



CATÓLICA
FACULDADE DE DIREITO

ESCOLA DE LISBOA

**O CONTROLO JURISDICIONAL DAS
OBRIGAÇÕES *EX ANTE*
NO SECTOR DAS COMUNICAÇÕES
ELETRÓNICAS**

Rogério Paulo Pinto Malagueira

Mestrado em Direito Administrativo

Março 2018



CATOLICA
FACULDADE DE DIREITO

ESCOLA DE LISBOA

**O CONTROLO JURISDICIONAL DAS
OBRIGAÇÕES *EX ANTE*
NO SECTOR DAS COMUNICAÇÕES
ELETRÓNICAS**

Rogério Paulo Pinto Malagueira

Dissertação apresentada no âmbito do Mestrado em Direito Administrativo na Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Escola de Lisboa, no ano letivo 2017/2018, sob a orientação da Dra. Margarida Couto, para obtenção do grau de Mestre.

Março 2018

PALAVRAS CHAVE

- Comunicações eletrónicas
- Diretiva-*quadro*
- Diretivas *específicas*
- Diretiva *acesso*
- Diretiva *autorização*
- Diretiva *serviço universal*
- Obrigações regulamentares *ex ante*
- Órgão jurisdicional nacional
- Fiscalização/Controlo jurisdicional
- Comissão Europeia
- *Recomendações*
- *Mercados Relevantes*
- *Poder de Mercado Significativo*

SIGLAS E ABREVIATURAS

AdC – Autoridade da Concorrência

ANACOM - Autoridade Nacional de Comunicações

ARN – Autoridades Reguladoras Nacionais

CCE – Comissão das Comunidades Europeias

CEE - Comunidade Económica Europeia

CE – Comissão Europeia

Cf. - Conforme

LCE – Lei das Comunicações Eletrónicas

ORECE - Organismo de Reguladores Europeus das Comunicações Eletrónicas

n.º - número

pág. – página(s)

PMS - Poder de Mercado Significativo

Proc. - Processo

Segs – seguintes

TJCE – Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

TFUE – Tratado de Funcionamento da União Europeia

TUE – Tratado da União Europeia

UE – União Europeia

V. – *Vide*

v.g. - *verbi gratia* (por exemplo)

ÍNDICE

1 - INTRODUÇÃO	6
2 - EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA REGULAÇÃO SECTORIAL	7
2.1 - O INÍCIO DA ALTERAÇÃO DO PARADIGMA	7
2.2 - AS PRIMEIRAS DIRETIVAS	10
2.3 - SEGUNDO MOMENTO DA FASE DE TRANSIÇÃO	11
2.4 - AS DIRETIVAS DE 2002 E DE 2009	13
2.5 - O ÂMBITO DE APLICAÇÃO DAS DIRETIVAS	16
2.6 - O ORECE	17
3- O REGIME REGULATÓRIO	18
3.1 - PROCEDIMENTO GERAL DE IMPOSIÇÃO DE OBRIGAÇÕES <i>EX ANTE</i> 19	
3.1.1 - IDENTIFICAÇÃO E DEFINIÇÃO DOS MERCADOS RELEVANTES	19
3.1.2 - ANÁLISE DOS MERCADOS RELEVANTES	23
3.1.3 - DECLARAÇÃO DE EMPRESAS COM PMS E IMPOSIÇÃO DE OBRIGAÇÕES <i>EX ANTE</i>	24
3.2 - IMPOSIÇÃO DE OBRIGAÇÕES <i>EX ANTE</i> A TODAS AS EMPRESAS, COM OU SEM PMS	28
3.3 - MEDIDAS DE HARMONIZAÇÃO	30
4 - CONTROLO JURISDICIONAL	32
4.1 - LEGITIMIDADE PROCESSUAL	34
4.2 - ALCANCE DA FISCALIZAÇÃO JURISDICIONAL	35
4.3 - AS RECOMENDAÇÕES	41
4.3.1 - DEFINIÇÃO	42
4.3.2 - EFEITOS JURÍDICOS	43
4.3.3 - FISCALIZAÇÃO DE OBRIGAÇÕES IMPOSTAS COM BASE EM RECOMENDAÇÕES	48
5 - CONCLUSÃO	52
6 - BIBLIOGRAFIA	54
7 - LISTA DE JURISPRUDÊNCIA CONSULTADA	55

1 - INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem por objeto um tema que foi aflorado as aulas de Regulação das Comunicações Eletrónicas e que despertou o nosso interesse. Escolhemos abordar o tema do controlo jurisdicional das obrigações *ex ante* no sector das comunicações eletrónicas por ser um sector fundamental no contexto administrativo e económico europeu, que está, desde sempre, sob um controlo e supervisão das instituições comunitárias, designadamente da CE.

Ora, antes de começarmos a análise a que nos propomos, cumpre dar conta do nosso objetivo e das temáticas que trataremos nesta dissertação.

Começaremos por fazer a necessária contextualização histórica do processo de liberalização do sector, onde ficará desde logo demonstrado o papel preponderante da UE na sua transformação, fundamentalmente no plano político-legislativo, através da publicação de diretivas que impuseram várias obrigações aos Estados-Membros e que proporcionaram a criação de concorrência efetiva num mercado até então monopolista.

No seguimento, entendemos ser essencial analisar as condições de implementação da regulação sectorial, designadamente, os procedimentos instituídos pelas diretivas para a imposição de obrigações regulamentares *ex ante* que permitem à CE ter um papel central de governo da atividade regulatória das ARN, com o objetivo de uniformização e harmonização da aplicação do quadro regulamentar europeu e o conseqüente desenvolvimento do mercado interno.

A partir deste enquadramento, estaremos em condições de aprofundar o tema do controlo jurisdicional das obrigações regulamentares *ex ante*, partindo da premissa que o faremos sempre a um nível supranacional, isto é, abordaremos o tema do prisma do direito europeu, com base na jurisprudência do TJUE.

Por último, é de salientar que as problemáticas adjacentes a este tema prendem-se, principalmente, com a legitimidade, o alcance da fiscalização, bem como com o facto de os órgãos jurisdicionais nacionais poderem anular obrigações regulamentares *ex ante*, impostas com base em *recomendações* da CE e com isso poderem influenciar os objetivos da regulação sectorial *ex ante* do sector das comunicações eletrónicas.

2 - EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA REGULAÇÃO SECTORIAL

2.1 - O INÍCIO DA ALTERAÇÃO DO PARADIGMA

Desde os finais do século XIX, que a indústria das telecomunicações foi explorada comercialmente pelo Estado, em regime de monopólio administrativo de serviço público, quer através da gestão direta do próprio Estado, quer através de empresas privadas concessionárias a quem eram atribuídos direitos especiais ou exclusivos.

Este monopólio das telecomunicações assentava em razões de variada ordem, designadamente:

- i.** Políticas – as telecomunicações por serem um sector vital da economia e dos Estados, deveriam ser controladas pelos poderes públicos;
- ii.** Económicas - o monopólio natural era potenciado pela multiplicação de investimentos avultados em infraestruturas;
- iii.** Administrativas – a responsabilidade do Estado de disponibilizar bens de serviço público, não poderia deixar de incluir as telecomunicações;
- iv.** Técnicas – nesta altura, a tecnologia exigia a conexão entre a rede de telecomunicações e a sua exploração para que fosse possível prestar os serviços em causa (monopólio necessário);
- v.** Jurídicas – a rede de telecomunicações, sustente da atividade, é um bem público, logo só poderia ser gerida e utilizada na base de um ato de natureza concessionária, o que excluía a hipótese de existir liberdade económica e impossibilitava a invocação de um direito para a exploração de serviços de telecomunicações;

Nos países do sul da Europa, as telecomunicações consistiam num serviço público explorado diretamente pelo Estado, ou, sob sua responsabilidade, por empresas públicas, ou empresas privadas concessionárias. Por isso, a regulação jurídica das telecomunicações cingia-se às regras que regulavam as relações entre as empresas concessionárias e a Administração Pública (quando fosse o caso).

A partir da segunda metade da década de 80 do século XX, inicia-se um processo de liberalização dos mercados das telecomunicações, que se traduziu, essencialmente, na

alteração do tipo e da natureza da intervenção do Estado neste sector da economia. Os Estados deixam de ser os fornecedores de um serviço público, para passarem a ter uma atuação enquanto reguladores de um serviço económico de interesse geral.

Nesta altura, muito por força das intenções comunitárias de criação de um mercado comum, mas também, e principalmente, graças à rápida evolução da tecnologia que proporcionou a instituição de uma concorrência na rede, começaram a surgir manifestações claras de aposta numa regulamentação de matriz neoliberal¹, de aceitação das proibições do mercado.

No continente europeu, esta mudança não aconteceu com a mesma intensidade em todos os países, tendo sido o Reino Unido um dos primeiros a pôr em prática a liberalização do sector das telecomunicações.

De forma gradual, o movimento acabou por chegar a todos os países da Comunidade Europeia, e para isso em muito contribuiu a CE que teve um papel de “locomotiva institucional da liberalização”, adotando medidas que forçaram os Estados-Membros a alterar o respetivo posicionamento em certos sectores da economia, entre os quais o das telecomunicações.

Assim, desmantelaram-se os monopólios públicos das telecomunicações; aboliram-se os direitos especiais ou exclusivos dos operadores históricos e, conseqüentemente, consolidou-se a livre iniciativa económica e a paridade de oportunidades de acesso ao mercados a todos os operadores; o papel do Estado foi ajustado às novas diretrizes jurídicas e económicas, transformando a sua antiga responsabilidade operativa ou de execução (Estado de Serviço Público) numa nova responsabilidade pública de garantia e de regulação (Estado Regulador).

Nesta nova conjuntura, o Estado deixa de garantir o fornecimento de serviços de comunicações, trocando esta responsabilidade operativa, por uma posição institucional

¹ As conceções neoliberais (Friedman, Hayek, Stigler), que colocaram em causa a doutrina Keynesiana do Estado Social, defendem a liberalização como fator de promoção de uma necessária diminuição do peso do Estado, processo que passa pelo desmantelamento dos monopólios públicos, pela privatização de empresas de capital público e, talvez mais importante, pela crença no principio da concorrência, que será, no entanto, uma concorrência regulada, não baseada apenas no jogo das regras de mercado. – Cf. PEDRO GONÇALVES, *Direito das Telecomunicações*, Almedina, 1999, pág.33.

de garante, responsabilizando-se agora por assegurar o correto funcionamento do mercado em que esses mesmo serviços são prestados e por preservar outros interesses públicos, bem como os interesses e os direitos dos consumidores. A regulação (económica e social) é então o instrumento ao dispor do Estado que lhe permite cumprir com estas novas responsabilidades.

A ideia de serviço universal enquadrou o processo de liberalização do sector num determinado contexto de regulação social, impondo que certos serviços fossem prestados de forma acessível e com qualidade a todos os cidadãos, precavendo-os de eventuais efeitos negativos que poderiam ser causados pela concorrência, mais ou menos selvagem, e pelo funcionamento livre das regras de mercado.

Por isso, é normal que as inúmeras inovações relacionadas com a estrutura típica do Estado Regulador sejam notadas no sector das telecomunicações: extinção do serviço público, enquanto prestação da responsabilidade do Estado; surgimento de autoridades reguladoras independentes,² com amplos poderes regulamentares e com funções de resolução de litígios entre entidades particulares; incremento de especificidades ao nível da tutela jurisdicional face aos atos destas autoridades; e uma progressiva europeização da regulação pública da economia.

Como já referido, na Europa, a liberalização do mercado das telecomunicações foi fortemente impulsionada pela CE³, e, em extensa medida, pela mão do direito comunitário, que começou a dedicar toda a atenção a este sector assim que desapareceram os obstáculos de natureza técnica que obstruíam a concorrência.

Tudo começou em 1984, quando a *British Telecommunications* (empresa pública titular do monopólio legal da gestão dos sistemas de telecomunicações no Reino Unido) recorreu da decisão da CE sobre a violação do artigo 86º do Tratado de Roma (abuso de posição dominante) por parte desta empresa. No dia 20 de março de 1985, o TJCE decide o recurso, considerando que dois regulamentos publicados pela *British*

² Em Portugal foi criada a ANACOM (primeiro denominada ICP-ANACOM). Os seus estatutos foram aprovados pelo Decreto-Lei n.º 309/2001, de 7 de dezembro.

³ O direito europeu, de princípios acentuados de liberalismo económico, tendeu naturalmente à eliminação dos monopólios e das restrições à liberdade de prestação de serviços.

Telecommunications, que visavam impedir a oferta do serviço de retransmissão de mensagens de telex a preços mais baixos dos oferecidos pelo operador público, limitando assim a concorrência que começava a existir por parte de algumas empresas privadas, configuravam um caso de abuso de posição dominante. O TJCE acabou por não dar provimento ao recurso, por considerar que a exploração de sistemas de telecomunicações pela *British Telecommunications* integra o conceito de atividade empresarial, sujeita assim ao artigo 86º do Tratado de Roma. Resulta deste acórdão o reconhecimento formal da aplicação das normas que regulam a livre concorrência às empresas gestoras de sistemas de telecomunicações em regime de monopólio.

Em 1987, a CCE publicou o Livro Verde⁴ sobre o desenvolvimento do mercado comum das telecomunicações, onde enunciou os princípios programáticos, recomendações e propostas (*soft law*) para a reestruturação do sector nos Estados-Membros da CEE, para que se procedesse à passagem gradual de um sector em regime de monopólio público para um sector completamente liberalizado.

2.2 - AS PRIMEIRAS DIRETIVAS

A partir de 1990, assente no modelo de liberalização estabelecido no Livro Verde, é dado o pontapé de saída para o processo de dismantelamento total do monopólio público das telecomunicações. A primeira fase do processo, que se quis gradual, correspondeu a uma liberalização parcial através da introdução de concorrência no sector. Com efeito, esta fase do processo, assumidamente transitória, tornou o sector das telecomunicações numa economia mista, no qual, operavam lado a lado, operador público, titular de direitos especiais ou exclusivos, e empresas privadas, que exploram serviços que o Estado teve de abandonar por força das imposições comunitárias.⁵

⁴ Em 30 de junho de 1987.

⁵ Nesta fase, mesmo no segmento já liberalizado, assistiu-se a uma manifesta discrepância jurídica no tratamento entre agentes, na medida em que o sistema continuou a privilegiar o operador histórico, permitindo-lhe continuar a prestar certos serviços já liberalizados através de terceiros (situação que colocou um problema dos subsídios cruzados), ou manter o monopólio da rede.

A Diretiva 90/388/CEE⁶ foi o primeiro ato jurídico vinculativo emitido pela CE relativo ao processo de liberalização, tendo decretado o dever de os Estados-Membros garantirem a abolição dos direitos exclusivos ou especiais no que diz respeito ao fornecimento de serviços de telecomunicações, à exceção dos serviços de telefonia vocal.⁷

Ainda nesta fase, surgiu a Diretiva 90/387/CEE⁸ que estabeleceu o princípio da rede aberta, e que, apesar de não ter autorizado que os novos operadores instalassem as suas próprias redes, permitiu-lhes utilizar a rede básica e única do operador histórico para poderem explorar comercialmente os serviços liberalizados.

2.3 - SEGUNDO MOMENTO DA FASE DE TRANSIÇÃO

Pouco mais tarde, surgem a Resolução 93/C 213/01 do Conselho das Comunidades Europeias, de 22 de julho de 1993, sobre a análise da situação no sector das telecomunicações e a necessidade de um maior desenvolvimento desse mercado, e a Resolução 94/C 379/03 do Conselho da União Europeia, de 22 de dezembro de 1994, relativa aos princípios e ao calendário da liberalização das infraestruturas de telecomunicações, que vieram designar o dia 1 de janeiro de 1998 como a data limite para a liberalização de todos os serviços de telecomunicações e do fornecimento de infraestruturas de telecomunicações.⁹

Nesta segunda fase do processo de transição são aprovadas duas importantes diretivas de liberalização, onde o conceito de serviço público ganha uma relevância decisiva, passando a constituir a referência do modelo de liberalização europeia das telecomunicações.

⁶ Da CE, de 28 de junho de 1990, relativa à concorrência nos mercados de serviços de telecomunicações.

⁷ O considerando 18 da Diretiva justifica a exclusão do serviço de telefonia vocal do processo de liberalização por razões de equilíbrio financeiro dos organismos de comunicações, na medida em que os custos do estabelecimento da rede eram sobretudo suportados pelos proveitos resultantes da prestação desse serviço.

⁸ Do Conselho, de 28 de junho de 1990, relativa à realização do mercado interno dos serviços de telecomunicações mediante a oferta de uma rede aberta de telecomunicações.

⁹ Os Estados com redes menos desenvolvidas – como Portugal – puderam solicitar à CE um período suplementar de 5 anos (artigo 4º da Diretiva 90/388/CEE).

A Diretiva 96/2/CE,¹⁰ que alterou a Diretiva 90/388/CEE no que respeita às comunicações móveis e pessoais, ditou que os Estados-Membros só poderiam limitar o número de licenças para sistemas de comunicações móveis e pessoais com base em “*requisitos essenciais e só quando estiverem relacionados com falta de disponibilidade de espectro de frequências e quando tal for justificado segundo o princípio da proporcionalidade*” (artigo 3º A da Diretiva 90/388/CEE, com a redação introduzida pelo artigo 1º, n.º 3 da Diretiva 96/2/CE), estabelecendo assim, que os procedimentos para a prática dos atos autorizatórios deviam ser equitativos e transparentes, e que o acesso ao mercado dependesse apenas do preenchimento de requisitos não discriminatórios.

E a Diretiva 96/19/CE,¹¹ que alterou a Diretiva 90/388/CEE no que diz respeito à introdução da plena concorrência nos mercados das telecomunicações, e que impôs a eliminação de todas as medidas que concedessem direitos exclusivos para o fornecimento de serviços de telecomunicações, e a extensão da livre empresa ao fornecimento do serviço fixo de telefone (“*telefonia vocal*”) e à instalação de redes de telecomunicações.

A publicação desta Diretiva representou o fim do longo processo iniciado pelo Livro Verde em 1987. Todavia, não foi o ponto final da intervenção reguladora da União no sector, já que surgiram ainda mais duas importantes Diretivas: a 97/13/CE¹², relativa a um quadro comum para as autorizações gerais e licenças individuais no domínio dos serviços de telecomunicações, e a 97/33/CE¹³, relativa à interligação no sector das telecomunicações e à garantia do serviço universal e da interoperabilidade através da aplicação dos princípios da oferta da rede aberta.

A primeira delas, a Diretiva autorizações, teve como objetivo enquadrar a criação de procedimentos administrativos leves e rápidos para a prática de atos administrativos autorizatórios de fornecimento de serviços e/ou redes de telecomunicações por parte das autoridades reguladoras dos Estados-Membros; excluir a discricionariedade decisória das administrações nacionais, designadamente, através da imposição da atribuição, em regra, de uma autorização geral para o fornecimento de serviços e/ou redes, tornando

¹⁰ Da CE, de 16 de janeiro de 1996.

¹¹ Da CE, de 13 de março de 1996, denominada como Diretiva *full competition*.

¹² Do Parlamento Europeu e do Conselho de 10 de abril de 1997.

¹³ Do Parlamento Europeu e do Conselho de 30 de junho de 1997.

dispensável uma autorização para cada tipo de serviço; e a criação de condições para a existência de autorizações administrativas transnacionais e pan-europeias.

A segunda, a Diretiva interligação, estabeleceu um quadro regulamentar destinado a assegurar a ligação entre as diferentes redes de telecomunicações, para que os utilizadores pudessem dispor de um sistema de redes comunicantes entre si, independentemente do operador que subscrevessem.

2.4 - AS DIRETIVAS DE 2002 E DE 2009

Terminado o 1º ciclo regulatório, no qual foram introduzidas as condições para a existência de uma concorrência efetiva e abolidos os direitos exclusivos, surge, em 2002¹⁴, um novo quadro regulamentar constituído por uma diretiva-*quadro* e quatro diretivas *específicas* - a diretiva *autorização*, a diretiva *acesso*, a diretiva *serviço universal* e a diretiva *privacidade e comunicações eletrónicas*¹⁵ - que estabeleceram a nova estrutura do sistema de regulação do setor das comunicações eletrónicas, destinado a promover a concorrência.¹⁶

Este pacote regulamentar teve como objetivos capitais a promoção da concorrência, num panorama de convergência dos, agora denominados, setores das comunicações eletrónicas, dos meios de comunicação social e das tecnologias de informação (em que vários serviços podem ser disponibilizados através de diferentes redes e equipamentos),

¹⁴ Na sequência da designada “Revisão de 1999”, justificada na comunicação da CE para um novo quadro das infraestruturas das comunicações eletrónicas e serviços conexos – COM (1999) 539 – e nas orientações políticas da chamada Agenda de Lisboa que assinalou como objetivo a criação de uma sociedade (e economia) baseada no conhecimento. Posteriormente, foi ainda aprovada a Diretiva 2002/77/CE, da CE, relativa à concorrência nos mercados de redes e serviços de comunicações eletrónicas, que visou reforçar a plena liberalização e concorrência no sector, agora marcado pela convergência da regulação.

¹⁵ Respetivamente: Diretiva 2002/20/CE relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações eletrónicas, Diretiva 2002/20/CE relativa à autorização de redes e serviços de comunicações eletrónicas, Diretiva 2002/19/CE relativa ao acesso e interligação de redes de comunicações eletrónicas e recursos conexos, Diretiva 2002/22/CE relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações eletrónicas, e Diretiva 2002/58/CE relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no sector das comunicações eletrónicas, todas do Parlamento Europeu e do Conselho.

¹⁶ Em Portugal, a transposição coube à Lei n.º 5/2004, de 10 fevereiro (LCE).

a regulação uniforme de todas as infraestruturas que possibilitam a transmissão de sinais, endereçada ou não, e uma melhor harmonização das disposições nacionais.

Esta regulamentação comunitária estabilizou o sector e introduziu-lhe aspetos inovadores de enorme significado, dos quais se podem destacar:

- i.** A não aplicação da diretiva-quadro à “regulamentação de conteúdos”;
- ii.** A abolição definitiva dos direitos especiais ou exclusivos e confirmação da liberdade de acesso e de iniciativa económica no setor das comunicações eletrónicas;
- iii.** A consolidação de um modelo institucional de regulação independente através da estimulação dos Estados-Membros a conferirem as funções de regulação a autoridades administrativas independentes;¹⁷
- iv.** A preferência da regulação da concorrência à regulação sectorial, admitindo-se que o mercado das comunicações eletrónicas pode ser regulado pelo direito da concorrência, impondo-se apenas uma regulação específica, de natureza *ex ante*, após a justificação da sua necessidade para um certo segmento do sector (*mercado relevante*);
- v.** Manutenção da regulação do serviço universal, numa ótica de regulação social;
- vi.** Atribuição de largos e importantes poderes regulatórios à CE, nomeadamente, o poder de veto de medidas nacionais e a adoção de recomendações e linhas de orientação que as ARN deverão tomar em “na máxima conta”.

Mais tarde, em fevereiro de 2006,¹⁸ a CE fez um balanço muito positivo sobre a implementação deste quadro regulamentar, concluindo que “a maior parte do trabalho

¹⁷ A UE procura instituir um autêntico federalismo administrativo europeu no setor das comunicações eletrónicas. Por isso, é de indubitável importância, a criação de autoridades reguladoras independentes dos governos dos Estados-Membros, para que possam funcionar, de certa forma, como administrações desconcentradas da UE – PEDRO GONÇALVES, *Regulação, Eletricidade e Telecomunicações. Estudos de Direito Administrativo da Regulação*, Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE), Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pág.119.

¹⁸ Neste mesmo ano, a CE divulgou para consulta pública, os textos que enquadrariam uma posterior revisão regulamentar, nomeadamente: uma Comunicação sobre a revisão do quadro regulamentar das comunicações eletrónicas [COM(2006) 334 final, de 29 de junho de 2006; um documento de trabalho sobre as alterações propostas [SEC(2006) 816]; um estudo de impacto [SEC(2006) 817]; e uma proposta de alteração da *recomendação sobre mercados relevantes* suscetíveis de regulação *ex ante* [SEC(2006), 837].

necessário foi feito”.¹⁹ No entanto, em 2007, deixa de ser tão otimista, alertando para a falta de coerência das regulações nacionais e para os preços praticados na itinerância, comprometendo-se a rever o quadro regulamentar de 2002 e a apresentar propostas até meados de 2007.²⁰

Com efeito, a 19 de dezembro de 2009, com a denominada *Reforma de 2009*, procedeu à alteração do quadro regulamentar em vigor, através da publicação das Diretivas 2009/136/CE²¹ e 2009/140/CE,²² ambas do Parlamento e do Conselho, de 25 de novembro, que alteraram diversos aspetos do funcionamento do quadro regulamentar das comunicações eletrónicas.²³

Esta reforma visou atribuir novos direitos aos consumidores (portabilidade de números, direito à prestação de informações, privacidade de dados pessoais), promover o acesso em banda larga à Internet, assegurar a independência das ARN (através da eliminação da interferência política e do aumento da proteção contra a substituição arbitrária das direções) e reforçar os mecanismos para uma aplicação uniforme das disposições do quadro regulamentar (através da atribuição de novos poderes à CE na supervisão das medidas regulatórias propostas pelas ARN).

¹⁹ Comunicação da CE ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões - regulamentação e mercados europeus das comunicações eletrónicas em 2005 (11º Relatório) – COM(2006) 68, de 20 de fevereiro de 2006.

²⁰ Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões - regulamentação e mercados europeus das comunicações eletrónicas em 2005 (12º Relatório) – COM(2007) 155, de 29 de março de 2007.

²¹ Esta Diretiva, também conhecida por Diretiva “*Better Regulation*”, alterou a Diretiva 2002/22/CE (*serviço universal*), a Diretiva 2002/58/CE (relativa à privacidade às comunicações eletrónicas) e o Regulamento (CE) n.º 2006/2004 relativo à cooperação entre as autoridades nacionais responsáveis pela aplicação da legislação de defesa do consumidor.

²² Também conhecida por Diretiva “*Citizens’ Rights*”, alterou a Diretiva 2002/21/CE (diretiva-quadro), a Diretiva 2002/19/CE (diretiva *acesso*) e a Diretiva 2002/20/CE (diretiva *autorização*).

²³ Salvo menção expressa em contrário, no presente texto todas as menções feitas à diretiva-quadro e às diretivas *específicas* são para as suas versões atualmente em vigor.

2.5 – O ÂMBITO DE APLICAÇÃO DAS DIRETIVAS

A diretiva-*quadro* contem as normas destinadas a garantir a independência das ARN (artigo 3º), estabelece as funções que lhe devem ser atribuídas, os objetivos que devem prosseguir (artigo 8º), e os poderes gerais de que deverão dispor (v.g. artigo 5º).

Esta diretiva institui ainda os procedimentos que as ARN devem respeitar na execução do disposto nas diretivas *específicas*, o que leva a que uma disposição da diretiva-*quadro*, relativa a certa matéria, tenha de ser sempre aplicada em conjunto com as disposições das diretivas *específicas* que regulam essa mesma matéria.

Este princípio, que se pode designar por *princípio da aplicação conjunta da diretiva-quadro e das diretivas específicas*, transpõe as obrigações de carácter geral ou específica que a ARN deve respeitar no exercício das suas habilitações e que se encontrarão traduzidas na legislação dos Estados-Membros.²⁴ Este mecanismo visa assegurar a aplicação harmonizada do quadro regulamentar, como principal objetivo do sistema de regulação comunitário no que se refere à aplicação das normas regulatórias.

A diretiva *autorização* pretende harmonizar as condições de acesso ao mercado para oferta de serviços e redes de comunicações eletrónicas, regulando o regime de autorização geral e a atribuição de direitos de utilização.

A diretiva *acesso* harmoniza a regulação do acesso e interligação das redes de comunicações eletrónicas e recursos conexos por parte de outros operadores de comunicações eletrónicas, regulando, neste contexto, o procedimento de análise de mercados.

A diretiva *serviço universal* dispõe sobre o regime do serviço universal (artigos 3º a 15º), dos casos em que podem ser impostas obrigações *ex ante* nos mercados retalhistas (artigo

²⁴ As vinculações de carácter geral podem traduzir-se em vinculações de natureza procedimental (artigo 6º, 7º ou 7º-A da diretiva-*quadro*) ou substantiva (como o respeito pelo princípio da proporcionalidade). Já as de carácter específico encontram-se principalmente nas diretivas *específicas*, que encerram a disciplina que deve ser aplicada a certa matéria (v.g. artigo 12º da diretiva *acesso*, ou o artigo 7º da diretiva *autorização*) – Cf. NUNO PERES ALVES, *Direito Administrativo das Telecomunicações*, in Tratado de Direito Administrativo Especial, Vol. V, Almedina, pág. 302.

17º) e da tutela dos interesses e direitos dos utilizadores finais, prevendo novos direitos e atribuições de poderes neste âmbito às ARN (artigos 20º e segs.).

Por último, a diretiva *relativa à privacidade e às comunicações eletrónicas* visa harmonizar as disposições dos direitos nacionais relativas à garantia de um nível equivalente de proteção dos direitos e liberdades fundamentais, nomeadamente o direito à privacidade e à confidencialidade.

2.6 – O ORECE

Com este novo pacote foi ainda criado o ORECE que é um organismo (sem personalidade jurídica) de natureza consultiva, que assiste tecnicamente a CE e as ARN, e ainda tem a função de promover cooperação entre estas autoridades (artigo 2º do Regulamento n.º 1211/2009).²⁵

Este organismo é constituído pelo Conselho de Reguladores, o qual, por sua vez, é composto por um dirigente ou representante de alto nível de cada ARN: estes elegem, entre si, o presidente e o vice-presidente do ORECE. A CE participa nas reuniões do Conselho na qualidade de observadora.

A atividade do ORECE está assente em princípios de independência (em relação à CE, aos governos nacionais e às ARN), imparcialidade e transparência (artigos 1º, n.º 3, 4º, n.º 2 e 17º a 23º).

Dentre as competências do ORECE, salientam-se as seguintes:

- a) Emitir parecer prévio sobre projetos de medidas de ARN relativas a procedimentos de definição e análise de mercados e de imposição de obrigações *ex ante*, nos termos dos artigos 7º e 7º-A da diretiva-*quadro*;
- b) Emitir pareceres sobre os atos da CE a adotar nos termos dos artigos 7º, 7º-A, 15º e 19º da diretiva-*quadro*;

²⁵ Do Parlamento Europeu, de 25 de novembro de 2009. O organismo também é conhecido por BEREC, que é o acrónimo em inglês *Body of European Regulators for Electronic Communications*.

- c) Emitir pareceres e ser consultado sobre litígios transfronteiriços nos termos do artigo 21º da diretiva-quadro²⁶;

3– O REGIME REGULATÓRIO

Logo que começam a operar no mercado, todas as empresas ficam imediatamente expostas à regulação do sector. Isto significa que existe uma regulação homogénea, que se aplica indistintamente a todas as empresas que oferecem redes ou fornecem serviços de comunicações eletrónicas e que se traduz essencialmente numa sujeição à supervisão da ARN, à aquisição de determinados direitos (v.g. de passagem ou de acesso a certos locais e condutas)²⁷ e ao cumprimento de certas obrigações (v.g. de publicação de listas e de informações sobre faturação, de contratar com os seus clientes dentro de certas condições, etc.).

Para além desta regulação uniforme, de aplicação genérica, existe, depois, uma regulação especial, que não atinge automaticamente todo o sector, nem todos os operadores que nele atuam, mas somente, determinados segmentos do sector e determinados operadores.

A implementação desta regulação especial está dependente do resultado de um procedimento de análise de mercado efetuado pela ARN, em que esta estabelece quais são os segmentos do sector que necessitam de regulação especial. Estes segmentos do sector são denominados de *mercados relevantes*.

Após esta análise, definidos os *mercados relevantes*, só as empresas que detenham um *poder de mercado significativo* dentro destes mercados são submetidas a esta regulação especial, que se traduz da imposição de obrigações regulamentares *ex ante* a estas empresas.

²⁶ Estes pareceres e projetos, e demais atos do ORECE, são adotados pelo Conselho de Reguladores, em regra por maioria de dois terços da totalidade dos seus membros (artigo 4º, n.º 9). No caso do procedimento previsto no artigo 7º-A, o ORECE delibera por maioria simples.

²⁷ Artigos 24º e 26º da LCE, respetivamente.

3.1 – PROCEDIMENTO GERAL DE IMPOSIÇÃO DE OBRIGAÇÕES EX ANTE

O procedimento geral de imposição de obrigações regulamentares *ex ante* a certas empresas encontra-se previsto na diretiva-*quadro* e divide-se em três fases fundamentais: **(i)** identificação e definição de *mercados relevantes*; **(ii)** análise dos *mercados relevantes*; **(iii)** declaração de empresas com *poder de mercado significativo* e imposição de obrigações regulamentares *ex ante*.²⁸

Com a entrada em vigor das diretivas de 2002, este procedimento ganhou uma tramitação europeia, no qual participam todas as ARN, a CE, e o ORECE. Com efeito, as diferentes fases deste procedimento, são, por si, subprocedimentos autónomos uns dos outros, mas que se interligam sequencialmente para que a CE possa controlar, supervisionar e dirigir a atividade das ARN com o objetivo de harmonizar a aplicação do quadro regulamentar e eliminar possíveis divergências na sua execução.

3.1.1 – IDENTIFICAÇÃO E DEFINIÇÃO DOS MERCADOS RELEVANTES

Nos termos da diretiva-*quadro*, o primeiro subprocedimento é o procedimento para a identificação e a definição de mercados. O n.º 1 do artigo 15º da diretiva-*quadro* estabelece que após consulta pública,²⁹ incluindo das ARN, e tendo na melhor conta o parecer do ORECE, a CE deve, depois de cumprir o procedimento de consulta ao seu comité consultivo,³⁰ aprovar uma *recomendação*³¹ sobre os mercados relevantes de

²⁸ Na definição dos mercados relevantes e na avaliação do poder de mercado significativo são utilizadas metodologias idênticas às do direito da concorrência - artigo 15º, n.º 1, da diretiva-*quadro*..

²⁹ Esta consulta pública é geralmente aberta à participação de todos os cidadãos e entidades interessadas e é realizada através do site da CE em https://ec.europa.eu/info/consultations_pt.

³⁰ O artigo 15º, n.º 1 obriga a que a CE respeite o procedimento de consulta a que se refere o artigo 22º, n.º 2 da diretiva-*quadro*. Por sua vez, o n.º 2 do artigo 22º estabelece que “sempre que lhe seja feita referência, é aplicável o disposto nos artigos 3º e 7º da Decisão 1999/468/CE, tendo-se em conta o disposto no seu artigo 8º. Concretamente, o artigo 3º institui um procedimento consultivo por parte da CE a um comité composto por representantes dos Estados-Membros, que emite um parecer sobre a questão que lhe for colocada, que será tomado na melhor conta pela CE.

³¹ O Prof. Fausto Quadros ensina que as *recomendações*, apesar de não vinculativas, são um convite aos seus destinatários para a adoção de um certo comportamento ou visam definir um quadro geral de atuação, dentro do qual o órgão destinatário se deverá mover. Neste sentido, cumprem a função da diretiva, enquanto vêm prever e disciplinar o comportamento dos órgãos aos quais se destinam, que sabem que, se esta não for respeitada, poderá ser seguida de ato vinculativo, que acolherá o conteúdo da recomendação. Portanto, a recomendação produz um efeito jurídico persuasivo, que não está muito afastado de um efeito vinculativo.

produtos e serviços, na qual deve identificar os mercados do sector cujas características podem justificar a imposição de obrigações regulamentares.

A primeira fase deste subprocedimento ocorre totalmente num plano supranacional, em que a CE, após a consulta das entidades consultivas e das ARN, emite uma *recomendação sobre os mercados relevantes*,³² dirigida a estas últimas, visando definir e identificar quais os mercados em que se pode justificar uma regulamentação *ex ante*.³³

Posto isto, a segunda fase do subprocedimento realiza-se no panorama interno dos Estados-Membros, já que cabe exclusivamente às ARN proceder à definição dos mercados relevantes correspondentes às circunstâncias nacionais de cada um, tomando em máxima conta a *recomendação* da CE [artigo 15º, n.º 3 e 56º, alínea a), da diretiva-*quadro* e da LCE, respetivamente].

Da *recomendação* resulta imediatamente que as ARN devem proceder à análise dos mercados ali identificados. Mas também se prevê, no mesmo sentido da diretiva-*quadro*, que as ARN podem definir outros mercados que não se encontrem nela identificados.³⁴ Com efeito, apesar de se presumir que os mercados não identificados na *recomendação* não carecem de regulação sectorial *ex ante*, o direito europeu admite que as ARN definam outros mercados como relevantes.³⁵

Conclui este autor que, no domínio prático, a recomendação acaba por obrigar – *in* FAUSTO QUADROS, *Direito da União Europeia*, Almedina, 2013, pág. 477. V. ainda o artigo 288º TFUE.

³² A Recomendação de 11 de fevereiro de 2003, identificava sete mercados ao nível retalhista e onze mercados ao nível grossista. A de 17 de dezembro de 2007, um a nível retalhista e 6 a nível grossista. Atualmente, a Recomendação de 9 de outubro de 2014 identifica apenas 4 mercados grossistas.

³³ PEDRO GONÇALVES, *Regulação ...*, pág. 199, referindo-se a esta *recomendação* e às *orientações* previstas no artigo 15º da diretiva-*quadro*, considera que, apesar de tal qualificação “não aparecer assumida na legislação comunitária”, este documento contém “normas vinculativas”, pelo que configura “uma categoria particular de regulamentos administrativos (comunitários)”.

³⁴ Considerando 21 e ponto 2 da *recomendação*, artigo 15º, n.º 3, segundo parágrafo, da diretiva-*quadro*, e artigo 58º, n.º 3 da LCE.

³⁵ Para tanto, a Comissão auxilia as ARN nesta matéria, indicando que estas devem aplicar o teste dos três critérios, a saber: *i*) a presença de obstáculos fortes e não transitórios, estruturais, jurídicos ou regulamentares à entrada no mercado; *ii*) uma estrutura do mercado que não tende para uma concorrência efetiva no horizonte temporal relevante, tendo em conta a situação da concorrência baseada nas infraestruturas ou noutros elementos que está por detrás dos obstáculos à entrada; *iii*) o direito da concorrência é insuficiente, por si só, para colmatar devidamente a(s) deficiência(s) do mercado identificada(s). Após a aplicação deste teste, e caso a ARN demonstre que certo mercado satisfaz cumulativamente os três critérios, a CE verificará a correta aplicação do mesmo - considerando 21 e ponto 2 da *recomendação*. O mesmo acontece se a ARN considerar que nenhum dos mercados enumerados na *recomendação* é suscetível de

Na hipótese de as ARN pretenderem definir como relevante um mercado não identificado na *recomendação*, estão obrigadas a respeitar os procedimentos previsto nos artigos 6º e 7º da diretiva-*quadro*. Ou seja, dentro deste subprocedimento de definição e identificação de *mercados relevantes*, surge um outro, que vai permitir à CE controlar a atividade das ARN que queiram desviar-se da *recomendação sobre os mercados relevantes* (artigo 15º, n.º 3 da diretiva-*quadro*).

Desta forma, o artigo 6º da diretiva-*quadro* dispõe que as ARN, quando tencionem tomar medidas ao abrigo da diretiva-*quadro* ou das diretivas *específicas* que tenham um impacto significativo no mercado em causa, têm de dar aos interessados a possibilidade de apresentarem observações sobre os projetos de medida num prazo razoável, devendo, para tanto, publicar os seus procedimentos nacionais de consulta e os respetivos resultados.³⁶

Cumprida esta formalidade, e salvo indicação em contrário das *recomendações* e/ou *orientações* aprovadas nos termos do artigo 7º-B,³⁷ sempre que a medida seja suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros,³⁸ a ARN deve disponibilizar o projeto de medida, assim como os seus fundamentos, à CE, ao ORECE e às ARN dos outros Estados-Membros, e notificá-los de que o projeto se encontra disponível e qual o meio

regulamentação *ex ante*. Nesta circunstância as ARN deverão demonstrar, e a CE verificará, que pelo menos um dos três critérios não é satisfeito.

³⁶ O artigo 8º da LCE transpõe este artigo para a ordem jurídica nacional, estabelecendo um prazo nunca inferior a 20 dias para que os interessados se possam pronunciar.

³⁷ O artigo 7º-B dispõe que a CE pode aprovar recomendações e/ou orientações relacionadas com o artigo 7º, que definam a forma, o conteúdo e o grau de pormenor das notificações exigidas nos termos do n.º 3 do artigo 7º, as circunstâncias em que não serão exigidas notificações e o cálculo dos prazos. Atualmente, encontra-se em vigor a Recomendação de 15 de outubro de 2008 (2008/850/CE) relativa às notificações, prazos e consultas previstos no artigo 7º da Diretiva-*quadro*.

³⁸ O ponto 38 da diretiva-*quadro* estabelece, desde logo, que são medidas que podem afetar o comércio entre os Estados-membros, as medidas que podem ter uma influência, direta ou indireta, efetiva ou potencial, sobre a estrutura do comércio entre os Estados-Membros, de uma forma suscetível de criar um entrave ao mercado interno. Abrangem medidas que têm um impacto significativo sobre os operadores ou utilizadores em outros Estados-Membros, incluindo *inter alia*: medidas que afetam os preços para os utilizadores em outros Estados-Membros; medidas que afetam a possibilidade de uma empresa estabelecida num outro Estado-membro oferecer um serviço de comunicações eletrónicas; medidas que afetam a possibilidade de oferecer serviços numa base transnacional; e medidas que afetam a estrutura do mercado ou o acesso ao mesmo, tendo repercussões para empresas em outros Estados-Membros.

disponibilizado para o acesso.³⁹ Estes têm o prazo de um mês, não prorrogável, para enviar os seus comentários à ARN em questão.

A CE, durante este mês, pode fazer uma de duas coisas: (i) ou não se opõe e a ARN pode definir como *relevante* um mercado que não consta da *recomendação*, (ii) ou informa a ARN de que considera que a proposta de medida é suscetível de criar um entrave ao mercado interno, ou que tem sérias dúvidas quanto à sua compatibilidade com o direito europeu, adiando assim a aprovação do projeto por um prazo suplementar de dois meses.⁴⁰ Neste prazo, a CE, tendo na melhor conta o parecer do ORECE, pode decidir retirar as suas reservas dando o seu aval ao projeto, permitindo a sua aplicação, ou, pelo contrário, solicita à ARN que retire o projeto de medida,⁴¹ vetando-a. E neste caso, a ARN deve alterar ou abandonar esse projeto de medida no prazo de seis meses após a data da *decisão*.⁴²

Atente-se bem na complexidade e nas fases deste subprocedimento. Primeiro, temos uma fase unicamente europeia com a adoção de uma *recomendação* por parte da CE. Depois, uma fase nacional, em que as ARN adaptam as indicações da *recomendação* às condições específicas do seu próprio país, identificando e definindo os *mercados relevantes*. No caso de as ARN se desviarem da *recomendação*, temos ainda uma fase comum, já que estas têm de comunicar essa intenção à CE, ao ORECE e às outras ARN, que podem fazer as suas observações à ARN proponente. Nesta altura, o subprocedimento, complementado por um contributo comum (da Comissão, do ORECE e das outras ARN), retorna ao nível nacional para que a ARN proponente possa aplicar a medida tendo na melhor conta as observações que lhe foram endereçadas. E por último, se o projeto de

³⁹ Artigo 7º, n.º 3 da diretiva-quadro e 57º, n.º 1 e n.º 2 da LCE.

⁴⁰ Artigo 7º, n.º 4 da diretiva-quadro e 57º, n.º 5 da LCE.

⁴¹ Neste caso, a decisão é acompanhada de uma análise circunstanciada e objetiva das razões pelas quais a CE considera que o projeto de medida não deve ser aprovado, e de propostas específicas de alteração do mesmo – artigo 7º, n.º 5, segundo parágrafo. Este parágrafo, face à posição cimeira e supranacional da CE, parece atribuir-lhe um dever de tutela perante as ARN, que aliás é o que parece resultar do artigo 7º, n.º 2 da diretiva-quadro, quando se estabelece um dever de cooperação entre as várias ARN, entre si e com a CE, a fim de assegurar a aplicação coerente em todos os Estados-Membros do quadro regulamentar. Para além de um poder de controlo e direção, a CE tem o dever de tutelar e orientar as ARN na aplicação e interpretação da legislação europeia.

⁴² Caso opte pela alteração, a ARN tem de repetir todo o procedimento de consulta à CE previsto nos artigos 6º e 7º da diretiva-quadro.

medida se revelar incompatível com o direito europeu ou com os objetivos da regulação, a CE pode impor a sua retirada.⁴³

3.1.2 – ANÁLISE DOS MERCADOS RELEVANTES

Assim que as ARN definam quais os *mercados relevantes*, deverão proceder à análise de cada um deles a fim de verificar se existe concorrência efetiva. Para tanto, a CE emitiu um documento que as ARN devem ter na máxima conta e que as guia nesta tarefa, no qual estabelece as linhas *orientadoras relativas à análise e avaliação PMS*.⁴⁴

Neste aspeto, a noção de concorrência efetiva em certo mercado significa que nenhuma empresa tem PMS. Este conceito está consagrado na diretiva-*quadro* e na LCE, tendo o quadro regulamentar de 2002 procedido ao seu alinhamento com o conceito de posição dominante do direito da concorrência.⁴⁵ Desta forma, considera-se que uma empresa detém PMS se, individualmente ou em conjunto com outras, gozar de uma posição dominante, ou seja, de uma posição de força económica que lhe permita agir, em larga medida, independentemente dos concorrentes, dos clientes e dos consumidores.

As ARN devem proceder à *análise dos mercados*, no prazo de dois anos a contar da aprovação pela CE de uma *recomendação* revista sobre os *mercados relevantes*, no caso de mercados que a ARN não tenha notificado previamente à CE, nos termos do artigo 7º, n.º 3 da diretiva-*quadro* e do artigo 57º da LCE.⁴⁶

A *análise dos mercados* deve ser revista no prazo de três anos a contar da data da aprovação da última medida aplicada a esse mercado. A título excepcional, este prazo pode ser prorrogado mediante envio de proposta devidamente fundamentada e posterior concordância da CE.⁴⁷ A LCE prevê ainda a revisão da análise dos mercados sempre que a ARN entenda justificável (artigo 59º-A, n.º 2, alínea b).

⁴³ LORENZO SALTARI, “*I procedimenti comunitari composti: il caso delle telecomunicazioni*”, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2005, 2, págs. 388 e segs.

⁴⁴ Artigo 15º, n.º 3 e 16º, n.º 1 da diretiva-*quadro* e 59º, n.º 1 e 60º, n.º 2 da LCE.

⁴⁵ Artigo 14º e 60º, respetivamente.

⁴⁶ Artigo 16, n.º 6, alínea b) da diretiva-*quadro* e 59º-A, n.º 1 da LCE.

⁴⁷ Artigo 16, n.º 6, alínea a) da diretiva-*quadro* e 59º-A, n.º 2, alínea a) da LCE.

3.1.3 – DECLARAÇÃO DE EMPRESAS COM PMS E IMPOSIÇÃO DE OBRIGAÇÕES *EX ANTE*

Após a *análise dos mercados*, caso as ARN concluíam que o mercado é efetivamente concorrencial (por nenhum dos operadores deter PMS), não imporão qualquer obrigação regulamentar.⁴⁸

De outro modo, caso determinem que um *mercado relevante* não é efetivamente concorrencial, as ARN têm de identificar as empresas que, individualmente ou em conjunto detenham PMS nesse mercado. Mas antes de as designarem como tal, e caso essa designação seja suscetível de efetuar o comércio entre os Estados-Membro, as ARN têm de respeitar o procedimento dos artigos 6º e 7º acima mencionados.

Primeiro procedem à consulta nacional, permitindo que os interessados apresentem observações sobre a sua intenção. Depois disponibilizam à CE, ao ORECE e às outras ARN o seu projeto. Seguidamente, caso a CE entenda que a designação de certa empresa como tendo PMS é suscetível de criar um entrave ao mercado interno ou que tem sérias dúvidas quanto à sua compatibilidade com o direito europeu, pode “solicitar” à ARN a retirada do seu projeto de designação. Esta deve acatar esta “solicitação” retirando-o ou alterando-o.⁴⁹

No caso de a CE não vetar o projeto de designação de empresa com PMS, a ARN deve passar ao passo seguinte e aplicar medidas *ex ante* a esta empresa.

Para a aplicação de medidas *ex ante*, a diretiva 2009/140/CE, que alterou a diretiva-quadro, introduziu um subprocedimento que não estava consagrado na versão original desta diretiva e que aumentou sobremaneira a cooperação entre as ARN, o ORECE e a CE na escolha da obrigação a aplicar.⁵⁰ Este subprocedimento surge, não só graças à criação do ORECE, mas também com o objetivo de uniformizar a aplicação das obrigações *ex ante* em todo o mercado europeu. Isto porque, se na versão original da diretiva (tal como nesta) era imposto às ARN uma consulta à CE, sem que esta tivesse

⁴⁸ Artigo 16º, n.º 3 da diretiva-quadro e 59º, n.º 3 da LCE.

⁴⁹ Artigo 7º, n.º 3, 4, 5 e 6 da diretiva-quadro e 57º da LCE.

⁵⁰ V. considerando 19 da diretiva 2009/140/CE.

uma intervenção concreta na fase da escolha da obrigação *ex ante*, agora, com o novo artigo 7º-A, esta escolha passa a ser, praticamente, uma decisão conjunta da CE, do ORECE e da ARN proponente. Se anteriormente, nesta fase final do procedimento, as ARN tinham o dever de disponibilizar o projeto de medida e informar desse facto a CE, e esta tinha apenas o poder de apresentar observações às ARN proponentes, agora, foi implementado um subprocedimento para que a CE e o ORECE possam escrutinar por completo as intenções das ARN.

Com efeito, antes de poderem impor uma obrigação *ex ante*, as ARN têm novamente de proceder à consulta interna do artigo 6º e à consulta europeia do artigo 7º já aqui aflorados. Contudo, a CE tem agora o poder de suspender o projeto de medida. Para tanto, no prazo de um mês que tem ao seu dispor para enviar os seus comentários à ARN proponente, a CE pode notificar esta ARN e o ORECE sobre os motivos que a levam a considerar que o projeto em causa criaria um obstáculo ao mercado único ou de que tem sérias dúvidas quanto à sua compatibilidade com o direito europeu. Neste caso, o projeto de medida não pode ser aprovado nos três meses seguintes à notificação da CE.⁵¹

Neste período de três meses, a CE, o ORECE e a ARN proponente cooperam estreitamente com o objetivo de identificar a medida mais apropriada e eficaz à luz dos objetivos regulatórios do quadro-regulamentar⁵², tendo ao mesmo tempo, em devida conta, os pontos de vista dos participantes no mercado (recolhidos aquando da consulta interna prevista no artigo 6º)⁵³ e a necessidade de garantir o desenvolvimento de uma prática reguladora coerente.⁵⁴

No prazo de seis semanas a contar do início destes três meses, o ORECE, deliberando por maioria dos membros, emite um parecer devidamente fundamentado (que deve ser tornado público) sobre a notificação da CE, indicando se considera que o projeto de

⁵¹ Artigo 7º-A, n.º 1 da diretiva-*quadro* e 57º-A, n.º 1 da LCE.

⁵² Os objetivos estão previstos no artigo 8º da diretiva-*quadro* e 5º da LCE – Promover a concorrência, contribuir para o desenvolvimento do mercado interno e defender os interesses dos cidadãos.

⁵³ Artigo 8º, n.º 1 da LCE.

⁵⁴ Artigo 7º-A, n.º 2 da diretiva e 57º-A, n.º 2 da LCE.

medida deve ser alterado ou retirado e, se for caso disso, apresenta propostas específicas nesse sentido.⁵⁵

Se neste parecer, o ORECE partilhar das dúvidas da CE, deve cooperar com a ARN em causa com o objetivo de identificar a medida mais apropriada e eficaz. Antes do final do prazo de três meses, a ARN, tendo em conta a notificação da CE e o parecer e aconselhamento do ORECE, pode alterar, retirar ou manter o seu projeto de medida.⁵⁶

Se, pelo contrário, o ORECE não partilhar das dúvidas da CE ou não emitir parecer, ou se a ARN alterar ou mantiver o seu projeto de medida (com ou sem parecer do ORECE), a CE pode, no prazo de um mês após o termino do período de três meses acima referido, e tendo em máxima conta o parecer do ORECE, se existir, (i) emitir uma *recomendação* que exija à ARN que altere ou retire o projeto de medida, incluindo propostas específicas para esse efeito e fundamentando a sua *recomendação*, ou (ii) tomar a decisão de retirar as suas reservas expressas na notificação.

Por fim, no prazo de um mês após a emissão da *recomendação*, ou no caso da CE retirar as suas reservas, a ARN comunica à CE e ao ORECE a medida definitiva. Se a ARN decidir não alterar ou retirar o projeto com base na *recomendação*, deve apresentar uma justificação fundamentada à CE e ao ORECE.

Estes procedimentos (dos artigos 6º, 7º e 7º-A da diretiva) também têm de ser respeitados no caso de as ARN já terem imposto obrigações *ex ante* em determinado *mercado relevante* e, após a sua análise, concluíam que neste passou a existir concorrência efetiva. Neste caso, devem suprimir as obrigações anteriormente impostas.

No mesmo sentido, se após a *análise do mercado relevante* tiverem de modificar as obrigações *ex ante*, por terem concluído que estas passaram a ser desproporcionais e/ou desadequadas, terão de respeitar os mesmos procedimentos.^{57,58}

⁵⁵ Artigo 7º-A da diretiva, n.º 3 da diretiva e 57º-A, n.º 2 da LCE.

⁵⁶ Artigo 7º-A, n.º 4 da diretiva e 57º-A, n.º 3 da LCE.

⁵⁷ Artigo 7º-A, n.º 1 da diretiva e artigo 57º-A, n.º 1 da LCE.

⁵⁸ Artigo 16º, n.º 4 da diretiva-quadro e 59º, n.º 4 da LCE – nestes dois casos, de modificação e supressão de medidas *ex ante*, as ARN têm de informar desse facto, com a antecedência adequada, não só a empresa destinatária (ex-PMS), mas também todas as empresas concorrentes (“partes abrangidas” – *vide* Ac. Tele 2, Proc. C426/05 e Ac. T-Mobile Áustria, Proc.C-282/13, ambos do TJUE).

Ao contrário do procedimento de consulta europeia instituído para a definição dos *mercados relevantes* e para a designação de empresas com PMS, no procedimento do artigo 7º-A da diretiva-*quadro*, a CE não tem poder de veto.

Portanto, quer exista notificação da CE nos termos do artigo 7º-A, quer não exista, as ARN, tendo em consideração critérios jurídicos de adequação, de proporcionalidade e de transparência, estão autorizadas a impor, em matéria de *acesso e interligação*, uma ou várias das seguintes obrigações *ex ante* às empresas com PMS: (i) obrigação de transparência na publicação de informações;⁵⁹ (ii) obrigação de não discriminação na oferta de acesso e interligação e na respetiva prestação de informações;⁶⁰ (iii) obrigação de separação de contas quanto a atividades específicas relacionadas com o acesso e/ou a interligação;⁶¹ (iv) obrigação de dar resposta aos pedidos razoáveis de acesso⁶²; (v) obrigação de controlo de preços e de contabilização de custos;⁶³ (vi) obrigação de separação funcional.⁶⁴

⁵⁹ Esta obrigação traduz-se na obrigação de divulgação de certas informações em relação à interligação e/ou acesso, exigindo que os operadores tornem públicas determinadas informações, como por exemplo, informações contabilísticas, especificações técnicas, características da rede, termos e condições de oferta e utilização, incluindo todas as condições que limitam o acesso a e/ou utilização de serviços e aplicações (artigo 9º, n.º 1 da diretiva-*acesso* e 67º da LCE). Mas também, especialmente quando um operador está sujeito à obrigação de não discriminação ou à obrigação de acesso e utilização de recursos específicos, as ARN podem impor a publicação de uma oferta de referência, que terá de ser constituída pelos elementos constantes do anexo II (artigo 9º, n.º 2 e 4 da diretiva-*acesso*, respetivamente, e 68º e 69º da LCE).

⁶⁰ O operador deve aplicar condições equivalentes a outras empresas que ofereçam serviços equivalentes, em condições e com a qualidade idênticas às dos serviços que são oferecidos pelas próprias empresas ou pelas suas filiais (artigo 10º da diretiva-*acesso* e 70º da LCE).

⁶¹ Autonomização quanto a atividades específicas relacionadas com interligação e/ou acesso (v.g. apresentação de preços grossistas e de preços de transferência internos – para permitir acompanhar uma obrigação de não discriminação ou para impedir subsidiação cruzada) – artigo 11º da diretiva-*acesso* e 71º da LCE.

⁶² Obrigação de dar resposta aos pedidos razoáveis de acesso e utilização de elementos de rede específicos e recursos conexos, nomeadamente em situações em que considere que a recusa de acesso ou a fixação de condições não razoáveis prejudicariam a emergência de um mercado concorrencial sustentável a nível retalhista, ou não seriam do interesse do utilizador final” (artigo 12.º, n.º 1 da diretiva-*acesso* e 72º da LCE).

⁶³ Obrigação relaciona com a amortização de custos e controlos de preços, incluindo a obrigação de orientação dos preços em função dos custos e a obrigação relativa a sistemas de contabilização dos custos, para fins de oferta de tipos específicos de interligação e/ou acesso, em situações em que uma análise do mercado indique o operador em causa possa manter os preços a um nível excessivamente elevado, ou comprimir os preços, em detrimento dos utilizadores finais. Contudo, as ARN devem ter em conta o investimento realizado pelo operador, permitindo-lhe uma taxa razoável de rentabilidade sobre o capital investido (artigo 13º, n.º 1 da diretiva-*acesso* e 74º da LCE).

⁶⁴ Caso se conclua que todas as obrigações impostas não permitiram garantir uma concorrência eficaz e que persistem importantes problemas de concorrência/falhas de mercado em relação ao aprovisionamento grossista de determinados mercados de produtos de acesso, as ARN podem, excepcionalmente, impor às empresas verticalmente integradas a obrigação de efetuarem as atividades relacionadas com o fornecimento

Este elenco de obrigações previsto na diretiva *acesso* não é taxativo, já que, excecionalmente e quando adequado, as ARN podem impor aos operadores com PMS outras obrigações. Para isso, terão de submeter um projeto de decisão à CE, que, tendo em máxima conta o parecer do ORECE, aprova ou recusa a proposta.

Para além das obrigações *ex ante* prevista na diretiva *acesso*, as ARN são ainda competentes para impor obrigações regulamentares adequadas a empresas com PMS que desenvolvem as suas atividades na prestação de serviços a retalho, sempre que se verifique a inexistência de concorrência efetiva no mercado previamente analisado e se conclua que as obrigações impostas nos termos da diretiva *acesso* não conduzirão à realização dos objetivos regulatórios estabelecidos na diretiva-*quadro*.⁶⁵

As linhas de orientação da CE explicam que a mera designação de uma empresa como detendo um PMS num “determinado mercado, sem imposição de quaisquer obrigações regulamentares, é inconsistente com as disposições do quadro-regulamentar”.⁶⁶ Assim, a mera constatação da existência de uma empresa com PMS, levará obrigatoriamente a que as ARN imponham pelo menos uma obrigação regulamentar. Temos aqui uma situação clara de causa-efeito, em que a deteção de uma empresa com PMS num mercado definido como *relevante*, causa a imposição de obrigações regulamentares adequadas e proporcionais. No fundo, um quadro de regime regulatório de estrutura assimétrica, exige a imposição de obrigações para as empresas com uma posição dominante.

3.2 – IMPOSIÇÃO DE OBRIGAÇÕES EX ANTE A TODAS AS EMPRESAS, COM OU SEM PMS

O primeiro parágrafo, do n.º 3, do artigo 8º, da diretiva *acesso* dispõe que as ARN não imporão as obrigações previstas nos artigos 9º a 13º-A desta diretiva aos operadores que não tenham sido designados como operadores com PMS num mercado específico. No

grossista de produtos de acesso a uma entidade empresarial operacionalmente independente (artigo 13º-A da diretiva-*acesso* e 76º-A da LCE). A aplicação desta obrigação carece de autorização da CE.

⁶⁵ Artigo 17º, n.º 1 da diretiva *serviço universal* (com as alterações impostas pela Diretiva 2009/136/CE) e 85º, n.º 1 da LCE.

⁶⁶ Ponto 114.

mesmo sentido, o artigo 17º da diretiva *serviço universal* prevê que as obrigações regulamentares só são aplicáveis a empresas identificadas como tendo PMS num dado mercado retalhista.

Porém, designadamente nas diretivas *quadro*, *acesso* e *serviço universal*, está prevista a possibilidade de se imporem certas obrigações a empresas sem PMS.⁶⁷

Deste modo, a diretiva-*quadro* prevê no seu artigo 12º a obrigação de partilha de locais e de elementos da rede e recursos conexos.⁶⁸ Esta norma prevê que no caso de uma empresa que ofereça redes de comunicações eletrónicas tenha o direito de instalar recursos em, sobre ou sob propriedade pública ou privada ou possa beneficiar de um procedimento de expropriação ou de utilização de propriedade, as ARN, tomando em conta o princípio da proporcionalidade, têm a possibilidade de impor a partilha de tais recursos ou propriedades, incluindo edifícios, entradas de edifícios, cablagem de edifícios, postes, antenas, torres e outras estruturas de apoio, condutas, tubagens, câmaras de visita e armários.

Por seu turno, a diretiva *acesso* estabelece que as ARN devem incentivar e garantir o acesso e a interligação adequados, bem como a interoperabilidade de serviços, exercer a sua responsabilidade de modo a promover a eficiência e a concorrência sustentável e a proporcionar o máximo benefício aos utilizadores finais. Para tanto, independentemente de terem ou não PMS, as ARN têm a possibilidade de, na medida do necessário e em casos justificados, *(i)* impor obrigações às empresas que controlem o acesso aos utilizadores finais para garantir a ligação de extremo-a-extremo, incluindo a obrigação de interligarem as suas redes quando não estiverem interligadas; *(ii)* impor obrigações às empresas que controlam o acesso a utilizadores finais a fim de tornar os seus serviços interoperáveis; *(iii)* e para garantir a acessibilidade dos utilizadores finais aos serviços de radiodifusão digital de rádio e televisão especificados pelo Estado-Membro, impor aos operadores a obrigação de oferecerem acesso às IPA (interfaces de programas de

⁶⁷ No mesmo sentido, o artigo 66º, n.º 3 da LCE determina que as obrigações referidas no seu n.º 1 não podem ser impostas a empresas sem PMS, salvo nos casos previstos nesta lei ou quando tal seja necessário para respeitar compromissos internacionais.

⁶⁸ Artigo 25º da LCE.

aplicações) e às GEP (guias eletrónicos de programas), em condições justas, razoáveis e não discriminatórias.

Estas obrigações devem ser objetivas, transparentes, proporcionais e não discriminatórias e têm de ser aplicadas depois dos procedimentos previstos nos artigos 6º, 7º e 7º-A da diretiva-quadro.⁶⁹

Por fim, a diretiva *serviço universal* dispõe que podem ser impostas às empresas que oferecem redes de comunicações públicas utilizadas para a distribuição ao público de serviços de programas televisivos e de rádio, obrigações de transporte desses serviços, de modo a permitir um acesso adequado aos utilizadores finais com deficiência. Estas obrigações apenas podem ser impostas quando tal seja necessário para a realização de objetivos de interesse geral claramente definidos e devem ser razoáveis, proporcionadas, transparentes e sujeitas a uma revisão periódica.⁷⁰

3.3 – MEDIDAS DE HARMONIZAÇÃO

Ainda relevante quanto aos poderes da CE é o que se estabelece no artigo 19º da diretiva-quadro (com a epígrafe *Medidas de harmonização*), que atribui a este órgão competência para formular *recomendações* e *decisões* aos Estados-membros.⁷¹ Dispõe esta norma que caso constate que as divergências na execução, por parte das ARN, das funções regulatórias especificadas na diretiva-quadro e nas diretivas *específicas* podem criar um obstáculo ao mercado interno, a CE pode, tendo na máxima conta o parecer do ORECE, publicar uma *recomendação* ou uma *decisão* sobre a aplicação harmonizada das

⁶⁹ Artigo 5º, n.º 1 e n.º 2 da diretiva *acesso* e 77º, n.º 1 da LCE.

⁷⁰ Artigo 31º da diretiva *serviço universal* e 43º da LCE.

⁷¹ De harmonia com o artigo 288º, parágrafo 4, do TFUE, a decisão é “obrigatória em todos os seus elementos. Quando designa destinatários, só é obrigatória para estes”. As decisões podem ser atos individuais e concretos, quando os seus destinatários estiverem determinados ou forem determináveis, ou gerais e abstratos. E podem ter uma natureza muito variada: podem ser atos legislativos, aprovados pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho, no quadro de um processo legislativo ordinário, ou pelo Conselho, no âmbito de um processo legislativo especial; podem ser atos delegados; atos de execução. As decisões são diretamente aplicáveis quando se dirigem a sujeitos internos dos Estados-Membros, e gozam de efeito direto quando têm como destinatários diretos apenas os Estados – FAUSTO DE QUADROS, *idem*, pág. 476 e 477.

disposições das diretivas, para acelerar a consecução dos objetivos da regulação sectorial enunciados no artigo 8º da diretiva-*quadro*.

Caso formule uma *recomendação* nos termos deste artigo, os Estados-Membros devem garantir que no desempenho das suas funções, as ARN a tenham na melhor conta, e caso decidam não as seguir, devem informar desse facto a CE, fundamentando a sua posição (n.º 2). Estas *recomendações* são de iniciativa exclusiva da CE, de âmbito generalizado, e podem versar sobre qualquer assunto relacionado com a aplicação das diretivas (v.g. podem ser interpretativas, ter carácter técnico, podem coordenar procedimentos, formas de notificação, prazos, etc.).

Por sua vez, as *decisões* têm um âmbito bastante limitado, pois só podem ter por objeto as execuções incoerentes dos procedimentos de identificação e a definição de mercados e de análise de mercado (artigos 15º e 16 da diretiva-*quadro*), sempre que aquelas criem um obstáculo ao mercado interno [primeira parte, da alínea a), do n.º 3].⁷² Por outro lado, estas *decisões* não se podem referir a notificações específicas emitidas pelas ARN, nos termos do n.º 6 ou do n.º 7 do artigo 7º-A (procedimento para a aplicação coerente de medidas corretivas). Neste caso, após, pelo menos, dois anos a contar da aprovação de uma *recomendação* sobre a mesma questão, nos termos da alínea a) do n.º 5 do artigo 7º-A, a CE pode propor um projeto de decisão, que deve ter na melhor conta um parecer do ORECE.

Atente-se que o objeto destas *decisões* está limitado aos princípios reguladores, às abordagens e aos métodos e assim não poderão prever detalhes que devam, em princípio, ser adaptados às circunstâncias nacionais, nem proibir estratégias alternativas que se presume, legitimamente, poderem gerar efeitos equivalentes aos de uma eventual *decisão*. Estas *decisões* deverão ser proporcionais e não poderão influenciar as decisões aprovadas pelas ARN que não causem obstáculos ao mercado interno.⁷³

⁷² O n.º 3 deste artigo 19º contém ainda uma alínea b) que se refere a decisões relativas à numeração, incluindo gamas de números, portabilidade dos números e dos indentificadores, sistemas de conversão de números e de endereços, e acesso aos serviços de emergência através do 112.

⁷³ Considerando 58 da diretiva-*quadro*.

4 – CONTROLO JURISDICIONAL

A diretiva-*quadro*, com as alterações introduzidas pela Diretiva 2009/140/CE, prevê no seu artigo 4º, n.º 1, que “os Estados-Membros devem garantir a existência de mecanismos eficazes a nível nacional, através dos quais qualquer utilizador ou empresa que ofereça redes e/ou serviços de comunicações eletrónicas que tenha sido afetado/a por uma decisão de uma ARN tenha o direito de interpor recurso contra essa decisão junto de um órgão de recurso, que seja independente das partes envolvidas. Esse órgão, que pode ser um tribunal, deve ter os meios de perícia necessários para poder exercer eficazmente as suas funções. Os Estados-Membros devem assegurar que o mérito da causa seja devidamente apreciado e que exista um mecanismo de recurso eficaz.”⁷⁴

Esta norma constitui uma emanação do princípio geral de direito comunitário, segundo o qual os Estados-Membros têm a responsabilidade de garantir uma proteção jurisdicional efetiva dos direitos que decorrem para os particulares da ordem jurídica comunitária. Ora, uma decisão de uma ARN é uma decisão que, segundo o direito comunitário, deve poder ser contestada numa instância jurisdicional independente.

Constata-se, contudo, que as diretivas do quadro regulamentar não preveem uma harmonização das regras nacionais relativas aos processos jurisdicionais aplicáveis, limitando-se a incluir uma disposição concreta que obriga à existência de uma via de recurso.

A este respeito, a jurisprudência europeia tem entendido que na falta de regulamentação comunitária, cabe ao ordenamento jurídico interno de cada Estado-Membro designar os órgãos jurisdicionais competentes e regular as modalidades processuais das ações judiciais destinadas a garantir a salvaguarda dos direitos dos particulares que decorrem do direito comunitário, desde que, por um lado, essas modalidades não sejam menos favoráveis do que as ações análogas de natureza interna (princípio da equivalência), e,

⁷⁴ O artigo 4º contém ainda um n.º 2 que prevê que “se o organismo de recurso referido no n.º 1 não for de carácter judicial, deve fundamentar sempre por escrito as suas decisões. Além disso, nesse caso, a sua decisão deverá poder ser revista por um órgão jurisdicional na aceção do artigo 234º do Tratado. E um n.º 3 que ordena que “os Estado-Membros devem reunir informações sobre o objeto geral dos recursos, a duração dos processos de recurso e o número de decisões que impõem medidas provisórias. Os Estados-Membros prestam essas informações à CE e ao ORECE, mediante pedido devidamente fundamentado”.

por outro, não tornem impossível, na prática, ou excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica europeia (princípio da efetividade).⁷⁵

Não obstante, cumpre fazer referência que o facto de os Estados-Membros terem a liberdade de definir o sistema de medidas e procedimentos destinados a assegurar a salvaguarda dos direitos dos cidadãos, esta não integra a hipótese de versarem sobre a própria possibilidade de interposição de recurso. Isto é, o princípio da autonomia processual é circunscrito à fixação das regras e procedimentos específicos relativos às modalidades de exercício dos direitos resultantes do direito da União.

Por isso é que, segundo a jurisprudência do TJUE, o conceito de pessoa “afetada” por uma decisão, é um conceito autónomo do direito da União cujo alcance deve ser apreciado tendo em consideração o objetivo prosseguido por esta norma.⁷⁶ De acordo com esta jurisprudência, para além de esta norma constituir uma emanação do princípio da proteção jurisdicional⁷⁷ que impõe aos Estados-Membros que garantam a proteção jurisdicional dos direitos conferidos pelo direito da União, tem ainda como objetivo primordial o de fixar um alcance uniforme para a legitimidade para agir dos particulares. Ou seja, esta norma pretende evitar a situação em que uma pessoa, em circunstâncias factuais idênticas, disponha num Estado-Membro da legitimidade para agir contra uma decisão de uma ARN a fim de proteger os seus direitos, mas não beneficie dela noutra Estado. A existência de tais discrepâncias comprometeria a aplicação uniforme das disposições do direito da União em matéria de comunicações eletrónicas, já que, as referidas disposições não serão aplicadas uniformemente se for o direito nacional a determinar as pessoas que têm legitimidade para agir.

⁷⁵ V. em geral, sobre estes princípios, Ac. Peterbroeck, Proc. C-312/93, n.º 12, Ac. Edis, Proc. C-231/96, n.ºs 19 e 34, Ac. Levez, Proc. C-326/96, n.º 18 e Ac. Recheio – Cash & Carry, Proc. C-30/02, n.º 17;

⁷⁶ V. Ac. Tele2, Proc. C-426/05, n.ºs 27 e 30.

⁷⁷ Este princípio está também consagrado no artigo 19º, n.º 1, segundo parágrafo do TUE, assim como no artigo 47º do TFUE.

4.1 – LEGITIMIDADE PROCESSUAL

Nos termos do artigo 4º, n.º 1, da diretiva-*quadro*, qualquer empresa que ofereça redes e/ou serviços de comunicações eletrónicas, assim como qualquer utilizador que é «afetado» por uma decisão de uma ARN, tem direito de recurso da referida decisão.

Esta norma refere-se a dois grupos de pessoas: os utilizadores e as empresas que oferecem redes e/ou serviços de comunicações eletrónicas.

É evidente que o direito de recurso de uma decisão de uma ARN pode ser exercido pelos utilizadores e pelas empresas destinatárias dessa mesma decisão cujos direitos são prejudicados por ela, isto é, as empresas com PMS num mercado *relevante* a quem são impostas medidas *ex ante*.

Contudo, abrangerá esta norma também as empresas concorrentes da empresa com PMS num mercado *relevante*?

A jurisprudência do TJUE tem respondido afirmativamente a esta questão⁷⁸. E tem-lo feito sustentado em duas razões. Primeiro, porque as ARN devem, nos termos do artigo 8º, n.º 2 da diretiva-*quadro*, promover a concorrência na oferta de redes e serviços de comunicações eletrónicas e de recursos e serviços conexos, nomeadamente assegurando que a concorrência no sector não seja distorcida nem travada. Com efeito, uma interpretação restrita do artigo 4º, n.º 1, de acordo com a qual esta disposição apenas confere um direito de recurso às pessoas que são destinatárias das decisões das ARN, seria dificilmente compatível com os objetivos gerais e os princípios reguladores que decorrem para as ARN do artigo 8º, e, em particular, com o objetivo de promoção da concorrência.⁷⁹ Mas também, porque, no âmbito de um processo relativo ao procedimento de análise de mercado do artigo 16º da diretiva-*quadro*, as empresas concorrentes de uma empresa com PMS no mercado *relevante*, enquanto beneficiários potenciais dos direitos correspondentes às obrigações regulamentares específicas impostas pela ARN, podem ser consideradas “afetadas” pelas decisões desta autoridade que modifiquem ou suprimam as referidas obrigações.

⁷⁸ V. Ac. T-Mobile Áustria, Proc. C-282/13, n.º 48; Ac. Arcor, Proc.C-55/06; Ac. Tele2, Proc. C-426/05.

⁷⁹ V. neste sentido Ac. Tele2, n.ºs 37 e 38.

Logo, esta fundamentação permite-nos identificar três tipos de direitos de operadores que podem ser “afetados desfavoravelmente” pelas decisões das ARN: (i) os direitos subjetivos das empresas com PMS em determinado mercado, destinatárias das medidas *ex ante*; (ii) os direitos das empresas concorrentes, que podem ser afetados pela modificação ou suprimimento das obrigações *ex ante* impostas à empresa com PMS;⁸⁰

Todavia, há que ressaltar, que só as empresas que se encontrem em concorrência direta com a empresa com PMS, e que vejam sua posição no mercado ser afetada ou suscetível de ser afetada com a decisão da ARN, terão legitimidade para recorrer. Isto quer dizer, que uma empresa que não opere no mercado *relevante* em causa, ou, operando, não veja a sua posição no mercado ser afetada, pela modificação ou supressão das medidas *ex ante* aplicadas, não tem legitimidade para recorrer da decisão da ARN.⁸¹

4.2 – ALCANCE DA FISCALIZAÇÃO JURISDICIONAL

O artigo 4º, n.º 1 da diretiva-*quadro* impõe que os Estados-Membros devem assegurar que o mérito da causa seja devidamente apreciado. Como já se referiu, as diretivas não preveem uma harmonização dos sistemas nacionais no que diz respeito à determinação do âmbito e intensidade da fiscalização jurisdicional das decisões das ARN, designadamente quando resultem do exercício de uma margem de apreciação como acontece na imposição de obrigações regulamentares.

Pode, quando muito, concluir-se do texto deste artigo 4º da diretiva-*quadro* que esta disposição estabelece um limite abaixo do qual se considera que os Estado-Membros não garantem a eficácia dos mecanismos de recurso, excluindo por completo que a fiscalização exercida pelo órgão de recurso seja meramente formal.

Num primeiro momento, o TJUE parece ter entendido que não era exigível que a fiscalização jurisdicional que o direito comunitário impõe aos órgãos jurisdicionais

⁸⁰ A modificação ou o suprimimento de obrigações também podem afetar operadores com os quais as empresas com PMS tenham celebrado contratos de direito privado (V.g. no caso de um contrato relativo ao acesso à rede celebrado entre a empresa PMS, proprietária da rede, e uma empresa sua concorrente);

⁸¹ V. Ac. T-Mobile Áustria, C-282/13, n.ºs 37 e 47.

nacionais, a fim de assegurar uma proteção jurisdicional efetiva, fosse mais ampla que a fiscalização jurisdicional praticada pelos órgãos jurisdicionais comunitários em casos similares. Neste sentido, o TJUE entendia que quando tivesse em causa a fiscalização jurisdicional de decisões de autoridades comunitárias que procedem a avaliações complexas, essas autoridades gozavam de um amplo poder de análise cujo exercício estava normalmente subordinado a uma fiscalização jurisdicional limitada. Esta fiscalização jurisdicional limitada era então fundada em razões de ordem prática relativas à complexidade económica ou técnica das avaliações efetuadas em determinados domínios, que, para além disso, podiam estar sujeitos a frequentes e rápidas evoluções. Por isso, a fiscalização do juiz comunitário e, por conseguinte, do juiz nacional, devia limitar-se a verificar se as medidas não estavam viciadas por erros manifestos ou desvio de poder, ou ainda se a instituição em causa não ultrapassou manifestamente os limites de apreciação.⁸²

Mais tarde, o mesmo TJUE acabou por rejeitar um argumento semelhante no Ac. *Arcor* (n.ºs 163 a 169). Neste processo - que correu termos ainda no contexto do quadro regulamentar anterior à adoção das diretivas *quadro* e *acesso* - o TJUE afirmou, relativamente ao alcance da fiscalização jurisdicional das decisões de uma ARN relativas às tarifas de acesso ao lacete local de operadores de telecomunicações com PMS, incluindo as avaliações dessa ARN quanto aos custos a tomar em conta, ao seu cálculo e à sua justificação contabilística, que o direito da União não prevê um modelo segundo o qual os Estados-Membros devam estabelecer uma forma especial de fiscalização de tais decisões, rejeitando perentoriamente o fundamento avançado por uma das partes interessadas segundo o qual essa fiscalização devia ter sido mínima ou, pelo menos limitada. Por isso, à luz destas considerações, infere-se que, na falta de tais regras estabelecidas pelo direito da União, cabe ao ordenamento jurídico de cada Estado-Membro regular as modalidades processuais das ações judiciais destinadas a garantir a salvaguarda dos direitos que para os particulares daí decorrem, honrando os princípios da equivalência e da efetividade.

⁸² V. Ac. *Upjohn*, Proc. C-120/97, n.º 34 e jurisprudência aí referida, e n.º 35; Ac. *HLH Warenvertrieb e Orthica*, Proc. C-211/03, C-299/03 e C-316/03 a C-318/03, n.º 75. V. ainda, designadamente, conclusões do advogado-geral P. Léger no Proc. *Upjohn*, n.ºs 50 e 51.

Seja como for, o grau da intensidade da fiscalização jurisdicional não pode ter por efeito subtrair as decisões das ARN a uma fiscalização jurisdicional efetiva. O TJUE destaca, neste aspeto, que qualquer processo nacional de fiscalização jurisdicional de uma decisão de uma ARN deve, em qualquer caso, permitir ao órgão jurisdicional, a cuja apreciação foi submetida um recurso, “aplicar efetivamente, no âmbito da fiscalização da sua legalidade, os princípios e as regras do direito comunitário pertinentes”.⁸³ Até porque, é, desde logo, acautelado pela diretiva-*quadro*, que o órgão de fiscalização deve ter meios de perícia necessários para exercer eficazmente as suas funções, impondo assim, não só que os Estado-Membros garantam a existência de mecanismos eficazes de reação contenciosa das decisões das ARN, mas também um julgamento apoiado em conhecimento especializado e capaz de conhecer na sua plenitude a pretensão do operador que se considere lesado.⁸⁴

Com efeito, o artigo 8º, n.º 4, da diretiva *acesso*, ao fazer referência às obrigações que as ARN podem impor aos operadores, salienta que tais medidas basear-se-ão na natureza do problema identificado, e serão proporcionadas e justificadas à luz dos objetivos estabelecidos no artigo 8º da diretiva-*quadro*. Este artigo 8º da diretiva-*quadro* prevê que as ARN, no desempenho das suas funções de regulação, devem tomar todas as medidas razoáveis para realizar os objetivos ali fixados, que consistem em promover a concorrência na oferta de redes de comunicação e de serviços de comunicações eletrónicas, contribuir para o desenvolvimento do mercado interno e defender os interesses dos cidadãos da União.⁸⁵

Tendo isto em consideração, e levando como exemplo a obrigação de acesso e utilização de recursos de rede específicos tipificada no artigo 12º da diretiva *acesso*, é exigido às

⁸³ Ac. Upjohn, já referido, n.º 36.

⁸⁴ Na sua versão original, o n.º 2 do artigo 13º da LCE exigia a intervenção de três peritos, designados por cada uma das partes e o terceiro pelo tribunal, “para apreciar do mérito da causa”. Esta disposição pretendia adaptar o disposto na parte final do n.º 1 do artigo 4º da diretiva-*quadro*, na redação então em vigor, nos termos da qual deverá ser assegurado que “o organismo de recurso disponha dos conhecimentos especializados necessários ao desempenho das suas funções” e que “o mérito da causa seja devidamente apreciado e exista um mecanismo de recurso efetivo”. Na sequência da alteração do artigo 4º introduzida pela Diretiva 2009/140/CE, procedeu-se também à alteração do artigo 13º, n.º 2 da LCE que deixou de referir a intervenção obrigatória de peritos e à apreciação do mérito da decisão - NUNO PERES ALVES, *Direito ...*, pág. 383.

⁸⁵ No mesmo sentido, v. artigos 5º, n.º 1 e 8º, n.º 4 da diretiva *acesso*, 17º, n.º 2 da diretiva *serviço universal*.

ARN que as obrigações que impõem aos operadores sejam “razoáveis”, tendo em conta, diversos elementos, entre os quais se inclui o investimento inicial do proprietário dos recursos. Em seguida, o artigo 13º da referida diretiva, é dedicado às obrigações de controlo dos preços que a ARN poderá impor aos operadores. No seu nº 1, esta disposição enuncia que para incentivar os investimentos feitos pelo operador, nomeadamente nas redes de nova geração, as ARN devem ter em conta o investimento realizado por este, permitindo-lhe uma taxa razoável de rentabilidade sobre o capital investido. No entanto, no seu nº 2, a disposição acrescenta que os mecanismos de amortização de custos ou os mecanismos em matéria de fixação de preços impostos deverão suscitar “a promoção da eficiência e da concorrência sustentável e [maximizar] os benefícios para o consumidor”.

Do exposto, deduz-se que a proporcionalidade da obrigação imposta ao operador depende, entre outros fatores, do investimento inicial do proprietário dos recursos e da existência de um sistema de fixação de preços. Ora, esta análise não acarreta, de forma alguma, que tais circunstâncias condicionem automaticamente a apreciação da proporcionalidade. O que a Diretiva *acesso* exige às ARN é uma ponderação na qual entrem em jogo estes e outros fatores. Por conseguinte, o investimento inicial e o sistema de fixação de preços são elementos importantes no exame da proporcionalidade da medida.

Da interpretação dos artigos 8º e 12º da diretiva *acesso*, resulta que os órgãos de recurso devem sempre partir da premissa de que as ARN dispõem de uma ampla margem de manobra para imporem as obrigações que considerem necessárias aos operadores do mercado e, em especial, aos operadores com PMS.

Por isso, o órgão jurisdicional nacional quando procede à fiscalização da imposição de uma medida *ex ante* a uma empresa com PMS, deve, primeiro, analisar se a medida em causa está conforme com os objetivos enunciados na legislação da União.

Se os objetivos da medida estiverem em conformidade com os enunciados na legislação da União, o passo seguinte consiste na realização de uma fiscalização da adequação, necessidade e proporcionalidade, *stricto sensu*, da medida. Em primeiro lugar, deve ser apreciado se a medida adotada é objetivamente adequada para atingir os fins

prosseguidos. Em segundo lugar, deve ser avaliado se existem meios menos restritivos para atingir os referidos fins. Finalmente, a proporcionalidade em sentido estrito, implica a realização de uma ponderação entre os bens e interesses em jogo.

É precisamente no âmbito da última fase, a terceira etapa da fiscalização da proporcionalidade, que o órgão jurisdicional deve apreciar se a ARN pesou adequadamente a onerosidade da medida em relação aos benefícios obtidos com a mesma. Neste contexto, no caso dos artigos acima referidos da diretiva *acesso*, tem particular preponderância, por um lado, a avaliação do custo do investimento realizado pela empresa com PMS e, por outro, a existência de um sistema de fixação de preços que permita a este operador recuperar o investimento realizado, apesar da obrigação imposta.⁸⁶

Desta forma, compete ao órgão jurisdicional avaliar e decidir um recurso de um operador que se sinta afetado pela imposição, alteração ou supressão de uma medida *ex ante*, tendo em conta os critérios aqui expostos.

Para além disso, as disposições da diretiva-*quadro* e da diretiva *acesso* não obstam a que o órgão jurisdicional nacional examine a proporcionalidade de uma medida adotada pela ARN num mercado não concorrencial grossista, mas que propende a promover o objetivo de favorecer os utilizadores finais e os consumidores no ou nos mercados a jusante, abertos à concorrência.

Importa não esquecer, a este respeito, que, por força do artigo 8º, n.º 2, alínea a), e do artigo 4º da diretiva-*quadro*, as ARN devem, ao fomentar a concorrência, assegurar que os utilizadores obtenham o máximo benefício em termos de preços e defender os interesses dos cidadãos da União. No mesmo sentido, o artigo 13º, n.º 2, da diretiva *acesso*, determina que quando as ARN impõem mecanismos de amortização de custos, devem assegurar a otimização dos benefícios para o consumidor. Daqui decorre, que as ARN devem tomar em conta os interesses de todos os utilizadores finais e dos consumidores, independentemente do mercado em que as obrigações *ex ante* são

⁸⁶ V. neste sentido, conclusões do advogado-geral P. Cruz Villalón apresentadas no Ac. TDC, Proc. C-556/12, n.ºs 41 e 42.

impostas, e como tal, a apreciação destes interesses por parte das ARN não escapa à fiscalização jurisdicional.

Além disso, por os utilizadores finais e os consumidores não estarem, por definição, presentes nos mercados grossistas, é fundamental que os seus interesses possam ser levados em conta e avaliados no contexto do exame dos efeitos que a medida imposta pela ARN no mercado grossista visa obter no mercado retalhista.

Portanto, o conteúdo da fiscalização exercida sobre a decisão da ARN pode abranger o exame da proporcionalidade da obrigação imposta por esta autoridade à luz dos objetivos e dos princípios regulamentares estabelecidos pela diretiva-*quadro* (e *acesso*), incluindo o exame da circunstância segundo o qual a medida é imposta num mercado não concorrencial, mas que tende a promover o objetivo de favorecer os consumidores finais num mercado concorrencial.⁸⁷

Em sentido inverso, os órgãos jurisdicionais nacionais não podem exigir que a ARN demonstre que determinada obrigação *ex ante* realiza efetivamente os objetivos enunciados no artigo 8º da diretiva-*quadro*. Há que recordar que esta disposição prevê que as ARN, no exercício das suas funções de regulação especificadas nesta diretiva, bem como, na diretiva *acesso*, devem tomar todas as medidas razoáveis e proporcionais para realizar os objetivos fixados naquela disposição, que consistem em promover a concorrência no fornecimento das redes e dos serviços de comunicações eletrónicas, em contribuir para o desenvolvimento do mercado interno e em defender os interesses dos cidadãos da União.⁸⁸

Não se pode ignorar que a adoção de uma obrigação *ex ante* assenta numa análise prospetiva da evolução do mercado, que toma como referência, para mitigar os problemas de concorrência apurados, o comportamento e/ou os custos de um operador eficaz. Ora, tratando-se de medidas dirigidas para o futuro, é impossível ou excessivamente difícil produzir prova de que estas medidas realizarão efetivamente os objetivos enunciados no

⁸⁷ Neste sentido, v. Ac. Koninklijke KPN NV e o., Proc. C-28/15, n.º 55.

⁸⁸ Para realizarem estes objetivos, o artigo 5º, n.º 1 da diretiva *acesso* dispõe que as ARN devem exercer a sua responsabilidade de modo a promover a eficiência, a concorrência sustentável, o investimento eficaz e a inovação, e a proporcionar o máximo benefício aos utilizadores finais.

artigo 8º. Com efeito, um órgão jurisdicional nacional não pode, quando exerce uma fiscalização de uma decisão de um ARN, fazer recair sobre esta o ónus de provar que a referida obrigação realiza os objetivos da referida norma.

Não obstante, no caso de os órgãos jurisdicionais nacionais anularem a obrigação *ex ante* imposta aos operadores, por, na sua análise, terem constatado que esta não é necessária, adequada ou proporcional, não podem condenar a ARN a alterar o tipo de medida *ex ante*, isto é, não podem condenar as ARN a impor à empresa com PMS, certa e determinada medida, que, no seu entendimento, seja menos gravosa, mais adequada ou mais proporcional.

4.3 – AS RECOMENDAÇÕES

Como se explicou nos pontos em que se explanaram os procedimentos de consulta à CE para a imposição de obrigações *ex ante*, este órgão da UE pode emitir *recomendações* que poderão consubstanciar o tipo de obrigação *ex ante* imposta à ou às empresas com PMS. Identificámos dois momentos em que estas *recomendações* poderão ter um papel fundamental na decisão da ARN na escolha do tipo de obrigação *ex ante* a impor: no procedimento para a aplicação coerente de medidas corretivas, nomeadamente, no caso da alínea a), do n.º 5, do artigo 7º-A e, nas medidas de harmonização do artigo 19º, os n.ºs 1 e 2, ambos da diretiva-*quadro*.⁸⁹

Convém lembrar que no caso da alínea a), do n.º 5, do artigo 7º-A, a CE adota uma *recomendação* em que convida a ARN a alterar ou a retirar um projeto de medida que visa impor, alterar ou retirar uma obrigação a um operador com PMS, apresentado as suas propostas específicas para esse efeito. Por isso, uma ARN pode impor, alterar ou retirar uma obrigação *ex ante* com base nesta *recomendação*.

No caso do artigo 19º, caso constate que existem divergências na execução por parte das ARN, das funções regulatórias especificadas nas diretivas, e que estas divergências

⁸⁹ Artigos 57º-A, n.º 4, e 6º, n.º 4, da LCE, respetivamente;

podem criar um obstáculo ao mercado interno, a CE pode publicar uma *recomendação* sobre a aplicação harmonizada das disposições das diretivas.

Em ambos os casos, a emissão de *recomendações* por parte da CE tem como principal objetivo a aplicação harmonizada do quadro regulamentar e a prossecução dos objetivos enunciados no artigo 8º da diretiva-*quadro*.

4.3.1 – DEFINIÇÃO

O artigo 288º do TFUE dispõe que “para exercerem as competências da União, as instituições adotam regulamentos, diretivas, decisões, *recomendações* e pareceres. (...) As *recomendações* e os pareceres não são vinculativos”.

No âmbito das diretivas relativas ao quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações eletrónicas, as *recomendações* são um instrumento não vinculativo utilizado pela CE para transmitir aos Estados-Membros uma mensagem clara sobre as ações que devem empreender para atingir certo objetivo ou para corrigir uma situação, permitindo uma flexibilidade suficiente ao nível nacional quanto ao meio de atingir esse fim. Ao definir os objetivos a alcançar, as *recomendações* devem servir de catalisador para a elaboração de princípios coerentes, que deverão ser aplicados em toda a UE.

Tanto a nível nacional, como ao nível da UE, os diversos instrumentos de *soft law* possuem em comum uma característica essencial: não são vinculativos no sentido habitual. São um tipo de norma incompleta: por um lado, têm claramente a ambição normativa de incitar os destinatários a adotarem um comportamento conforme. Por outro lado, não estão articulados com instrumentos de coerção direta. Sendo habitualmente adotados na sequência de um processo de consulta às partes interessadas (numa abordagem da base para o topo), poderão conter “obrigações comedidas” ou “conselhos veementes” sob a forma de um “convite”.

As *recomendações* correspondem geralmente a esta descrição. No TFUE, as *recomendações* são definidas apenas em termos negativos: não são vinculativas (288º). Estas apresentam usualmente convites à adoção de uma certa conduta, de uma política ou

de regras consideradas adequadas pela CE em face do objetivo prosseguido. Porém, embora sejam claramente descritas como instrumentos não vinculativos⁹⁰, as *recomendações* podem gerar efeitos jurídicos significativos, no sentido de promoverem a adoção de um certo comportamento ou de modificarem a realidade normativa. São suscetíveis, por isso, de afetar os direitos e obrigações dos seus destinatários e de terceiros.

4.3.2 – EFEITOS JURÍDICOS

Ao nível da UE, as *recomendações* causam três tipos de efeitos jurídicos que devem ser mencionados. Em primeiro lugar, se a CE adota uma *recomendação* sobre o modo como as ARN devem prosseguir os objetivos do quadro regulamentar, é de prever que aquela siga essas mesmas *recomendações* nas suas próprias práticas e comportamentos.⁹¹

Em segundo lugar, é verosímil que as *recomendações* sejam utilizadas para clarificar o significado de conceitos jurídicos indeterminados contidos nas diretivas. Um exemplo notório (mas seguramente não exclusivo) é o caso das *recomendações* do artigo 19º que não são adotadas unicamente com base no artigo 292º⁹² do TFUE, mas com base numa diretiva, precisamente para concretizar os conceitos jurídicos nele enunciados e com isso complementá-la.

Em terceiro lugar, no acórdão Grimaldi, o TJUE já esclareceu em que circunstâncias podem ser adotadas *recomendações*: estas “são geralmente adotadas pelas instituições da Comunidade quando estas não dispõem, nos termos do Tratado, do poder de adotar atos obrigatórios, ou quando entendem que não há lugar à aplicação de regras vinculativas.”⁹³

⁹⁰ Atente-se que, como já se explicou, as ARN, quer num caso (7º-A), quer no outro (19º), não têm de seguir as *recomendações* da CE. Contudo, caso não o façam, terão de apresentar à CE uma justificação fundamentada para a sua posição.

⁹¹ Designadamente quando adote uma *recomendação* no âmbito do artigo 19º, e posteriormente, exerça o seu direito de veto nos termos do artigo 7º da diretiva-quadro ou emita uma outra *recomendação* nos termos do artigo 7º-A por a ARN não estar a respeitar a *recomendação* inicial (19º).

⁹² «A Comissão, bem como o Banco Central Europeu nos casos específicos previstos pelos Tratados, adota recomendações.»

⁹³ Ac. Grimaldi, Proc. C-322/88, n.º 13.

É, portanto, pacífico que uma *recomendação* tem por objetivo induzir os seus destinatários a adotarem um comportamento conforme. Se for bem-sucedida, ainda que parcialmente, moldará o leque de soluções normativas concebíveis (aceitáveis) para o futuro. Se as ARN atuarem em conformidade com uma determinada *recomendação*, é natural que, no processo legislativo que se poderá seguir, se concretize o disposto naquela *recomendação*. Deste modo, o que hoje é um instrumento de *soft law*, amanhã poderá ser de *hard law*.

Por seu turno, ao nível dos Estados-Membros, as *recomendações* também geram, pelo menos, três tipos de efeitos jurídicos, sendo que, o seu exato alcance dependeria da relevância atribuída ao princípio da cooperação leal no contexto destes atos de direito derivado.

Em primeiro lugar, quais são os deveres exatos das ARN relativamente a uma *recomendação*? Na sua articulação do dever de cooperação leal no seio da UE, a redação do artigo 4º, n.º 3, do TUE é, sem hesitação, muito abrangente e tem potencialmente consequências de grande alcance. Poder-se-ia argumentar que, uma vez que esta disposição só refere “obrigações” e que, de acordo com o artigo 288º do TFUE, as *recomendações* não são vinculativas, estas não podem, por definição, criar quaisquer obrigações e, como tal, não estão de modo algum abrangidas pelo artigo 4º, n.º 3, do TUE.

Todavia, não entendo que essa perceção do artigo 4º, n.º 3, do TUE, expresse verdadeiramente a abordagem interpretativa a essa disposição que o TJUE tem vindo a adotar há já algum tempo. O dever de cooperação leal é geralmente aplicado ao nível dos princípios, nem sempre visa uma disposição concreta e específica ou uma obrigação jurídica individual.⁹⁴

Ainda que se parta do princípio de que não existe uma obrigação positiva de aplicar uma *recomendação*, poderá o mesmo ser dito de obrigações potencialmente “mais moderadas” dos Estados-Membros, como a obrigação de tomar em consideração uma *recomendação*

⁹⁴ V. por analogia, casos em que a cooperação leal foi utilizada para criar obrigações no contexto do efeito direto, da responsabilidade dos Estados-Membros por violação do direito da UE ou da adoção de sanções (respetivamente, por exemplo, Ac. Comet, Proc. C-45/76, n.º 12; Ac. Amsterdam Bulb, Proc. C-50/76, n.º 32; e Ac. Francovich, Proc. C-6/90 e C-9/90, n.º 36).

quando adotam legislação num determinado domínio? Esse efeito talvez seja mais perceptível nas *recomendações* do artigo 19º da diretiva-*quadro*, que podem ser usadas para materializar conceitos jurídicos contidos nas diretivas.

Não é exetável que ao executar o disposto nas diretivas a que determinada *recomendação* está, de certa forma, associada, um Estado-Membro o fizesse de acordo com as clarificações ou harmonizações constantes dessa *recomendação*? Salvo melhor opinião, a resposta tem de ser afirmativa, porque caso contrário, para que serviriam então as *recomendações* emitidas ao abrigo do artigo 19º da diretiva-*quadro*? Portanto, é incontestável que as *recomendações* produzem efeitos jurídicos reais e consideráveis.

Em segundo lugar, que tipo de efeitos poderiam as *recomendações* produzir no contexto das regras e procedimentos nacionais? No acórdão Grimaldi, o TJUE deixou claro que é possível apresentar um pedido de decisão prejudicial sobre a interpretação de uma *recomendação*.⁹⁵ Resta saber se um órgão jurisdicional nacional pode requerer ao TJUE para se pronunciar sobre a validade de uma *recomendação*. Neste acórdão, o TJUE parece ter confirmado a hipótese de apresentar tal pedido.⁹⁶

Afigura-se, assim, que o TJUE terá claramente vaticinado que uma *recomendação* produzirá efeitos jurídicos ao nível nacional, mais que não seja, por se pretender que seja tomada em consideração nos Estados-Membros, independentemente do que isso represente na prática.

Acrescente-se ainda, que o TJUE já admitiu, no âmbito de um processo de reenvio prejudicial, vários atos não vinculativos da UE que tinham tido repercussões ao nível nacional, incluindo, um comunicado de imprensa do BCE.⁹⁷

⁹⁵ “Ora, convém recordar que, segundo jurisprudência assente, o facto de um ato de direito comunitário ser desprovido de efeito obrigatório não constitui obstáculo a que o Tribunal decida, no âmbito de um processo prejudicial, nos termos do artigo 177º, sobre a interpretação desse ato” - V. Ac. Deutsche Shell, *idem*, n.º 18 e jurisprudência referida, e Ac. Grimaldi, *idem*, n.º 9.

⁹⁶ “(...) diferentemente do que acontece com o artigo 173º do Tratado CEE, que afasta a fiscalização pelo Tribunal de atos com a natureza de recomendações, o artigo 177º atribui ao Tribunal competência para decidir, a título prejudicial, sobre a validade e a interpretação de atos adotados pelas instituições da Comunidade, sem qualquer exceção” – Ac. Grimaldi, *idem*, n.º 8.

⁹⁷ V. Ac. Gauweiler e o., Proc. 62/14. O TJUE não examinou a admissibilidade do recurso de um comunicado de imprensa enquanto tal. V., porém, conclusões do advogado-geral P. Cruz Villalón, neste processo, n.º 70 e segs.

Deste modo, uma *recomendação*, aparentemente, sem natureza vinculativa, pode ser objeto de um pedido de decisão prejudicial respeitante quer à sua interpretação quer à sua validade. Julgo que esse é o único entendimento possível num sistema completo de vias de recurso.⁹⁸ A finalidade das *recomendações* é induzir um comportamento conforme. Imaginemos um Estado-Membro que, tendo agido de boa-fé e num espírito de cooperação leal, transpôs uma *recomendação* para o direito interno. Através de um ato legislativo nacional, esse Estado-Membro impôs obrigações aos particulares ao nível nacional. Se esse ato legislativo for impugnado perante os órgãos jurisdicionais nacionais, seria algo extraordinário que estes se recusassem a fiscalizar a legalidade do instrumento que constitui a base substantiva desse ato, ou seja, a *recomendação* da UE⁹⁹, com o argumento, de que essas obrigações tinham sido criadas por um ato legislativo nacional, não por um instrumento de direito da UE, e que o Estado-Membro o tinha feito por sua livre vontade.

Em terceiro e último lugar, o mais importante tipo de obrigações relativas às *recomendações* reconhecido, até à data, pelo TJUE é o dever que incumbe aos órgãos jurisdicionais nacionais de as terem em consideração ao interpretarem legislação nacional que executa essas disposições. É manifesto que as *recomendações* não podem, por si, criar direitos invocáveis pelos particulares perante um juiz nacional.¹⁰⁰ Porém, no acórdão Grimaldi, o TJUE ainda acrescentou que as *recomendações* “não podem ser considerad[as] como desprovid[as] de qualquer efeito jurídico. Com efeito, os juízes nacionais terão que tomar em consideração as *recomendações* para resolver litígios que lhes são submetidos, nomeadamente quando estas auxiliem a interpretação de disposições nacionais adotadas com a finalidade de assegurar a respetiva execução, ou ainda quando se destinem a completar disposições comunitárias com carácter vinculativo”.¹⁰¹

⁹⁸ V. por exemplo, Ac. Les Verts/Parlamento, Proc.294/83, n.º 23, e Ac. Rosneft, Proc. C-72/15, n.º 66.

⁹⁹ Designadamente em situações em que a impugnação do ato nacional de transposição perante órgãos jurisdicionais nacionais simplesmente reflete a mesma questão potencial da própria *recomendação* – v. sobre esta matéria, por analogia, Ac. Melki e Abdeli, Proc. C-188/10 e C-189/10, n.ºs 54 a 55.

¹⁰⁰ V. Ac. Grimaldi, *idem*, n.º 16; Deutsche Shell, *idem*, n.º 18; e ainda, Ac. Altair Chimica, *idem*, n.º 41.

¹⁰¹ Ac. Grimaldi, *idem*, n.º 18.

Cumprе destacar que, até ao momento, o TJUE só reconheceu tais efeitos jurídicos interpretativos no caso das *recomendações*, diferenciando-as assim dos restantes atos da UE sem natureza vinculativa.¹⁰²

No entanto, o que significa exatamente a “obrigação de tomar em consideração”? São possíveis várias interpretações. A primeira, corresponderia a uma obrigação de interpretação conforme, isto é, de impor aos órgãos jurisdicionais nacionais um dever de interpretar o direito nacional em conformidade com as *recomendações*.¹⁰³ No outro extremo, “tomar em consideração” poderia também significar “analisar” e, depois, poder escolher ignorar completamente o disposto na *recomendação*.

Não nos parece que sejam estes os significados que o TJUE quis dar àquela expressão. Tendemos a, em teoria, formular uma posição intermédia: um órgão jurisdicional será, pelo menos, obrigado a fundamentar pormenorizadamente uma decisão que se desvie de uma *recomendação* da CE, sem estar declaradamente sujeito a um dever de interpretar o direito nacional em conformidade. Até porque, convém relembrar, o direito nacional neste sector é senão mais do que a transposição das diretivas europeias.¹⁰⁴

Esta hipótese já foi formulada, no passado, em relação a outro tipo de instrumento de *soft law*.¹⁰⁵ Embora, até à data, o TJUE só tenha imposto tal dever sobre o próprio autor de regras de conduta estabelecidas em orientações ou medidas internas que produzam efeitos externos,¹⁰⁶ não se pode rejeitar a hipótese de esse traço jurisprudencial poder ser também aplicável às *recomendações*, que são, certamente, uma forma de *soft law* mais avançada

¹⁰² Designadamente, o TJUE negou-se a reconhecer que as comunicações da CE produzissem tal efeito jurídico – v. Ac. Expedia, Proc. C-226/11, n.º 31.

¹⁰³ Como jurisprudência consolidada, referentes a diretivas, os Ac. Pfeiffer, Proc. C-397/01 a C-403/01, n.ºs 114 a 115, e Ac. Adeneler e o., Proc. C-212/04, n.ºs 108 e 109.

¹⁰⁴ Neste sentido, conclusões do advogado-geral Michel Bobek apresentadas no Ac. Reino da Bélgica contra CE, Proc. C-16/16 P, n.º 100.

¹⁰⁵ V. conclusões no Ac. Expedia, Proc. C-226/11, n.ºs 38 e 39, em que a advogada-geral J. Kokott defendeu que as AdC e os tribunais nacionais devem ter devidamente em conta as comunicações da CE em matéria de política da concorrência. Naquele caso concreto, esse dever implicava, em especial, que essas AdC teriam de tomar em consideração as valorações acerca do carácter sensível das restrições da concorrência, expressas pela CE nessas comunicações, e, em caso de divergência, justificá-la apresentando motivos suscetíveis de verificação judicial.

¹⁰⁶ V. Ac. Dansk Rørindustri e o./Comissão, Proc. C-189/02 P, n.ºs 209 a 211.

e requintada, uma vez que são um dos atos tipificados no artigo 288º do TFUE e devem ser tomadas em consideração pelos órgãos jurisdicionais nacionais.¹⁰⁷

4.3.3 – FISCALIZAÇÃO DE OBRIGAÇÕES IMPOSTAS COM BASE EM RECOMENDAÇÕES

Antes de mais, cumpre mencionar que por determinada obrigação *ex ante* ser baseada numa *recomendação* da CE, em nada belisca a competência dos órgãos jurisdicionais nacional de fiscalizar a sua proporcionalidade relativamente aos objetivos enunciados no artigo 8º da diretiva-*quadro*. Todavia, como já indiquei, as *recomendações* devem ser devidamente tomadas em conta pelo órgão jurisdicional nacional e, como tal, as obrigações *ex ante* baseadas em *recomendações*, gozam, na minha opinião, de uma presunção de proporcionalidade à luz dos objetivos do referido artigo 8º.

Assim, podemos considerar que o exame da proporcionalidade da obrigação relativamente aos objetivos do artigo 8º, deveria levar o órgão jurisdicional, em aplicação das regras nacionais relativas às modalidades processuais dos recursos jurisdicionais, incluindo as relativas ao ónus da prova, a apurar, não só se o recorrente apresentou elementos de prova suficientes suscetíveis de ilidir esta presunção, atendendo, se assim o entender, às características particulares do mercado em causa, mas também se a ARN fundamentou devidamente a imposição daquela obrigação.¹⁰⁸

Dito isto, fica a questão: poderá um tribunal, na fiscalização de uma decisão de uma ARN, que impôs uma obrigação *ex ante* com base numa *recomendação*, decidir em sentido diverso dessa *recomendação*?

Na sequência do que se defendeu no ponto anterior, a resposta é afirmativa. Todavia, no exercício dessa competência, um órgão jurisdicional nacional deve agir com extrema prudência se tencionar afastar-se das apreciações de natureza económica, técnica e

¹⁰⁷ V. Ac. Expedia, *idem*, n.º 26.

¹⁰⁸ V. Ac. Koninklijke KPN e o., Proc. C-28/15, n.º 52.

contabilística submetidas à sua consideração, baseadas numa *recomendação* da CE, como é exemplo disso a *Recomendação 2009/396*.

Não existem dúvidas de que um órgão jurisdicional nacional ao qual tenha sido apresentado um recurso de uma decisão de uma ARN, que “aplique” uma *recomendação*, não está vinculado pelas avaliações vertidas nesta última.

Como já se afirmou, nos termos do artigo 288º do TFUE, as *recomendações* não têm efeitos jurídicos vinculativos, o que é certificado pelo artigo 19º, n.º 2 da diretiva-*quadro*, o qual exige que as ARN tenham na melhor conta as *recomendações* da CE adotadas com base no n.º 1 desta norma, mas que autoriza explicitamente que estas não as sigam, desde que informem a CE e lhe transmitam a fundamentação da sua posição.¹⁰⁹

Contudo, convém lembrar que o TJUE reconheceu em várias situações, que apesar de as *recomendações* não produzirem efeitos vinculativos, não estão desprovidas de todo e qualquer efeito jurídico. Com efeito, os órgãos jurisdicionais nacionais são também obrigados a tomá-las em consideração para a resolução de litígios que lhes são sujeitos, nomeadamente quando elas esclarecem a interpretação de disposições nacionais adotadas com o objetivo de garantir a sua aplicação, ou quanto têm por objeto completar disposições de direito da UE com carácter vinculativo (como as diretivas).

Vejamos o caso da *Recomendação 2009/396*, adotada com base no artigo 19º, n.º 1 da diretiva-*quadro*, na sequência da constatação, por parte da CE, de divergências e de incoerências no desempenho das funções reguladoras das ARN relativas à fixação das tarifas de terminação de chamadas fixas e móveis na UE, visando, portanto, a aplicação harmonizada das disposições das diretivas *quadro* e *acesso*.

Se for submetida à apreciação de um órgão jurisdicional nacional uma obrigação *ex ante* com base nesta *recomendação*, este não pode ignorar que esta foi precisamente adotada na sequência da constatação de divergências e de incoerências importantes entre as ARN ao nível da UE quanto à fixação das tarifas de terminação de chamadas fixas e móveis, as

¹⁰⁹ V. neste sentido Ac. Comissão/Lituânia, Proc. 274/07, n.º 50.

quais, segundo o considerando 7 desta *recomendação*, criaram graves distorções da concorrência.

O convite endereçado às ARN nesta *recomendação* tem como fim fazer convergir as obrigações tarifárias que estas impõem nos termos do artigo 13º da diretiva *acesso*, de modo a assegurar a realização de uma concorrência efetiva no mercado interno, igualmente vantajosa para os utilizadores finais e para os consumidores.

Por isso, é que no exercício de uma fiscalização jurisdicional de uma obrigação *ex ante* imposta com base nesta *recomendação* num *mercado relevante* de determinado Estado-Membro, o órgão jurisdicional deve exercer a sua competência com ponderação e prudência se considerar que se deve afastar desta *recomendação*, conforme foi aplicada pela ARN.

Com efeito, é nosso entendimento que há que presumir que as *recomendações* da CE constituem uma medida adequada para evitar as distorções da concorrência e obter os máximos benefícios para os consumidores finais. Por outro lado, há que garantir que as distorções de concorrência ao nível da UE, destacadas nesta *Recomendação 200/396*, e que esta pretende nivelar e reduzir, não sejam reintroduzidas pelos órgãos jurisdicionais nacionais, ou pelo menos que estes só possam sustentar-se em fundamentos sérios para se afastarem do recomendado pela CE e aplicado por uma ARN.

Por isso, tendo em conta tudo o aqui exposto, designadamente o papel locomotiva da CE, e considerando que as normas de direito interno dos Estados-Membros resultam da transposição das diretivas do quadro regulamentar, não nos parece que os órgãos jurisdicionais se possam afastar das *recomendações*, fundamentados em questões puramente jurídicas.

Em contrapartida, só considerações relativas a circunstâncias factuais, em especial as características específicas de cada mercado de cada Estado-Membro, poderão, na nossa opinião, ser suscetíveis de levar um órgão jurisdicional nacional a afastar-se do preconizado numa *recomendação* da CE emitida nos termos dos artigos 7º-A ou 19º.

Portanto, um órgão jurisdicional nacional, ao qual tenha sido submetido um litígio relativo à legalidade de uma obrigação regulamentar *ex ante*, em aplicação de uma

recomendação, pode afastar-se de tal *recomendação*, adotada em conformidade com o artigo 19º, n.º 1 da diretiva-*quadro*, se esse órgão jurisdicional nacional considerar que por motivos relacionados com as circunstâncias factuais, em especial, as características específicas do mercado do Estado-Membro em questão, assim o impõem.¹¹⁰

¹¹⁰ V. neste sentido, Ac. Koninklijke KPN e o., *idem*, n.º 43.

5 – CONCLUSÃO

Com este estudo propusemo-nos a tratar o tema do controlo jurisdicional das obrigações regulamentares *ex ante* no sector das comunicações eletrónicas. Foi nosso objetivo dar conta, primeiro, do contexto em que decorreu o processo de liberalização do sector, onde a UE teve um papel decisivo, quer no plano político-legislativo, quer no plano da regulação administrativa. Também por isso, é que, concluída a fase de *market building*, as diretivas europeias que estabelecem o regime jurídico aplicável às redes e serviços de comunicações eletrónicas dos Estados-Membros, atribuem poderes significativos à CE na regulação sectorial do mercado, designadamente ao estabelecer procedimentos de consulta a este órgão para a imposição de obrigações regulamentares e ao permitir que esta adote *recomendações* sobre a aplicação das diretivas que devem ser levadas na máxima conta pelas ARN.

Portanto, fazendo nossas as palavras do Prof. Pedro Costa Gonçalves, “a regulação das comunicações electrónicas apresenta-se, em todos os níveis (político, legislativo e administrativo), como uma regulação europeia. É verdade que a própria legislação comunitária entrega às autoridades reguladoras nacionais relevantes funções de regulação. Mas, bem vistas as coisas, essas autoridades reguladoras nacionais estão-se convertendo em *agências de execução geograficamente desconcentrada da regulamentação comunitária*. Ou seja, embora “nacionais” em termos geográficos e humanos, as autoridades reguladoras constituem na realidade autoridades integradas na administração comunitária”.¹¹¹

Por isso e face ao exposto nesta dissertação, podemos concluir que o controlo jurisdicional efetivo das obrigações regulamentares *ex ante* é diminuído, não pelas diretivas, que impõem aos Estados-Membros a existência de mecanismos de recurso para que os particulares possam agir contra as decisões das ARN, mas sim por todo o “sistema” de regulação europeu neste sector.

Senão vejamos, as legislações nacionais são a transposição mais ou menos exata das diretivas europeias; a atividade das ARN, no que concerne à imposição de obrigações

¹¹¹ PEDRO GONÇALVES, *Regulação...*, pág.126.

regulamentares, é completamente supervisionada e controlada pela CE, tendo esta uma ação direta nas medidas impostas; a interpretação e a aplicação das diretivas é concretizada através de decisões ou *recomendações* da CE com efeitos jurídicos nos ordenamentos jurídicos nacionais e que os órgãos jurisdicionais nacionais devem ter em conta na resolução de litígios.

Perante isto, apesar dos órgãos jurisdicionais nacionais serem totalmente independentes e não obstante terem de respeitar o princípio da cooperação leal, quando procedem à verificação da legalidade de uma obrigação regulamentar imposta por uma ARN, nomeadamente da sua proporcionalidade, necessidade e adequação, seja esta imposta com base numa *recomendação* ou não, o que está em causa é uma medida aplicada pela própria CE a uma empresa que foi designada como tendo PMS pela CE, num *mercado relevante* identificado e analisado pela CE.

E como se demonstrou, a CE é o órgão europeu com maior conhecimento, experiência e poder de ação na regulação sectorial no mercado das comunicações eletrónicas.

Assim, os órgãos jurisdicionais nacionais quando procedem ao controlo jurisdicional das obrigações regulamentares *ex ante* estão, quer no âmbito do direito, quer no âmbito dos factos, completamente cercados pela ação da CE que abarca por completo toda a ação das ARN, dotando todas as medidas por estas impostas de uma quase certeza de adequação legal e de pleno ajuste às circunstâncias de facto.

Ressalvando melhor opinião, apesar de o TJUE não o dizer expressamente, é este o entendimento vertido no Ac. Koninklijke KPN e o., no qual assume que os órgãos jurisdicionais nacionais se podem afastar das *recomendações* da CE, fazendo, no entanto, algumas salvaguardas que praticamente invalidam esse afastamento. Designadamente, quando chama a atenção para o facto de que estes órgãos têm, também eles, de respeitar os objetivos presentes nas diretivas e que, como tal, quando pensarem em afastar-se das *recomendações* da CE, devem fazer com extrema prudência, fundamentando a sua decisão.

Conclui-se, portanto, que muito dificilmente um órgão jurisdicional nacional irá decidir contra uma ARN e a favor de um operador do mercado, anulando uma obrigação

regulamentar *ex ante* e com isso poder colocar em causa, ou no mínimo poder influenciar, os objetivos regulatórios traçados nas diretivas e preconizados pela CE, designadamente a aplicação harmonizada do quadro regulamentar e consequentemente a criação e consolidação de um mercado comum europeu no sector das comunicações eletrónicas.

6 – BIBLIOGRAFIA

- ALVES, NUNO PERES, *Direito Administrativo das Telecomunicações*, in Tratado de Direito Administrativo Especial, Vol. V, Almedina;
- CABO, SÉRGIO GONÇALVES, *Regulação e Concorrência no Sector das Comunicações Eletrónicas*, in *Regulação em Portugal: novos tempos, novo modelo?*, Almedina, 2009;
- DUARTE, MARIA LUÍS, *O artigo 10º do Tratado da Comunidade Europeia: expressão de uma obrigação de cooperação entre os poderes nacionais e as instituições comunitárias*, in *Estudos de Direito da União Europeia e das Comunidades*, Vol. I, 2000;
- FERNANDES, SOPHIE PEREZ, *A cooperação entre a Comissão Europeia e os tribunais nacionais no quadro do direito da concorrência da União – o art.15º do Regulamento (CE) n.º 1/2003*, in *Scientia Iuridica*, Set-Dez. 2011, Tomo LX, n.º 327, Universidade do Minho;
- GONÇALVES, PEDRO, *Regulação, Eletricidade e Telecomunicações. Estudos de Direito Administrativo da Regulação*, Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE), Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra Editora, 2008;
- GONÇALVES, PEDRO, *Direito das Telecomunicações*, Almedina, 1999;
- LOBO, CARLOS BAPTISTA, *Sectores em rede: regulação para a concorrência: enquadramento jurídico-económico das redes físicas (telecomunicações, energia e transportes) e das redes virtuais*, Almedina, 2009;
- MARTINS, CLÁUDIA FERNANDES, *Contributo para o estudo das relações entre a Comissão Europeia, as autoridades nacionais de concorrência e os*

- tribunais nacionais na aplicação dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE*, Tese de Mestrado sob orientação do Prof. Fausto de Quadros, FDUL, 2009;
- QUADROS, FAUSTO DE, *Direito da União Europeia*, Almedina, 2013;
- RODRIGUES, NUNO CUNHA, *A definição de mercados relevantes no direito europeu e português da concorrência: teoria e prática*, in *Revista de Concorrência e Regulação*, n.º 26 (Abr-Jun 2016), AAFDL;
- SALTARI, LORENZO, “*I procedimenti comunitari composti: il caso delle telecomunicazioni*”, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2005;

7 – LISTA DE JURISPRUDÊNCIA CONSULTADA

- Acórdão do Tribunal de 16 de dezembro de 1976, Comet BV contra Produktschap voor Siergewassen, Proc. C-45/76;
- Acórdão do Tribunal de 2 de fevereiro de 1977, Amsterdam Bulb BV contra Produktschap voor Siergewassen, Proc. C-50/76;
- Acórdão do Tribunal de 23 de abril de 1986, Partido Ecologista "Les Verts" contra Parlamento Europeu, Proc.294/83;
- Acórdão do Tribunal (Segunda Secção) de 13 de dezembro de 1989, Salvatore Grimaldi contra Fonds des maladies professionnelles, Proc. C-322/88;
- Acórdão do Tribunal de 19 de novembro de 1991, Andrea Francovich e Danila Bonifaci e outros contra República Italiana, Proc. C-6/90 e C-9/90;
- Acórdão do Tribunal de 14 de dezembro de 1995, Peterbroeck, Van Campenhout & Cie SCS contra o Estado Belga, Proc. C-312/93;
- Acórdão do Tribunal de 15 de setembro de 1998, Edilizia Industriale Siderurgica Srl (Edis) contra Ministero delle Finanze, Proc. C-231/96;
- Acórdão do Tribunal de 1 de dezembro de 1998, B.S. Levez contra T.H. Jennings (Harlow Pools) Ltd., Proc. C-326/96;
- Acórdão do Tribunal (Quinta Secção) de 21 de janeiro de 1999, Upjohn Ltd contra The Licensing Authority established by the Medicines Act 1968 e o., Proc. C-120/97;

- Acórdão do Tribunal (Primeira Secção) de 17 de junho de 2004, Recheio - Cash & Carry SA contra Fazenda Pública/Registo Nacional de Pessoas Coletivas, e Ministério Público, Proc. C-30/02;
- Acórdão do Tribunal (Grande Secção) de 5 de outubro de 2004, Bernhard Pfeiffer, Wilhelm Roith, Albert Süß, Michael Winter, Klaus Nestvogel, Roswitha Zeller e Matthias Döbele contra Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut eV., Proc. C-397/01 a C-403/01;
- Acórdão do Tribunal (Primeira Secção) de 9 de junho de 2005, HLH Warenvertriebs GmbH e Orthica BV contra Bundesrepublik Deutschland, Proc. C-211/03, C-299/03 e C-316/03 a C-318/03;
- Acórdão do Tribunal (Grande Secção) de 28 de junho de 2005, Dansk Rørindustri A/S, Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH e outros, KE KELIT Kunststoffwerk GmbH, LR af 1998 A/S, Brugg Rohrsysteme GmbH, LR af 1998 (Deutschland) GmbH e ABB Asea Brown Boveri Ltd contra Comissão das Comunidades Europeias, Proc. C-189/02 P;
- Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 4 de julho de 2006, Konstantinos Adeneler e outros contra Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG), Proc. C-212/04;
- Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção) de 21 de fevereiro de 2008, Tele2 Telecommunication GmbH contra Telekom-Control-Kommission, Proc. C-426/05;
- Acórdão do Tribunal de Justiça (Quarta Secção) de 24 de abril de 2008, Arcor AG & Co. KG contra Bundesrepublik Deutschland, Proc.C-55/06;
- Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção) de 11 de setembro de 2008, Comissão das Comunidades Europeias contra República da Lituânia, Proc. 274/07;
- Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 22 de junho de 2010, Aziz Melki e Sélim Abdeli, Proc. C-188/10 e C-189/10;
- Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção) de 13 de dezembro de 2012, Expedia Inc. contra Autorité de la concurrence e o., Proc. C-226/11;

- Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) de 22 de janeiro de 2015, T-Mobile Áustria GmbH contra Telekom-Control-Kommission, Proc. C-282/13;
- Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 16 de junho de 2015, Peter Gauweiler e o. contra Deutscher Bundestag, Proc. 62/14;
- Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção) de 15 de setembro de 2016, Koninklijke KPN NV e o. contra Autoriteit Consument en Markt, Proc. C-28/15;
- Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 28 de março de 2017, PJSC Rosneft Oil Company contra Her Majesty's Treasury e o., Proc. C-72/15;
- Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 20 de fevereiro de 2018, Reino da Bélgica contra Comissão Europeia, Proc. 16/16 P;
- Conclusões do advogado-geral P. Cruz Villalón apresentadas no Ac. TDC, Proc. C-556/12;
- Conclusões do advogado-geral P. Cruz Villalón apresentadas no Ac. Gauweiler e o., Proc. 62/14;
- Conclusões do advogado-geral Michel Bobek apresentadas no Ac. Reino da Bélgica contra CE, Proc. C-16/16 P.