

Processo C-807/18**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:**

20 de dezembro de 2018

Órgão jurisdicional de reenvio:

Fővárosi Törvényszék (Tribunal Geral de Budapeste-Capital, Hungria)

Data da decisão de reenvio:

11 de setembro de 2018

Recorrente:

Telenor Magyarország Zrt.

Recorrida:

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

Objeto do processo principal

Recurso da decisão da autoridade reguladora húngara que considerou que o pacote de serviços de tráfego de dados disponibilizado pelo operador de telecomunicações, que permite uma utilização, em princípio, limitada de determinadas aplicações, mas ilimitada e sem abrandamento relativamente a outras aplicações (conhecida como tarifa reduzida MyChat), violava o artigo 3.º, n.º 3, do Regulamento 2015/2120, e ordenou a esse operador a eliminação das diferenças existentes entre determinados tráfegos de Internet.

Objeto e fundamento jurídico do pedido de decisão prejudicial

Que disposição do artigo 3.º do Regulamento 2015/2120 é aplicável à tarifa reduzida MyChat? Pode esta tarifa reduzida ser compatível com o artigo 3.º, n.º 3, do Regulamento 2015/2120 e, conseqüentemente, cumprir o requisito de tratamento equitativo e não discriminatório? Que extensão e alcance deve ter o

controlo a efetuar pela autoridade reguladora nacional no âmbito do artigo 3.º do Regulamento 2015/2120?

Fundamento jurídico: artigo 267.º TFUE.

Questões prejudiciais

1. Deve o acordo comercial entre o prestador de serviços de acesso à Internet e o utilizador final, nos termos do qual o prestador de serviços aplica ao utilizador final uma tarifa de custo zero relativamente a determinadas aplicações (isto é, o tráfego gerado por uma determinada aplicação não é contabilizado para efeitos de consumo de dados e também não abranda a sua velocidade uma vez consumido o volume de dados acordado), e nos termos do qual esse prestador pratica uma discriminação limitada às condições do acordo comercial celebrado com o consumidor final apenas contra o utilizador final que é parte desse acordo, e não contra um utilizador final que não seja parte do mesmo, ser interpretado à luz do artigo 3.º, n.º 2, do Regulamento (UE) 2015/2120 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro de 2015, que estabelece medidas respeitantes ao acesso à Internet aberta e que altera a Diretiva 2002/22/CE relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações eletrónicas e o Regulamento (UE) n.º 531/2012 relativo à itinerância nas redes de comunicações móveis públicas da União (a seguir «Regulamento»)?
2. Em caso de resposta negativa à primeira questão prejudicial, deve o artigo 3.º, n.º 3, do Regulamento ser interpretado no sentido de que, para determinar a existência de uma infração — tendo em conta também o considerando 7 do Regulamento — é necessária uma avaliação baseada no impacto e no mercado que determine se as medidas adotadas pelo prestador de serviços de acesso à Internet limitam efetivamente — e, sendo caso disso, em que medida — os direitos que o artigo 3.º, n.º 1, do Regulamento reconhece ao utilizador final?
3. Independentemente das primeira e segunda questões prejudiciais, deve o artigo 3.º, n.º 3, do Regulamento ser interpretado no sentido de que a proibição que estabelece é geral e objetiva, de modo que, nos termos da mesma, é proibida qualquer medida de gestão do tráfego que efetue distinções entre determinados conteúdos de Internet, independentemente de esse prestador de serviços de acesso à Internet fazer tais distinções por acordo, prática comercial ou outro tipo de conduta?
4. Em caso de resposta afirmativa à terceira questão, pode também considerar-se que existe uma infração ao artigo 3.º, n.º 3, do Regulamento pelo simples facto de existir uma discriminação, sem necessidade de realizar adicionalmente uma avaliação do mercado e do impacto, não sendo nesse caso necessária uma avaliação de acordo com o artigo 3.º, n.ºs 1 e 2, do Regulamento?

Disposições do Direito da União Europeia invocadas

Considerando 7 e artigos 3.º e 5.º do Regulamento (UE) 2015/2120 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro de 2015, que estabelece medidas respeitantes ao acesso à Internet aberta e que altera a Diretiva 2002/22/CE relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações eletrónicas e o Regulamento (UE) n.º 531/2012 relativo à itinerância nas redes de comunicações móveis públicas da União (JO 2015, L 310, p. 1).

Disposições de direito nacional invocadas

Az elektronikus hírközlésről szóló 2003. évi C. törvény (Lei n.º 100 de 2003, relativa às comunicações eletrónicas).

Breve exposição dos factos e do processo principal

- 1 A Telenor, um dos principais prestadores de serviços de telecomunicações da Hungria, disponibiliza, entre outros produtos, o pacote de serviços MyChat. Este pacote, por um lado, permite um consumo de 1 Gb de dados e, por outro, assegura uma utilização ilimitada dentro do território nacional de algumas das principais aplicações (Facebook, Facebook Messenger, Whatsapp, Instagram, Twitter e Viber). A utilização das aplicações escolhidas não é contabilizada para o limite de 1 Gb de tráfego de dados e estas são disponibilizadas aos subscritores de banda larga completa (não reduzida) mesmo depois da utilização de 1 Gb de tráfego de dados, enquanto outras aplicações de Internet não incluídas na tarifa reduzida geram um tráfego de dados sujeito a pagamento e veem limitada a sua acessibilidade — mediante um abrandamento — quando é atingido o limite de 1 Gb de tráfego de dados utilizados.
- 2 A Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság Hivatala (Autoridade Nacional de Media e Comunicações, Hungria), enquanto autoridade de primeiro grau, determinou que a tarifa reduzida MyChat podia ser considerada uma medida de gestão do tráfego, sob a forma de prática comercial, contrária às exigências de tratamento equitativo e não discriminatório impostas pelo artigo 3.º, n.º 3, do Regulamento 2015/2120 e ordenou a recorrente a eliminar as diferenças ilegais existentes entre determinados tráfegos de Internet.
- 3 A autoridade de segundo grau e recorrida — a Nemzeti Média - és Hírközlési Hatóság Elnöke (Presidência da Autoridade Nacional de Media e Comunicações, Hungria) — confirmou a decisão da autoridade de primeiro grau. A autoridade de segundo grau declarou proibida, de modo objetivo e independentemente da forma que assuma, qualquer medida de gestão do tráfego que estabeleça uma distinção entre conteúdos determinados de Internet, e que o pacote MyChat constitua inquestionavelmente uma medida de gestão do tráfego, uma vez que disponibiliza aos subscritores do mesmo uma utilização ilimitada e de qualidade uniforme de

determinadas aplicações selecionadas, enquanto abranda o acesso aos restantes conteúdos de Internet, reduzindo para um máximo de 32 kbit/s a velocidade de carregamento e descarregamento uma vez utilizado um determinado volume de tráfego de dados, não se verificando os motivos previstos no artigo 3.º, n.º 3, do Regulamento 2015/2120 que permitiriam aplicar medidas de gestão do tráfego.

- 4 A recorrente recorreu da decisão da autoridade de segundo grau para o órgão jurisdicional de reenvio.

Alegações essenciais das partes no processo principal

- 5 Segundo a recorrente, a recorrida incorre em erro quando interpreta restritivamente o Regulamento 2015/2120. No entender da recorrente, a autoridade reguladora deveria ter efetuado um controlo em duas fases e, desse modo, em primeiro lugar, deveria analisar se a conduta em questão viola o disposto no artigo 3.º, n.ºs 1 e 2 ou n.º 3, do Regulamento 2015/2120 e em caso afirmativo, deveria realizar, seguidamente, uma avaliação do impacto dessa restrição ou interferência. A recorrente afirma que, no caso em apreço, a autoridade reguladora efetuou apenas a primeira fase deste controlo, uma vez que, com base no artigo 3.º, n.º 3, considerou existir uma discriminação, mas absteve-se, simplesmente, de analisar o seu impacto. Segundo a recorrente, a necessidade da avaliação do impacto também pode ser deduzida do artigo 5.º do Regulamento 2015/2120.
- 6 A recorrente aponta também à autoridade reguladora o facto de ter apenas aplicado o artigo 3.º, n.º 3, do Regulamento 2015/2120. Esta alegação fundamenta-se, principalmente, no facto de que essa disposição, relativa às medidas decididas unilateralmente pelo prestador do serviço, não deveria ter sido aplicada, mas sim os n.ºs 1 e 2 desse mesmo artigo, uma vez que a prestação do serviço MyChat deve ser considerada uma prática comercial decorrente de um acordo bilateral entre o utilizador final e o prestador do serviço.
- 7 Subsidiariamente, essa alegação fundamenta-se na tese de que os n.ºs 1 a 3 do artigo 3.º do Regulamento 2015/2010 devem ser interpretados conjuntamente, de modo que a gestão do tráfego é considerada ilegal quando limita a liberdade de escolha ou os direitos do consumidor reconhecidos no artigo 3.º, n.ºs 1 e 2. Segundo a recorrente, o pacote MyChat é legal, uma vez que aumenta a liberdade de escolha do consumidor conferindo-lhe tanto um determinado tráfego de dados geral —isto é, utilizável para qualquer tipo de conteúdo— como um volume de dados especial e ilimitado que serve para utilizar serviços de *chat*. No que diz respeito ao facto de o MyChat dar preferência a determinadas aplicações de *chat* relativamente a outras, a recorrente afirma que os subscritores do pacote MyChat podem aceder a qualquer aplicação de *chat* no âmbito do tráfego de 1 Gb de dados. No entanto, considera que seria inviável, devido às limitações práticas decorrentes, que fosse incluída, no pacote de serviços, qualquer aplicação de *chat* que funcione no mundo.

- 8 A autoridade reguladora, que intervém como recorrida, alega que só é necessário realizar a avaliação do impacto quando exista o acordo entre utilizador final e prestador do serviço a que se refere o artigo 3.º, n.º 2, do Regulamento 2015/2120, ou na situação em que, embora não seja possível determinar uma infração do artigo 3.º, n.º 3, deste Regulamento, exista a possibilidade de o acordo ou a prática comercial afetar os direitos do utilizador final reconhecidos no seu artigo 3.º, n.º 1. Por seu turno, o artigo 3.º, n.º 3, do Regulamento 2015/2120 dispõe de modo inequívoco que é proibida objetivamente qualquer medida de gestão do tráfego que estabeleça diferenças entre determinados conteúdos de Internet (independentemente do facto de o prestador do acesso à Internet as estabelecer por acordo, prática comercial ou outro tipo de conduta). A recorrida considera que, no caso em apreço, não é necessário realizar um controlo em duas fases, uma vez que a análise do artigo 3.º, n.º 3, é necessária e também suficiente, e que também não é necessário demonstrar se a medida de gestão do tráfego proibida constitui uma restrição significativa dos direitos dos utilizadores finais e da sua liberdade de escolha.
- 9 O pacote MyChat deve ser considerado uma prática comercial mediante a qual é aplicada uma medida de gestão do tráfego proibida, não obstante a esse facto a argumentação exposta pela recorrente (por exemplo, não é bloqueado antecipadamente nenhum conteúdo ou nenhuma aplicação e os subscritores podem contratar um tráfego de dados que permita uma utilização geral). A recorrente não pode alegar que é inviável o objetivo de assegurar que uma prestação que viole o disposto no Regulamento 2015/2120 cumpra as exigências de neutralidade da rede, uma vez que não são as exigências de neutralidade da rede que têm que se ajustar à gama de produtos da recorrente, antes pelo contrário, é esta que tem que oferecer produtos que respeitem essas exigências.

Breve exposição da fundamentação do pedido de decisão prejudicial

- 10 A presente decisão de reenvio prejudicial diz respeito a uma das primeiras decisões de supervisão adotadas de acordo com o Regulamento 2015/2120 pela autoridade reguladora húngara, que suscita divergências interpretativas relevantes sobre dois aspetos. O primeiro, relativo ao direito substantivo, diz respeito à questão de saber se o pacote de serviços disponibilizado pelo prestador de acesso à Internet pode ser compatível com as exigências de neutralidade da rede impostas pelo referido Regulamento e qual das suas disposições lhe é aplicável. O outro aspeto é de natureza processual e exige a determinação da extensão e alcance de que se deve revestir o controlo a realizar pela autoridade reguladora nacional. O resultado do presente litígio afetará centenas de milhares de consumidores e a interpretação dada neste processo também pode determinar substancialmente a orientação, o objeto e a extensão dos futuros controlos a realizar pela autoridade.
- 11 As disposições do Regulamento 2015/2120 são novas. Tanto quanto sabe o órgão jurisdicional de reenvio não existe ainda, nem no Direito da União nem no dos Estados-Membros, uma interpretação uniforme destas disposições. Embora as

orientações de 30 de agosto de 2016 do Organismo de Reguladores Europeus de Comunicações Eletrónicas procurem fornecer diretrizes às entidades responsáveis pela aplicação do direito, existe entre as partes uma significativa divergência relativamente à sua interpretação. Tendo em conta o exposto, o órgão jurisdicional de reenvio considera que a interpretação do Tribunal de Justiça é necessária para a apreciação do processo principal.

- 12 As questões prejudiciais submetidas pelo órgão jurisdicional de reenvio dizem respeito, em primeiro lugar, à interpretação dos n.ºs 1 e 2 do artigo 3.º do Regulamento 2015/2120 e do n.º 3 do seu artigo 3.º em conjugação com o seu considerando 7. A relação entre estas disposições suscita dúvidas. Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, não se deve excluir a possibilidade de a proibição estabelecida no n.º 3 do artigo 3.º ter principalmente por objeto evitar que os prestadores de serviços de acesso à Internet adotem medidas unilaterais. Se, no entanto, a prática comercial analisada no processo em apreço for abrangida pelo âmbito de aplicação do artigo 3.º, n.º 3, surgirão então dúvidas relativamente à questão de saber se se trata realmente de uma proibição objetiva ou geral que não exige submeter a prática ilegal a uma avaliação do seu impacto, ou se é necessário definir um âmbito em conformidade com o disposto no considerando 7 com o objetivo de avaliar a restrição significativa do direito de «acesso à Internet aberta» do consumidor ou da sua liberdade de escolha.
- 13 A recorrente não nega que do pacote MyChat decorrem gestões de tráfego diferentes de acordo com as aplicações escolhidas ou de outros conteúdos de Internet, mas enquanto a autoridade reguladora considera que tal é suficiente, por si só, para determinar a existência de uma infração do Direito da União, a recorrente considera necessário analisar também outras disposições do Regulamento. De acordo com uma interpretação literal, o órgão jurisdicional de reenvio concluiria que o artigo 3.º, n.º 3, do Regulamento n.º 2015/2120 contém uma obrigação legal autónoma, inequívoca e incondicional.
- 14 Contudo, caso se aceite a argumentação da recorrente, será aplicável ao processo principal o artigo 3.º, n.º 2, do Regulamento 2015/2120, o que suscita a questão de saber se o facto de existir um acordo comercial celebrado entre o prestador do serviço e o utilizador final —que este último celebra no exercício da sua livre escolha— impede a procedência do argumento de que a lesão dos direitos do utilizador final pode ser analisada objetivamente e sem necessidade de examinar nenhum outro requisito, uma vez que, neste caso, o prestador do serviço e o utilizador final contratualizaram de comum acordo as condições do serviço de acordo com o pedido por este último, o que implicaria que a constatação da lesão dos direitos do utilizador final só poderia ter lugar após um controlo individualizado.
- 15 Além disso, embora não contenha uma referência explícita neste sentido, o artigo 3.º, n.º 3, do Regulamento 2015/2120 também visa, através da proibição geral, a proteção dos direitos de outras pessoas. A recorrida alega pertinentemente que, embora no caso em apreço a recorrente não discrimine realmente os utilizadores

finais, discrimina prestadores de aplicações ou conteúdos. Este facto suscita sérias dúvidas relativamente à admissibilidade da alegação da recorrente baseada na liberdade contratual, uma vez que dessa liberdade pode resultar um acordo comercial entre o prestador do serviço e o utilizador final que afete o direito de um terceiro, resultado este a que, no entanto, não podem conduzir as disposições do Direito da União em matéria de neutralidade da rede que definem o acesso a uma Internet aberta enquanto objetivo regulatório. Contudo, se se aceitasse esta alegação, colocar-se-ia a importante questão de saber se, para fundamentar a violação das normas em matéria de neutralidade da rede é suficiente a simples existência de uma discriminação ou se é também necessário avaliar o seu impacto.

DOCUMENTO DE TRABALHO