seus concorrentes e é um fraco indicador das condições de mercado e do impacto concorrencial da OSU;
 - ix) O ROCE de cada um dos operadores do mercado para o período em causa, conforme calculado pelo economista especialista da Eircom, figura no anexo H. O economista especialista independente contratado pela Eircom considera que os números demonstram que o ROCE médio da Eircom durante o período 2010-2015 é o mais baixo entre todos os operadores analisados;
 - x) A utilização do CMPC determinado pela ComReg em relação à Eircom não constitui um parâmetro de referência adequado: os dados do economista especialista independente indicam que, em muitos setores, as empresas obtêm uma taxa de retorno superior ao CMPC, e que todos os operadores neste mercado têm níveis de rentabilidade muito superiores ao CMPC aplicado à Eircom. A OSU, que constitui uma obrigação legal que visa garantir que os utilizadores têm acesso a um conjunto de serviços básicos de comunicação a preços acessíveis, não se destina a reduzir as receitas resultantes da OSU num ambiente concorrencial. A imposição unilateral do custo da OSU a um PSU, mesmo que isso coloque o PSU numa situação de desvantagem concorrencial, e independentemente do facto de os seus principais concorrentes não terem sido objeto de quaisquer medidas para reduzir os seus lucros a um nível semelhante, é contrária aos objetivos da diretiva-quadro e da Diretiva Serviço Universal de garantir a proporcionalidade e evitar a discriminação e a distorção da concorrência;
 - xi) Segundo os dados do economista especialista da Eircom, que não foram contrariados pelo economista especialista da ComReg, em 2010-2011, o custo líquido para cumprir este critério teria de ter sido de 244 milhões de euros (o que representa 62 % dos resultados antes de juros e impostos) e, nos anos relativamente aos quais foi pedido financiamento, o montante mais baixo que teria cumprido este critério num dos anos teria sido um custo líquido de 51 milhões de euros (o que representa 23 % dos resultados antes de juros e impostos);

- xii) O critério adotado pela ComReg nas suas decisões significaria que apenas existiria um encargo excessivo quando o ROCE da Eircom relativo a toda a atividade comercial de rede fixa tivesse caído até um nível em que, caso se mantivesse, segundo o especialista em economia, começaria a ter dificuldades em angariar novos capitais. Isto é incoerente com o quadro legal, que visa promover uma concorrência efetiva;
- xiii) Na medida em que as conclusões do Acórdão C-389/08, Base, são relevantes para mercados com um único PSU, daí decorre, conseqüentemente, que a autoridade reguladora nacional deve, em primeiro lugar, efetuar uma apreciação individual dos custos líquidos reais para um PSU sem aplicar quaisquer pressupostos genéricos quanto à relação entre um custo líquido positivo e um encargo excessivo, mas deve, em segundo lugar, cumprir a obrigação vinculativa que lhe é imposta pela Diretiva Serviço Universal de determinar se existe ou não um encargo excessivo no contexto do quadro factual completo do mercado em que o PSU opera; e
- xiv) A rentabilidade e a capacidade da Eircom para obter uma taxa de retorno equitativa são significativamente afetadas pelo custo líquido do PSU, uma vez que este impõe um custo adicional à Eircom que os seus concorrentes não têm de suportar, sem que a Eircom beneficie de qualquer vantagem (por exemplo, um poder de mercado de quase monopólio no mercado retalhista) para compensar a desvantagem do encargo do custo adicional. A questão de saber se existe um «efeito significativo» na rentabilidade e/ou capacidade de obter uma taxa de retorno equitativa não pode ser determinada por um limiar de rentabilidade, excluindo assim considerações relativas à distorção da concorrência e à justificação objetiva.

Posição da ComReg

- 44. A posição da ComReg, na medida em que é pertinente para as questões que dão origem ao pedido de decisão prejudicial nos termos do artigo 267.º, é a seguinte:
 - i) O efeito das conclusões do Acórdão C-389/08, Base, centra-se na capacidade do PSU para suportar o custo líquido à luz das características específicas do PSU. O critério prevê uma análise unilateral da capacidade de uma entidade para suportar o encargo e não uma análise de todos os concorrentes no mercado e das respetivas capacidades para suportar o custo líquido;
 - ii) A Diretiva Serviço Universal não só permite que as autoridades reguladoras nacionais estabeleçam, de modo geral e abstrato, os critérios que permitem determinar se um encargo pode ser considerado excessivo como, à luz do Acórdão C-389/08, Base, impõe mesmo às autoridades reguladoras nacionais que o façam. Tais critérios não são fixados pela diretiva nem pelo Tribunal de Justiça, devendo antes ser decididos por cada autoridade reguladora nacional. Por conseguinte, não é surpreendente que cada

- Estado-Membro tenha adotado os seus próprios critérios e que estes variem entre Estados-Membros;
- iii) O critério estabelecido pelo Acórdão C-389/08, Base, visa determinar se o custo líquido é excessivo tendo em conta a capacidade do PSU para suportá-lo, à luz dos critérios identificados que se centram nas características do PSU;
 - iv) Tendo em conta o critério estabelecido no Acórdão C-389/08, Base, a rentabilidade é uma variável fundamental na determinação da capacidade da Eircom para suportar o custo líquido;
 - v) A ComReg alega que a rentabilidade e a capacidade da Eircom para obter uma taxa equitativa de ROCE são indicadores da sua posição financeira e que os mesmos são utilizados de forma adequada para avaliar a sua capacidade de suportar o encargo do custo líquido. A ComReg afirma que o CMPC regulamentar permitido constitui um critério de referência de retorno competitivo adequado para utilizar na avaliação. O CMPC é normalmente utilizado pelos reguladores e pelas autoridades em casos de concorrência enquanto parâmetro de referência do retorno que os investidores (ou seja, acionistas e mutuantes) podem esperar receber do investimento numa empresa. O CMPC representa o custo de oportunidade de um investidor por assumir o risco de investir numa empresa ou, por outras palavras, o retorno que um investidor exigiria enquanto parâmetro de referência para investir;
 - vi) Os relatórios da Oxera e as decisões da ComReg centraram-se nas características da Eircom e na capacidade desta para suportar o custo líquido e concluíram que esse custo não era excessivo à luz da capacidade da Eircom para suportá-lo, em conformidade com este critério;
 - vii) A capacidade de financiamento indireto a partir dos lucros obtidos por uma entidade é pertinente para efeitos da capacidade de suportar o custo líquido da OSU e o financiamento indireto, enquanto princípio, está subjacente à fundamentação do raciocínio do Acórdão C-389/08, Base;
 - viii) A Eircom sublinha a injustiça de ter de suportar um encargo de 45 milhões de euros durante cinco anos, ignorando que, no mesmo período, o seu EBIT era de 1 397 mil milhões de euros. Isto é digno de nota, uma vez que a avaliação do encargo excessivo visa a capacidade do PSU para suportar o custo líquido;
 - ix) No entanto, a Eircom não apresenta provas de que a sua rentabilidade e capacidade de obter uma taxa de ROCE equitativa foi significativamente afetada pelo custo líquido da OSU. A Eircom também não alega que o custo líquido da OSU conduz a qualquer falta de rentabilidade (uma vez que não há falta de rentabilidade) ou, mais importante, a uma incapacidade de suportar o custo. O nível total de lucros e a análise ROCE/CMPC demonstram que o custo líquido não teve efeitos significativos na

- rentabilidade da Eircom. Tomando como exemplo o ano 2010-2011, apesar de operar num ambiente concorrencial, o EBIT da Eircom foi de 388 milhões de euros enquanto suportava o custo líquido positivo de 7,5 milhões de euros;
- x) Em nenhuma parte do Acórdão C-389/08, Base, é apresentada ou defendida a tese de que a ComReg deve efetuar uma avaliação dos concorrentes do PSU, dos seus lucros, da sua quota de mercado e do benefício que obtêm da OSU. Em nenhuma parte do Acórdão C-389/08, Base, é sugerido que este tipo de análise de mercado tem de ser efetuado ou que deve ser realizado qualquer tipo de comparação entre a Eircom e os seus concorrentes antes de se determinar se a Eircom pode suportar o encargo do custo líquido;
- xi) A ComReg alega que as quotas de mercado dos concorrentes e a respetiva progressão tendencial (conforme apresentadas pela Eircom) não são indicativas, e muito menos determinantes, da capacidade da Eircom para suportar o custo líquido. Em relação ao ROCE de outros participantes no mercado exposto pela Eircom no anexo H, a ComReg afirma que esta análise ROCE apresenta dados voláteis e contraditórios sobre a rentabilidade dos concorrentes e, em todo o caso, é irrelevante para a avaliação;
- xii) Se uma avaliação do encargo excessivo exigisse tal análise de mercado, seria razoável esperar que a diretiva-quadro ou a Diretiva Serviço Universal o tivessem estabelecido em termos semelhantes ou análogos, ou que o Tribunal de Justiça o pudesse ter declarado no Acórdão C-389/08, Base, o que não ocorreu;
- xiii) A metodologia da ComReg tem efetivamente em conta a situação concorrencial no mercado, uma vez que, se for demonstrado que um custo líquido positivo afeta significativamente a rentabilidade de um PSU, a ComReg avaliará se tal custo líquido tem ou não um impacto significativo na capacidade de um PSU para, no futuro, concorrer em igualdade de condições com os seus concorrentes. Além disso, no âmbito da análise da Decisão 40, a ComReg e a Oxera tiveram em consideração aspetos do mercado como contexto mais alargado para a avaliação da rentabilidade (incluindo a fixação de preços da Eircom e a sua quota no mercado de rede fixa), conforme é possível observar, por exemplo, na Tabela 5.1 e nas conclusões dos relatórios da Oxera anexados a cada uma das decisões, dos quais é exemplo o relatório respeitante ao ano 2014-2015 que figura no anexo D;
- xiv) A rentabilidade é um forte indicador do ambiente concorrencial e o resultado de uma avaliação da rentabilidade não está dissociado de considerações concorrenciais;

- xv) No presente recurso está em causa o custo líquido da OSU – o impacto de uma quantia monetária – e não outras exigências qualitativas da OSU que possam ter efeitos concorrenciais, tais como o GAP;
- xvi) No Acórdão C-389/08, Base, é inquestionável que o Tribunal de Justiça teve em conta as exigências da não discriminação, da proporcionalidade e da minimização das distorções de mercado, bem como o afastamento das condições de mercado que a OSU poderia implicar, quando estabeleceu o critério adequado para determinar a existência de um encargo excessivo; e
- xvii) O economista especialista contratado pela ComReg está convencido de que a comparação entre o ROCE e o CMPC é adequada enquanto parte da avaliação da posição económica e financeira de um PSU.

X. FUNDAMENTAÇÃO DO PEDIDO DE DECISÃO PREJUDICIAL

- 45. As partes estão em desacordo quanto ao sentido das conclusões do Tribunal de Justiça no Acórdão C-389/08, Base, e à sua aplicação à avaliação de um encargo excessivo quando existe um único PSU no mercado e quanto ao critério correto a aplicar, de forma mais genérica, para determinar a existência de um encargo excessivo.
- 46. O Acórdão C-389/08, Base, não trata a situação em que há vários prestadores de serviços de telecomunicações no mercado relevante mas apenas um PSU. Esta situação ocorre na Irlanda. Para decidir as questões em causa no processo principal é necessária a orientação do Tribunal de Justiça. Além disso, é provável que a referida orientação tenha interesse para os órgãos jurisdicionais de outros Estados-Membros e é pouco provável que a Irlanda seja o único Estado-Membro que tem um mercado de telecomunicações liberalizado onde esta questão pode colocar-se.

XI. QUESTÃO PREJUDICIAL

Em circunstâncias em que:

- i) o mercado das telecomunicações foi liberalizado e nele operam múltiplos prestadores de serviços de telecomunicações;
- ii) a autoridade reguladora nacional (a seguir «ARN») selecionou um prestador de serviços (a seguir «prestador do serviço universal» ou «PSU») para cumprir obrigações de serviço universal (a seguir «OSU»);
- iii) a ARN determinou que existe um custo líquido positivo associado ao cumprimento das obrigações de serviço universal (a seguir «custo líquido das OSU»); e

iv) a ARN determinou que o custo líquido das OSU é significativo em comparação com os custos administrativos do estabelecimento de um mecanismo de repartição do referido custo líquido entre os operadores do mercado,

no caso de a ARN ser obrigada, em cumprimento das obrigações que lhe incumbem por força da Diretiva 2002/22, relativa ao serviço universal, a avaliar se o custo líquido das OSU é excessivo face à capacidade do prestador do serviço universal para suportá-lo, tendo em conta todas as características do referido prestador, nomeadamente a qualidade dos seus equipamentos, a sua situação económica e financeira e a sua quota de mercado (na aceção do n.º 42 do Acórdão do Tribunal de Justiça no processo C-389/08, Base), pode a ARN, ao abrigo das diretivas, efetuar tal avaliação tendo exclusivamente em conta as características/a situação do prestador do serviço universal, ou é obrigada a avaliar as características/a situação deste último em relação aos seus concorrentes no mercado relevante?