

Processo C-243/21**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:**

14 de abril de 2021

Órgão jurisdicional de reenvio:Sąd Okręgowy w Warszawie (Tribunal Regional de Varsóvia,
Polónia)**Data da decisão de reenvio:**

6 de abril de 2021

Demandantes:

«TOYA» sp. z o.o.

Polska Izba Informatyki i Telekomunikacji

Demandado:

Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej

Objeto do processo principal

O processo no órgão jurisdicional de reenvio diz respeito a um recurso interposto pela TOYA sp. z o.o. da decisão do Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (Autoridade Reguladora Nacional, a seguir «Prezes UKE»), na qual este fixou *ex ante* as condições de acesso às infraestruturas técnicas da TOYA sp. z o.o. e exigiu que a sociedade garantisse estar preparada para celebrar contratos-quadro e contratos específicos e aceitasse os pedidos de acesso às infraestruturas técnicas em conformidade com as condições de acesso fixadas na referida decisão.

Objeto e fundamento jurídico do pedido de decisão prejudicial

Nos termos do artigo 267.º TFUE, o órgão jurisdicional de reenvio pretende determinar se as disposições do direito da União relativas à regulamentação do mercado das telecomunicações obstam a uma interpretação do artigo 18.º, n.º 3, da ustawa o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (Lei sobre o

apoio ao desenvolvimento das redes e serviços de telecomunicações), que habilita o Prezes UKE a impor a uma empresa de telecomunicações que dispõe de infraestruturas técnicas e que é simultaneamente fornecedora de serviços ou redes de comunicações eletrônicas publicamente acessíveis, mas que não dispõe de um poder significativo no mercado das condutas de cabos, uma obrigação regulamentar que consiste na aplicação de condições estabelecidas *ex ante* pelo Prezes UKE, que regem os princípios de acesso às infraestruturas técnicas desse operador, incluindo as regras e procedimentos de celebração de contratos e as taxas de acesso, independentemente da existência de um litígio sobre o acesso às infraestruturas técnicas desse operador e de uma concorrência efetiva no mercado.

Ao decidir o caso, o órgão jurisdicional de reenvio é obrigado a aplicar o quadro jurídico e factual existente na data em que a decisão foi adotada, ou seja, 11 de setembro de 2018, quando estavam em vigor as Diretivas 2002/19/CE e 2002/21/CE, que foram revogadas com efeitos a partir de 21 de dezembro de 2020, por força do artigo 125.º [da Diretiva (UE) 2018/1972] que estabelece o Código Europeu das Comunicações Eletrônicas (a seguir «Diretiva CECE»), que as substituiu. Além disso, a Diretiva CECE ainda não foi transposta para a ordem jurídica polaca. No entanto, se o Tribunal de Justiça considerar que o objeto das questões submetidas devem ser as disposições da Diretiva CECE, o órgão jurisdicional de reenvio solicita que seja dada resposta à questão colocada na opção II.

Questão prejudicial/Questões prejudiciais

1. Deve o artigo 8.º, n.º 3, da Diretiva 2002/19/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de março de 2002, relativa ao acesso e interligação de redes de comunicações eletrônicas e recursos conexos (diretiva acesso), em conjugação com os artigos 3.º, n.º 5 e 1.º, n.ºs 3 e 4, da Diretiva 2014/61/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014, relativa a medidas destinadas a reduzir o custo da implantação de redes de comunicações eletrônicas de elevado débito, ser interpretados no sentido de que se opõem a que uma autoridade reguladora nacional imponha a um operador que dispõe de infraestruturas técnicas, sendo simultaneamente fornecedor de serviços ou redes de comunicações eletrônicas publicamente acessíveis, que não tenha sido designado operador com poder de mercado significativo, a obrigação de aplicar às suas infraestruturas técnicas condições de acesso, tal como determinadas *ex ante* por essa autoridade, que incluem as regras e procedimentos de celebração de contratos e as taxas de acesso aplicáveis, independentemente da existência de um litígio sobre o acesso às infraestruturas técnicas desse operador e de uma concorrência efetiva no mercado?

A título subsidiário (opção II)

2. Deve o artigo 67.º, n.ºs 1 e 3, em conjugação com o artigo 68.º, n.ºs 2 e 3, da Diretiva (UE) 2018/1972 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2018, que estabelece o Código Europeu das Comunicações

Eletrónicas e com os artigos 3.º, n.º 5 e 1.º, n.ºs 3 e 4, da Diretiva 2014/61/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014, relativa a medidas destinadas a reduzir o custo da implantação de redes de comunicações eletrónicas de elevado débito, ser interpretados no sentido de que se opõem a que uma autoridade reguladora nacional imponha a um operador que dispõe de infraestruturas técnicas, sendo simultaneamente fornecedor de serviços ou redes de comunicações eletrónicas publicamente acessíveis, que não tenha sido designado operador poder de mercado significativo, a obrigação de aplicar às suas infraestruturas técnicas condições de acesso, tal como determinadas *ex ante* por essa autoridade, que incluem as regras e procedimentos de celebração de contratos e as taxas de acesso aplicáveis, independentemente da existência de um litígio sobre o acesso às infraestruturas técnicas desse operador e de uma concorrência efetiva no mercado?

Disposições de direito da União invocadas

Diretiva 2014/61/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014, relativa a medidas destinadas a reduzir o custo da implantação de redes de comunicações eletrónicas de elevado débito (JO UE 2014, L 155, p. 1, conforme alterada; a seguir «diretiva custos»): artigos 1.º, n.º 4, e 3.º, n.ºs 1, 2 e 5.

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) (JO UE 2002, L 108, p. 33) conforme alterada: artigo 8.º, n.º 5.

Diretiva 2002/19/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de março de 2002, relativa ao acesso e interligação de redes de comunicações eletrónicas e recursos conexos (diretiva acesso) (JO UE 2002 L 108, p 7), conforme alterada: artigos 8.º, n.ºs 1 a 5, e 9.º, n.ºs 1 e 2.

Diretiva (UE) 2018/1972 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2018, que estabelece o Código Europeu das Comunicações Eletrónicas (JO 2018, L 321, p. 36): artigos 67.º, n.ºs 1 e 3, e 68.º

Disposições de direito nacional invocadas

Ustawa z 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (Lei de 7 de maio de 2010, sobre o apoio ao desenvolvimento de serviços e redes de telecomunicações; texto consolidado: Dziennik Ustaw de 2017, posição 2062) (a seguir «Lei ADSRT»): artigos 17.º, n.ºs 1 e 2, 18.º, n.ºs 1 a 3 e 6 a 8, e 22.º, n.ºs 1 a 3.

Ustawa z dnia 16 lipca 2004 r. prawo telekomunikacyjne (Lei de 16 de julho de 2004, das Telecomunicações, texto consolidado: Dziennik Ustaw de 2019, posição 2460) (a seguir «PT»): artigo 139.º.

Apresentação sucinta dos factos e do processo principal

- 1 A TOYA sp. z o.o. é uma empresa de telecomunicações e é também uma operadora de rede na aceção da Lei de 7 de maio de 2010, sobre o apoio ao desenvolvimento de serviços e redes de telecomunicações (a seguir «Lei ADSTR»).
- 2 O Prezes UKE instaurou oficiosamente um processo administrativo e solicitou à TOYA sp. z o.o. que prestasse informações sobre as condições de acesso às suas infraestruturas técnicas. Em resposta, a TOYA sp. zo.o. transmitiu as informações solicitadas.
- 3 Em 11 de setembro de 2018, o Prezes UKE adotou uma decisão na qual fixou as condições de acesso às infraestruturas técnicas da TOYA sp. z o.o. no que respeita às condutas de cabos e às condutas de telecomunicações dos edifícios e exigiu à TOYA sp. z o.o. que garantisse estar preparada para celebrar contratos-quadro e contratos específicos e que aceitasse os pedidos de acesso às infraestruturas técnicas, em conformidade com as condições de acesso fixadas nessa decisão.
- 4 A TOYA sp. z o.o. interpôs recurso da decisão do Prezes UKE no Sąd Okręgowy w Warszawie Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Tribunal Regional de Varsóvia - Tribunal da Concorrência e da Proteção dos Consumidores (órgão jurisdicional de reenvio)).

Argumentos essenciais das partes no processo principal

- 5 Na fundamentação da sua decisão, o Prezes UKE remeteu para a disposição do artigo 18.º, n.º 3, da Lei ADSTR, segundo a qual, depois de o operador da rede apresentar informações sobre as condições de garantia do acesso às infraestruturas técnicas, aquele, aplicando os critérios estabelecidos no artigo 22.º, n.ºs 1 a 3, pode, através de uma decisão, determinar as condições de acesso às infraestruturas técnicas. Segundo a disposição do artigo 22.º, n.º 1, da Lei ADSTR, o Prezes UKE adota uma decisão sobre o acesso às infraestruturas técnicas, tendo especialmente em conta a necessidade de assegurar condições de acesso não discriminatórias e proporcionadas.
- 6 O Prezes UKE sublinhou que estes princípios estão ancorados na legislação da União, decorrendo, sobretudo, do Tratado da União Europeia. Consequentemente, devem ser aplicados tendo em conta o acervo da doutrina e jurisprudência da União. O princípio da proporcionalidade implica que as condições de acesso às infraestruturas técnicas fixadas numa decisão administrativa devem ser necessárias e adequadas e, ao mesmo tempo, o menos onerosas possível. Resulta desse princípio a proibição de aplicar medidas para além do estritamente necessário. Por conseguinte, no que respeita à apreciação da necessidade de aplicação de uma medida específica pelos Estados-Membros, há que apreciar previamente se, numa situação de facto semelhante, não existe uma medida menos severa. A apreciação da necessidade e do alcance da intervenção é da competência

da autoridade que verifica as condições previstas nas disposições. O princípio da proporcionalidade está sempre relacionado com interesses específicos e concorrentes. Em referência a este princípio, o Prezes UKE considerou que não há outra forma de determinar as condições de acesso às infraestruturas técnicas da TOYA sp. z o.o. que não por via de uma decisão administrativa. Na opinião do Prezes UKE, as regras de acesso estabelecidas na decisão, apesar de afetarem os direitos de propriedade de TOYA sp. z.o.o., não são demasiado onerosas para a mesma e levam devidamente em conta os seus direitos e interesses. Em particular, não é privada da possibilidade de determinar o conteúdo do acordo-quadro de modo a que seja adequado aos princípios de funcionamento adotados na sua empresa, desde que as disposições desse acordo-quadro não sejam contrárias às condições de acesso estabelecidas na decisão e não sejam menos favoráveis para as empresas beneficiárias.

- 7 O Prezes UKE indicou igualmente que as disposições da Lei ADSTR no âmbito dos elementos que lhe permitem adotar decisões que fixam as condições de acesso às infraestruturas técnicas não fazem referência nem ao alcance das infraestruturas disponíveis nem ao número de litígios relativos ao acesso às infraestruturas. Portanto, ao adotar a sua decisão, o Prezes teve em conta o facto de a TOYA sp. z o.o. estar obrigada a tratar de forma igual os profissionais que apresentam o pedido de acesso a que se refere o artigo 17.º da Lei ADSTR. Ora, tendo em conta a necessidade de assegurar condições de acesso proporcionadas, o Prezes UKE fixou as condições de acesso adotando medidas suficientes e, ao mesmo tempo, mínimas, para garantir que o objetivo prosseguido por esse acesso é alcançado.
- 8 O Prezes UKE explicou que a solução contida na decisão estava em conformidade com os objetivos estabelecidos na diretiva custos, cujas disposições foram transpostas pela Lei ADSTR. Em particular, teve em conta os considerandos 4, 5, 7, 8 e 9 dessa diretiva, que se referem às vantagens associadas à partilha de infraestruturas e à necessidade de remover barreiras que conduzem a uma utilização ineficiente dos recursos existentes. Segundo o mesmo, o procedimento universal adotada no dispositivo da decisão, que estabelece as condições de acesso às infraestruturas técnicas, contribuirá para a coesão dos prazos, procedimentos e taxas de mercado relacionados com o fornecimento de acesso às condutas. Por conseguinte, conduz à igualdade de tratamento de todos os operadores, contribui para limitar os custos de obtenção de infraestruturas pelas empresas de telecomunicações que beneficiam do acesso às infraestruturas técnicas e permite um acesso mais amplo às condutas.
- 9 O Prezes UKE considera que a disposição do artigo 18.º, n.º 3, da Lei ADSTR habilita-o a fixar as condições de acesso às infraestruturas técnicas em qualquer situação, mesmo que não haja litígio entre as partes e mesmo quando o operador não tem poder de mercado significativo no mercado relevante.
- 10 Segundo a TOYA sp. z o.o., a decisão que lhe impõe a obrigação *ex ante* de aplicar a proposta-quadro constitui uma violação flagrante do artigo 3.º, n.ºs 2 e 5, da diretiva custos, do considerando 12 e do artigo 1.º, n.º 4, da mesma, em

conjugação com o artigo 8.º, n.ºs 2 e 3, da diretiva acesso e o artigo 8.º, n.º 5, alínea f), da diretiva-quadro, segundo o qual essa obrigação só pode ser imposta a um operador que tenha poder de mercado significativo no mercado designado e devidamente analisado pela autoridade reguladora nacional.

Apresentação sucinta da fundamentação do pedido de decisão prejudicial

- 11 A questão-chave para a resolução do processo é a interpretação do artigo 18.º, n.º 3, da Lei ADSTR, à luz das disposições da União relativas à regulamentação do mercado das telecomunicações.
- 12 O artigo 18.º foi transposto para o direito polaco com vista a implementar os pressupostos e soluções da diretiva custos, cujo objetivo era obter uma redução dos custos de fornecimento do acesso à Internet de banda larga.
- 13 O artigo 3.º, n.º 2, da diretiva custos prevê que os operadores de rede sejam obrigados a satisfazer em condições justas e razoáveis, incluindo o preço, todos os pedidos escritos razoáveis de acesso à sua infraestrutura física. Em caso de recusa de concessão de acesso ou de litígio sobre as condições e regras pormenorizados desse acesso, a autoridade reguladora, por força do artigo 3.º, n.º 5, da diretiva custos, emite uma decisão vinculativa de resolução do litígio. A diretiva custos só prevê, portanto, a intervenção da autoridade reguladora nacional em caso de litígio em determinado processo e não contém regras que permitam a essa autoridade impor a aplicação de propostas-quadro a este respeito nem intervir nessas propostas.
- 14 À luz das disposições da diretiva custos, suscita dúvidas que o Prezes UKE tome medidas na forma de emissão de uma decisão administrativa que fixa as condições de acesso à infraestrutura técnica e que obriga a TOYA sp. z o.o. a aplicá-las a qualquer operador que lhe apresente um pedido de acesso. Com efeito, para alcançar os objetivos da diretiva custos, bastaria recorrer às decisões administrativas em caso de litígio ou distorção da concorrência num determinado mercado.
- 15 Além disso, a decisão impõe à TOYA sp. z o.o. uma obrigação *ex ante*, quando resulta das disposições da diretiva acesso e da diretiva-quadro, e agora da Diretiva CECE, que tais obrigações só podem ser impostas quando não existe uma concorrência efetiva e sustentável num determinado mercado, a operadores que tenham poder significativo nesse mercado. Ora, antes de tomar a sua decisão, o Prezes UKE não analisou a existência de uma concorrência efetiva no mercado das condutas de cabos e não há dúvidas de que a TOYA sp. z o.o. não tem um poder significativo nesse mercado. O órgão jurisdicional de reenvio indica também que, segundo o artigo 1.º, n.º 4, da diretiva custos, sempre que as disposições dessa diretiva forem incompatíveis com uma disposição da Diretiva 2002/21/CE, da Diretiva 2002/19/CE, da Diretiva 2002/20/CE, da Diretiva 2002/22/CE e da Diretiva 2002/77/CE, prevalecem as disposições pertinentes dessas diretivas.

- 16 Há que salientar também que, em direito polaco, a possibilidade de o Prezes UKE impor obrigações *ex ante* em matéria de acesso às telecomunicações a um operador de telecomunicações depende da questão de saber se tal é necessário para assegurar uma concorrência efetiva. Ora, decorre do artigo 139.º, n.º 1b, da Lei das telecomunicações, em conjugação com o seu artigo 139.º, n.º 1, que a obrigação de facultar o acesso a edifícios e infraestruturas de telecomunicações é imposta por lei a todas as empresas de telecomunicações, independentemente de terem poder de mercado significativo, contudo a adoção de uma decisão que impõe uma obrigação *ex ante* deve ser motivada pela falta de concorrência efetiva.
- 17 Além da decisão relativa à TOYA sp. z o.o., o Prezes UKE adotou ainda seis decisões análogas relativas a seis outros operadores, que também interpuseram recurso contra as mesmas. A decisão prejudicial terá igualmente incidência na resolução dos processos relativos a esses recursos e, por conseguinte, reveste importância crucial para o funcionamento do mercado nacional das telecomunicações.

DOCUMENTO DE TRABALHO