

Processo C-329/21**Resumo do pedido de decisão prejudicial em aplicação do artigo 98.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça****Data de entrada:**

26 de maio de 2021

Órgão jurisdicional de reenvio:

Fővárosi Törvényszék (Tribunal de Budapeste-Capital, Hungria)

Data da decisão de reenvio:

18 de maio de 2021

Recorrente:

DIGI Communications NV

Recorrida:

Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság Hivatala (Gabinete da Autoridade Nacional de Media e Comunicações, Hungria)

Objeto do processo principal

Recurso em matéria de comunicações

Objeto e fundamento jurídico do pedido de decisão prejudicial

No processo principal, a questão prévia que se coloca é a de saber se a recorrente dispõe, ao abrigo do artigo 4.º, n.º 1, da Diretiva 2002/21/CE, do direito de recurso da decisão que declara o resultado do processo de leilão, na medida em que não é a destinatária dessa decisão. O pedido visa determinar se a recorrente é uma concorrente dos destinatários ou uma empresa afetada pela decisão.

A base jurídica do pedido é o artigo 267.º TFUE.

Questões prejudiciais

«1)

1.1 Pode ser considerada concorrente das empresas destinatárias de uma decisão da autoridade reguladora nacional, na aceção do artigo 4.º, n.º 1, da Diretiva 2002/21/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de março de 2002, relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações eletrónicas (diretiva-quadro), uma empresa registada e que opera noutro Estado-Membro, que não presta ela própria serviços de comunicações eletrónicas no mercado a que a decisão se refere, quando uma empresa sob o seu domínio direto está presente no mercado relevante como prestadora de serviços e concorre nesse mercado com as empresas destinatárias da decisão?

1.2 Para responder à questão 1.1, é necessário examinar se a sociedade-mãe que pretende interpor o recurso constitui uma unidade económica com a empresa sob o seu domínio, que está presente como concorrente no mercado relevante?

2)

2.1 O processo de leilão conduzido por uma autoridade reguladora nacional, na aceção do artigo 4.º, n.º 1, da diretiva-quadro e do artigo 7.º da Diretiva 2002/20/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de março de 2002, relativa à autorização de redes e serviços de comunicações eletrónicas (diretiva autorização), que visa os direitos de utilização de frequências em apoio da implantação da tecnologia 5G, relacionados com serviços adicionais de banda larga sem fios, é um processo destinado à defesa da concorrência? Deve a decisão da autoridade reguladora nacional que declara o resultado do referido processo de leilão ser também interpretada como tendo por objetivo a defesa da concorrência neste sentido?

2.2 Em caso de resposta afirmativa pelo Tribunal de Justiça à questão 2.1, o facto de a autoridade reguladora nacional ter recusado, através de uma decisão final contida numa decisão separada, o registo da sua proposta à empresa que interpôs recurso judicial, tendo como consequência que esta última não pudesse participar no processo de leilão e, por conseguinte, não fosse destinatária da decisão que determinou o resultado do processo, afeta o objetivo da defesa da concorrência da decisão?

3)

3.1 Deve o artigo 4.º, n.º 1, da diretiva-quadro, à luz do artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais, ser interpretado no sentido de que apenas confere o direito de recurso da decisão de uma autoridade reguladora nacional a uma empresa:

- a) cuja posição no mercado seja direta e efetivamente afetada pela decisão; ou
- b) cuja posição no mercado demonstre ser altamente suscetível de ser afetada pela decisão; ou
- c) cuja posição no mercado possa ser direta ou indiretamente afetada pela decisão?

3.2 A afetação referida na questão 3.1 é, por si só, demonstrada pelo facto de a empresa ter apresentado uma proposta no processo de leilão, ou seja, de pretender participar no processo, mas que tal não foi possível por não preencher os requisitos, ou pode o órgão jurisdicional exigir-lhe, legitimamente, que demonstre, além disso, essa afetação através de elementos de prova?

4) À luz das respostas dadas à primeira a terceira questões prejudiciais, deve o artigo 4.º, n.º 1, da diretiva-quadro, em conjugação com o artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais, ser interpretado no sentido de que constitui uma empresa prestadora de serviços de comunicações eletrónicas que é afetada pela decisão da autoridade reguladora nacional que declara o resultado de um processo de leilão dos direitos de utilização de frequências em apoio da implantação da tecnologia 5G, relacionados com serviços adicionais de banda larga sem fios, e que, por conseguinte, tem direito de recurso, uma empresa:

- que não exerça uma atividade económica de prestação de serviços no mercado relevante, mas que tenha uma empresa sob o seu domínio direto que preste serviços de comunicações eletrónicas nesse mesmo mercado, e
- à qual foi recusada a inscrição no processo de leilão através de decisão definitiva e final da autoridade reguladora nacional, antes de ser proferida a decisão que declara o resultado do processo de leilão impugnado, o que a excluiu da participação posterior nesse processo?»

Disposições de direito da União invocadas

- Artigos 4.º, n.º 1, e 8.º, n.º 2, da Diretiva 2002/21/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de março de 2002, relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações eletrónicas (a seguir «diretiva-quadro»).
- Artigo 7.º da Diretiva 2002/20/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de março de 2002, relativa à autorização de redes e serviços de comunicações eletrónicas (a seguir «diretiva autorização»).
- Artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

Disposições de direito nacional invocadas

Lei I de 2017, que aprova o novo Código do Procedimento Administrativo

«Artigo 17.º Tem a faculdade de instaurar o processo

- a) a pessoa cujo direito ou interesse legítimo sejam diretamente afetados pela atividade administrativa».

«Artigo 88.º [Negação de provimento ao recurso]

(1) O tribunal nega provimento ao recurso se

[...]

b) não puder ser declarada uma violação direta de um direito ou interesse legítimo do recorrente.»

Jurisprudência invocada

- Acórdão de 21 de fevereiro de 2008, Tele2 Telecommunication (C-426/05, EU:C:2008:103).
- Acórdão de 24 de abril de 2018, Arcor (C-55/06, ECLI:EU:C:2008:244).
- Acórdão de 22 de janeiro de 2015, T-Mobile Austria (C-282/13, EU:C:2015:24).
- Acórdão de 19 de maio de 2009, Assitur (C-538/07, ECLI:EU:C:2009:317).
- Acórdão de 17 de maio de 2018, Specializuotas transportas (C-531/16, ECLI:EU:C:2018:324).
- Conclusões de 21 de dezembro de 2016, Akzo Nobel e Akzo Nobel Chemicals/Comissão (C-516/15 P, ECLI:EU:C:2016:1004).

Apresentação sucinta dos factos e do processo principal

- 1 Em 18 de julho de 2019, a Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság (Autoridade Nacional de Media e Comunicações; a seguir «Autoridade») deu início a um processo de leilão para os direitos de utilização de frequências em apoio da implantação da tecnologia 5G, relacionados com serviços adicionais de banda larga sem fios (a seguir «processo de leilão») e publicou a documentação que continha as regras detalhadas do mesmo (a seguir «documentação»).
- 2 A DIGI Communications NV (a seguir «recorrente») é uma sociedade comercial gestora de participações sociais registada nos Países Baixos que não está inscrita na Hungria como prestadora de serviços de comunicações eletrónicas. A recorrente apresentou uma candidatura para participar no processo de leilão, mas a sua candidatura foi formalmente declarada inválida pela Autoridade, uma vez que a recorrente tinha abusado do seu direito de participar no processo, tinha tido um comportamento destinado a contornar o processo e tinha procurado enganar a Autoridade. A Autoridade considerou que a recorrente apenas tinha apresentado a sua candidatura porque, se a DIGI Távközlési és Szolgáltató Korlátolt Felelősségű Társaság (a seguir «DIGI Kft.»), uma empresa dominada por ela, registada na Hungria e que presta serviços de comunicações eletrónicas nesse país, tivesse apresentado o seu pedido, ter-lhe-ia sido aplicada a regra de exclusão contida na documentação. Por esta razão, a Autoridade recusou a inscrição da recorrente no

concurso através de decisão final e concluiu que a recorrente tinha perdido a sua qualidade de parte no processo de leilão. A recorrente impugnou judicialmente esta decisão, mas foi negado provimento ao seu recurso em primeira instância pelo órgão jurisdicional de reenvio e, em segunda instância, a título definitivo, pela Kúria (Supremo Tribunal).

- 3 Através de um recurso de anulação da decisão da Autoridade que declara o resultado do processo de leilão, a recorrente instaurou um processo contencioso administrativo que está pendente no órgão jurisdicional de reenvio como processo principal.

Argumentos essenciais das partes no processo principal

- 4 A recorrente alega que, em conformidade com o artigo 4.º, n.º 1, da diretiva-quadro, tem legitimidade para interpor recurso da decisão que declara o resultado do processo de leilão. Na sua opinião, é uma concorrente efetiva das empresas que adquiriram direitos de utilização de frequências no processo de leilão, dado que, por um lado, pertence a um grupo de empresas, juntamente com a DIGI Kft., que está presente no mercado como prestadora de serviços e, por outro, quis participar no processo de leilão enquanto potencial concorrente, a que tem direito ao abrigo do princípio fundamental da livre prestação de serviços. De qualquer modo, na sua opinião, a qualidade de concorrente não é um requisito para o reconhecimento da qualidade de parte afetada, uma vez que basta para tal que a sua posição no mercado seja potencialmente afetada pela decisão da Autoridade. Alega que o seu interesse económico direto e legítimo é afetado pelo facto de a Autoridade ter frustrado a sua participação no concurso com base em documentação ilegal e num processo contrário ao direito. Nega que seja obrigada a fornecer provas de que o referido interesse foi prejudicado, uma vez que o pagamento da taxa de inscrição e a apresentação da sua proposta demonstram a sua intenção real de obter as frequências. No seu entender, ao recusar a sua inscrição e ao não ter a qualidade de parte, foi totalmente impossibilitada de exercer o seu direito a uma proteção jurisdicional efetiva. Não tendo a qualidade de parte, perde igualmente o seu direito de recurso da decisão de encerrar o processo de leilão, uma vez que, no seu entender, a documentação apenas pode ser contestada por via judicial juntamente com a decisão que encerra o processo.
- 5 A Autoridade nega a legitimidade da recorrente com o fundamento de que a sua qualidade de parte se extinguiu ao ser excluída do processo de leilão, de modo que a decisão e o acórdão no processo principal não podem afetar a sua situação jurídica. Salaria que a declaração da recorrente de que não tem planos concretos para entrar no mercado húngaro também a exclui de ser concorrente. Além disso, resulta de documentos públicos que a recorrente nem sequer está presente no mercado dos serviços no Estado-Membro em que está estabelecida. Na sua opinião, a posição no mercado da DIGI Kft. não se pode avaliar a este respeito.

Apresentação sucinta da fundamentação do pedido de decisão prejudicial

- 6 Uma vez que a diretiva-quadro não define o conceito de «pessoa afetada», há que examiná-lo à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça. Nos Acórdãos Tele2 Telecommunication, Arcor e T-Mobile Austria, o Tribunal de Justiça examinou três requisitos para determinar se uma empresa era afetada na aceção do artigo 4.º, n.º 1, da diretiva-quadro e se beneficiava de um direito de recurso da decisão controvertida no respetivo processo.
- 7 Estes três requisitos, que requerem uma interpretação adicional no âmbito do processo no órgão jurisdicional de reenvio, são, em primeiro lugar, que a empresa em questão seja uma empresa prestadora de redes ou serviços de comunicações eletrónicas concorrente da empresa ou das empresas destinatárias da decisão da autoridade; em segundo lugar, que a autoridade reguladora nacional tenha adotado a decisão no âmbito de um processo que tenha como objetivo a defesa da concorrência e, em terceiro lugar, que a decisão em questão afete ou possa afetar a posição da primeira empresa no mercado.
- 8 A primeira questão prejudicial submetida destina-se a saber se a qualidade de concorrente está demonstrada numa situação em que outro membro do grupo de empresas que é dominado pela empresa que pretende interpor recurso exerce a atividade de prestadora de serviços de comunicações eletrónicas no mercado relevante, mas a própria recorrente não exerce essa atividade e apenas dispõe de uma infraestrutura através da sua filial húngara.
- 9 Coloca-se ainda a questão de saber se, para determinar a sua qualidade de concorrente, é necessário examinar em que medida a recorrente e a empresa sob o seu domínio formam uma unidade económica. O princípio enunciado no n.º 31 do Acórdão Assitur do Tribunal de Justiça, segundo o qual os agrupamentos de empresas podem revestir formas e objetivos variáveis, e não excluem forçosamente que as empresas dominadas gozem de uma certa autonomia na condução da sua política comercial e das suas atividades económicas, bem como os critérios de análise enunciados nos n.ºs 27 a 29 do Acórdão Specializuotas transportas do referido Tribunal de Justiça, podem ser pertinentes, por analogia, para determinar a natureza da relação efetiva, económica e de domínio, entre a recorrente e a DIGI Kft.
- 10 Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, uma vez que os processos do direito da concorrência da União que figuram nas alegações da recorrente — relativos a acordos restritivos da concorrência — se referem à imputabilidade da responsabilidade, não podem servir de fundamento para afirmar em termos gerais que, mesmo que, do ponto de vista jurídico, um agrupamento seja composto por várias pessoas coletivas distintas, pode ser considerado como uma única «empresa» para efeitos de direito da concorrência.
- 11 Em contrapartida, o objetivo do artigo 4.º, n.º 1, da diretiva-quadro, a saber, garantir os direitos da empresa afetada por uma decisão da autoridade reguladora

nacional, deve ser entendido no sentido de que se refere ao mercado afetado pela decisão, sem se estender a todo o grupo de empresas. Compete ao Tribunal de Justiça decidir se, para que uma empresa seja considerada concorrente na aceção do artigo 4.º, n.º 1, da diretiva-quadro, deve estar diretamente presente no mercado ou se é suficiente que esteja indiretamente presente através de uma filial.

- 12 O órgão jurisdicional de reenvio também tem dúvidas sobre a questão de saber se o simples facto de a recorrente ter apresentado uma proposta no processo de leilão é suficiente para provar a realidade da sua intenção de entrar no mercado. Dado que a DIGI Kft. está presente no mercado como prestadora de serviços e efetuou investimentos para lançar serviços de 5G, não seria um comportamento de mercado razoável que a recorrente desejasse entrar no mercado de prestadores de serviços como concorrente da sua própria filial, com os elevados custos de investimento que tal implica.
- 13 Tendo em conta o artigo 8.º, n.º 2, da diretiva-quadro e o artigo 7.º, n.º 1, alínea a), da diretiva autorização, o órgão jurisdicional de reenvio considera que um procedimento de concurso lançado com vista à adjudicação do direito de utilização de frequências, como o processo de leilão em causa no processo principal, preenche o requisito de a autoridade reguladora nacional ter tomado a decisão no âmbito de um processo destinado à defesa da concorrência. O processo de leilão em causa no processo principal é um procedimento de concurso a respeito do qual o Tribunal de Justiça ainda não interpretou o artigo 4.º da diretiva-quadro, pelo que é necessário que o Tribunal de Justiça responda à segunda questão prejudicial. Além disso, o processo principal também deve ser analisado do ponto de vista da adequação da decisão da Autoridade para alcançar o objetivo de defesa da concorrência no que diz respeito à recorrente.
- 14 Ao analisar a anterior jurisprudência do Tribunal de Justiça (Acórdãos Tele2 Telecommunication, Arcor e T-Mobile Austria), não é claro se basta uma potencial afetação mínima da posição de uma empresa no mercado para a qualificar de empresa afetada no sentido do artigo 4.º, n.º 1, da diretiva-quadro ou se as particularidades do caso concreto devem ser examinadas, incluindo os efeitos concretos da decisão sobre a posição no mercado da empresa que pretende contestá-la e a probabilidade da sua ocorrência. Com a sua terceira questão prejudicial, o órgão jurisdicional de reenvio pede ao Tribunal de Justiça orientações sobre o nível de prova que pode exigir à recorrente para comprovar o efeito da decisão sobre a sua posição no mercado, a fim de justificar a sua legitimidade.
- 15 No Acórdão Tele2 Telecommunication, o Tribunal de Justiça esclareceu que os direitos das partes no processo administrativo não estão abrangidos pelo âmbito de aplicação da diretiva-quadro. Daqui resulta que a existência ou a extinção do direito da recorrente a ser parte no processo administrativo não é pertinente para as questões suscitadas no presente pedido de decisão prejudicial.

- 16 No que respeita à quarta questão prejudicial, o órgão jurisdicional de reenvio considera que o direito à ação garantido pelo artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais pode também ser violado pelo facto de os operadores poderem, incluindo de forma abusiva, obstar ou impedir a execução das decisões da autoridade, através da propositura de ações judiciais sem nenhum interesse jurídico direto e real, prejudicando assim precisamente a eficácia de uma concorrência leal no mercado. Tendo em conta o que precede, a interpretação do Tribunal de Justiça é necessária para saber como se aplica de modo mais eficaz o artigo 4.º, n.º 1, da diretiva-quadro à luz do direito à ação garantido pelo artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais, ponderando os interesses de todas as partes, tanto dos destinatários da decisão como da empresa que pretende exercer o seu direito de recurso.