

## CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL

YVES BOT

apresentadas em 15 de Abril de 2010<sup>1</sup>

1. Num momento em que foi criado o novo Organismo de Reguladores Europeus das Comunicações Electrónicas (ORECE)<sup>2</sup>, é submetida ao Tribunal de Justiça uma nova questão prejudicial, relativa à execução de uma das principais medidas da reforma das telecomunicações, a saber o direito dos consumidores europeus à portabilidade do seu número, consagrado no artigo 30.º da Directiva 2002/22/CE<sup>3</sup>.

atribui às autoridades reguladoras nacionais (a seguir «ARN») uma missão de fiscalização no que diz respeito não apenas aos custos de interligação em que incorrem os operadores para assegurar a portabilidade dos números, como também ao montante dos encargos cobrados que, para esse efeito, podem eventualmente cobrar aos assinantes. Com efeito, essa disposição dá aos operadores a escolha de repercutirem ou não sobre o assinante os custos que suportaram para executarem esse serviço. Quando o encargo é facturado, não pode ser dissuasor, de acordo com essa disposição.

2. Este direito oferece a qualquer assinante a possibilidade de manter o seu número no caso de mudança de operador, mediante eventual pagamento de um encargo. O artigo 30.º, n.º 2, da directiva «serviço universal»

3. O Acórdão Mobistar<sup>4</sup>, de 13 de Julho de 2006, permitiu ao Tribunal de Justiça prestar algum esclarecimento no que diz respeito à margem de apreciação de que dispõem as ARN ao analisarem o montante dos custos de interligação em que incorrem os operadores. O presente processo oferece agora ao Tribunal de Justiça a possibilidade de esclarecer a forma como devem as ARN, muito concretamente, examinar a fixação das tarifas da oferta de portabilidade aos assinantes.

1 — Língua original: francês.

2 — O legislador da União adoptou, a 25 de Novembro de 2009, um novo quadro regulamentar para as redes e serviços de comunicações electrónicas. Foi neste âmbito que foi criado o novo ORECE a 28 de Janeiro de 2010, em conformidade com o Regulamento (CE) n.º 1211/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Novembro de 2009, que cria o Organismo de Reguladores Europeus das Comunicações Electrónicas (ORECE) e o Gabinete (JO L 337, p. 1).

3 — Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho de 7 de Março de 2002, relativa ao «serviço universal» e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações electrónicas (directiva «serviço universal») (JO L 108, p. 51).

4 — C-438/04, Colect., p. I-6675.

4. O pedido de decisão prejudicial foi submetido no âmbito de um litígio que opõe a Polska Telefonia Cyfrowa sp. zoo ao Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (presidente da autoridade das comunicações electrónicas, a seguir «presidente da UKE»), a respeito de uma decisão deste último de condenar a recorrente ao pagamento de uma coima de 100 000 PLN (aproximadamente 24 350 euros) por violação das disposições aplicáveis à portabilidade dos números. O presidente da UKE considerou que os encargos cobrados pela recorrente aos assinantes, de um montante de 122 PLN (aproximadamente 29,70 euros), era susceptível de os desincentivar de requerer a portabilidade dos seus números. Neste sentido, o presidente da UKE considerou que o montante desses encargos devia ser fixado não em função dos custos em que incorrem os operadores, mas sim da percepção dos consumidores e, em particular, dos resultados de uma sondagem de opinião.

coloca é, portanto, a de saber como melhor fiscalizar a tarificação desse serviço.

6. Consequentemente, o Sąd Najwyższy (Supremo Tribunal) (Polónia) pergunta ao Tribunal de Justiça sobre se, no âmbito da sua missão de fiscalização, as ARN são obrigadas a ter em conta os custos de portabilidade do número em que incorrem os operadores ao apreciar o carácter dissuasivo do encargo cobrado ao assinante.

7. Explicaremos nas presentes conclusões as razões pelas quais entendemos que, tendo em conta a sistemática geral em que se insere a oferta de portabilidade e os objectivos do legislador da União nesta matéria, as ARN não podem abstrair-se dos custos em que incorrem os operadores ao apreciar o montante da fixação das tarifas da oferta de portabilidade aos assinantes.

5. Na presente lide, o Tribunal de Justiça não é chamado a conhecer da gratuidade do serviço de portabilidade. Embora, actualmente, um certo número de Estados-Membros tenha legislado nesse sentido, a disposição em causa não permite obrigar um operador a oferecer o serviço gratuitamente. Pode, assim, optar, de acordo com essa disposição e com o direito nacional aplicável, por facturar ao assinante um encargo para o efeito. A questão que se

8. Referiremos também as nossas dúvidas quanto ao método seguido pelo presidente do UKE, que acaba por basear uma sanção administrativa unicamente numa sondagem de opinião.

## I – Enquadramento Jurídico

### A – Legislação da União

9. A abertura do sector das telecomunicações à concorrência operou-se através de três grandes vertentes, a saber a liberalização, a harmonização e a aplicação das regras da concorrência às empresas de telecomunicações<sup>5</sup>.

10. O processo de liberalização do sector das telecomunicações começou em 1988. Através da adopção das directivas 88/301/CEE, 90/388/CEE e 96/19/CE<sup>6</sup>, e com um

5 — Para uma perspectiva de conjunto, v. Bazex, M., «Le droit communautaire et l'accès des entreprises du secteur concurrentiel aux réseaux publics», *Revue des affaires européennes*, 1994/2, p. 103; Encaoua, D., e Flochel, L., «Droit des télécommunications: entre déréglementation et régulation – La tarification: du monopole à la concurrence régulée», *L'actualité juridique – Droit administratif*, AJDA, 1997, p. 254; Ravaoli, P., «Le cadre législatif européen des télécommunications et son application», *Revue du Marché Unique Européen*, n.º 3, 1997, p. 175, e Geradin, D., «L'ouverture à la concurrence des entreprises de réseau – Analyse des principaux enjeux du processus de libéralisation», *Cahiers de Droit Européen*, 1999, n.º 1 e 2, p. 13.

6 — V., respectivamente, directivas da Comissão de 16 de Maio 1988, relativa à concorrência nos mercados de terminais de telecomunicações (JO L 131, p. 73); e de 28 de Junho de 1990, relativa à relativa à concorrência nos mercados de serviços de telecomunicações (JO L 192, p. 10), e de 13 de Março de 1996, que altera a Directiva 90/388/CEE no que diz respeito à introdução da plena concorrência nos mercados das telecomunicações (JO L 74, p. 13).

calendário preciso, o legislador da União organizou a supressão dos direitos especiais e exclusivos de que gozavam geralmente os históricos operadores de telecomunicações sobre os terminais (a saber, os direitos de importação, de comercialização, de colocação em serviço e manutenção) e sobre o fornecimento de serviços de telecomunicações. Desde 1 de Janeiro de 1998, este mercado está, em princípio, inteiramente liberalizado.

11. Paralelamente às directivas de liberalização adoptadas pela Comissão das Comunidades Europeias, o Conselho da União Europeia adoptou uma série de medidas de harmonização com base no artigo 100.ºA do Tratado CE (artigo 95.º CE, após alteração). No centro desta legislação, a Directiva 90/387/CEE<sup>7</sup> estabeleceu normas comuns para a fixação das tarifas do fornecimento de uma rede aberta de telecomunicações. A Directiva 97/33/CE<sup>8</sup> veio completar a directiva-quadro de 1990, ao estabelecer medidas mais específicas com

7 — Directiva 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 (JO L 192, p. 1, a seguir «directiva-quadro de 1990»).

8 — Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho de 30 de Junho de 1997, relativa à interligação no sector das telecomunicações com o objectivo de assegurar o «serviço universal» e a interoperabilidade através da aplicação dos princípios da oferta de rede aberta (ORA) (JO L 199, p. 32), com as alterações que lhe introduziu a Directiva 98/61/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Setembro de 1998 (JO L 268, p. 37, a seguir «Directiva 97/33»). V., igualmente, Comunicação da Comissão relativa à interligação num mercado das telecomunicações liberalizado (JO 1998, C 84, p. 3).

vista, nomeadamente, a assegurar a interligação das redes e a interoperabilidade dos serviços<sup>9</sup>.

12. A questão dos encargos da interligação revelou-se crucial para a estrutura e a intensidade da concorrência neste sector. O Conselho criou, conseqüentemente, uma rigorosa regulamentação destes encargos, cuja execução, a nível nacional, foi confiada às ARN.

13. Por força do artigo 7.º da Directiva 97/33, as ARN devem assegurar que os encargos da interligação sigam os princípios da transparência e da orientação em função dos custos<sup>10</sup>.

14. Ao assegurar uma interligação total entre as redes à escala da Comunidade Europeia e ao organizar uma concorrência mais efectiva entre os operadores de serviços, o legislador da União quis nomeadamente dar a possibilidade de os consumidores europeus beneficiarem de uma gama de serviços mais ampla, de melhor qualidade, e a um melhor preço.

9 — Nos termos do artigo 2.º, n.º 1, alínea a), da Directiva 97/33, a interligação é «a ligação física e lógica das redes de telecomunicações utilizadas por uma mesma organização ou por uma organização diferente de modo a permitir aos utilizadores de uma organização comunicarem com os utilizadores da mesma ou de outra organização ou acederem a serviços prestados por outra organização».

10 — As ARN estão encarregues nomeadamente de assegurar a publicação de uma «oferta de interligação de referência», definindo as condições e modalidades da interligação.

15. Entre estes serviços consta o da portabilidade do número, estabelecido, com a adopção do novo pacote regulamentar, a 7 de Março de 2002<sup>11</sup>, no artigo 30.º da directiva «serviço universal». Este serviço dá a possibilidade a qualquer cliente de um operador de telecomunicações de mudar de operador e manter o mesmo número.

16. Nos termos do artigo 30.º, n.º 1, desta última directiva, os Estados-Membros são obrigados a garantir que todos os assinantes de serviços telefónicos acessíveis ao público, incluindo serviços móveis, que o solicitarem, possam beneficiar desta funcionalidade independentemente da empresa que forneça o serviço.

17. Os encargos deste serviço são abordados no artigo 30.º, n.ºs 2 e 3, da referida directiva, com a redacção que segue:

«2. As [ARN] garantirão que os preços de interligação relacionados com a oferta de portabilidade dos números se baseiem nos custos e que os eventuais encargos directos

11 — Para além da Directiva «serviço universal», foram adoptadas as directivas 2002/19/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março de 2002, relativa ao acesso e interligação de redes de comunicações electrónicas e recursos conexos (directiva acesso) (JO L 108, p. 7), e 2002/21/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março de 2002, relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações electrónicas (directiva-quadro) (JO L 108, p. 33, a seguir «directiva-quadro de 2002»).

para os assinantes não desincentivem a utilização destes recursos [12].

3. As [ARN] não devem impor tarifas de retalho para as operações de portabilidade dos números de forma a causar distorções da concorrência, por exemplo fixando tarifas de retalho específicas ou comuns.»

18. Finalmente, o artigo 4.º, n.º 1, da directiva-quadro de 2002, obriga os Estados-Membros a assegurarem a existência de um mecanismo processual eficaz, através do qual qualquer utilizador ou fornecedor possa contestar as decisões da ARN que os afectem.

## B – A legislação nacional

19. As condições nos termos das quais o direito à portabilidade do número é exercido na Polónia estão fixadas nomeadamente

12 — O artigo 30.º, n.º 2, da Directiva «serviço universal» foi alterado pela Directiva 2009/136/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Novembro de 2009 (JO L 337, p. 11). Tem esta disposição a seguinte redacção: «As autoridades reguladoras nacionais garantem que os preços entre operadores e/ou prestadores de serviços relacionados com a oferta de portabilidade dos números se baseiem nos custos e que os eventuais encargos directos para os assinantes não constituam um desincentivo a que os assinantes mudem de prestador de serviços.»

nos artigos 41.º e 71.º da Lei das Telecomunicações (Prawo telekomunikacyjne), de 16 de Julho de 2004<sup>13</sup>.

20. O seu artigo 41.º, n.º 1, prevê que os preços de interligação ligados à oferta da portabilidade dos números entre redes sejam fixados em função dos custos.

21. Nos termos do artigo 71.º da referida lei:

«1. O assinante que tenha celebrado um contrato com um fornecedor de serviços que assegure a ligação à rede telefónica pública de um operador pode, no caso de mudança de operador, exigir a transferência do número que lhe foi atribuído para a rede do outro operador:

- 1) na zona do número, no caso de números geográficos;
- 2) no país inteiro, no caso de não serem números geográficos.

[...]

3. No caso de mudança de operador, o fornecedor de serviços pode cobrar ao assinante, pela transferência do seu número, um preço único, que esteja fixado no seu tarifário e cujo

13 — Dz. U de 2004, n.º 171, posição 1800.

montante não desincentive o assinante de usar essa faculdade [14].»

22. Nos termos do artigo 74.º, n.º 1, da referida lei, tanto o operador que assegura a ligação à rede telefónica pública (operador cedente), como o operador da rede ao qual esteve ligado um assinante (operador receptor) são obrigados a garantir a execução dos direitos de portabilidade. No caso de violação desta obrigação, o artigo 74.º, n.º 3, da referida lei dá a possibilidade ao presidente do UKE de aplicar a coima prevista no artigo 209.º, n.º 1, ponto 16, da mesma lei.

23. Nos termos desta última disposição, é aplicada uma coima a quem crie obstáculos ao direito dos assinantes de exercerem o seu direito à portabilidade do número.

## II – Enquadramento factual da decisão de reenvio prejudicial

24. Nos termos dos artigos 74.º, n.º 3, e 209.º, n.º 1, ponto 16, da Lei das Telecomunicações,

14 — No seguimento de uma alteração à Lei das Telecomunicações, de 24 de Abril de 2009, o artigo 71.º, n.º 3, da mesma passou a proibir o pagamento de um encargo pelo assinante. Esta disposição, em vigor desde 6 de Julho de 2009, não é, todavia, aplicável no presente caso.

o presidente do UKE aplicou uma coima de 100 000 PLN à recorrente (aproximadamente 24 350 euros) na sequência de uma violação das disposições aplicáveis à portabilidade dos números cometida entre 28 de Março de 2006 e 31 de Maio de 2006. Considerou aquele que o encargo cobrado pela recorrente, no montante de 122 PLN (aproximadamente 29,70 euros), era susceptível de desincentivar os assinantes de pedirem a portabilidade dos seus números.

25. Segundo o presidente do UKE, o montante desse encargo deve ser fixado não em função dos custos em que incorrem os operadores para assegurar a portabilidade dos números, mas sim em função de uma avaliação subjectiva desse montante, feita com base no resultado de um inquérito feito junto dos consumidores. Assim, na Polónia, à pergunta «qual o montante que os utilizadores de telefone fixo e móvel estão dispostos a gastar com a transferência do seu número de telefonema de um operador para outro?», os utilizadores com cartão em regime de pré-pagamento responderam 46 PLN (aproximadamente 11,20 euros) e os assinantes 48 PLN (aproximadamente 11,70 euros). O presidente do UKE considerou assim que a exigência do pagamento de um encargo superior a 50 PLN (aproximadamente 12,20 euros) era susceptível de desincentivar os utilizadores de exercerem o seu direito à portabilidade do seu número, o que era contrário ao artigo 71.º, n.º 3, da Lei das Telecomunicações e, consequentemente, passível de aplicação de coima.

26. Foi negado provimento ao recurso interposto desta decisão pela recorrente em

6 de Março de 2007, pelo Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (tribunal de protecção da concorrência e do consumidor) (Polónia). Considerou este órgão jurisdicional que o presidente do UKE, ao proceder desse modo, fez uma correcta interpretação do artigo 30.º, n.º 2, da directiva «serviço universal» e uma também correcta aplicação do artigo 71.º, n.º 3, da Lei das Telecomunicações.

27. Por acórdão de 5 de Fevereiro de 2008, o Sąd Apelacyjny w Warszawie (tribunal de recurso de Varsóvia) (Polónia) revogou integralmente esta decisão e anulou a decisão do presidente do UKE. Este último interpôs então um recurso de cassação para o Sąd Najwyższy que, tendo dúvidas quanto à interpretação do artigo 30.º, n.º 2, da directiva «serviço universal», decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«O artigo 30.º, n.º 2, da [directiva ‘serviço universal’] deve ser interpretado no sentido de que a competente [ARN] quando assegura que os eventuais encargos directos para os assinantes não desincentivem a utilização do serviço que consiste na portabilidade do número, tem a obrigação de ter em conta os custos suportados pelos operadores de uma rede de telefonia móvel para a disponibilização desse serviço?»

28. Apresentaram observações escritas e orais a recorrente, o presidente do UKE, o Governo polaco e a Comissão. O Governo eslovaco apresentou unicamente observações escritas.

### III – Análise

29. Através da sua questão prejudicial, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta ao Tribunal de Justiça, no essencial, se o artigo 30.º, n.º 2, da directiva «serviço universal» deve ser interpretado no sentido de as ARN deverem ter em conta os custos em que incorrem os operadores de telecomunicações na execução da portabilidade do número, quando apreciam o carácter dissuasivo do encargo que pode ser exigido, para esse efeito, ao assinante.

30. A questão coloca-se a dois níveis – por um lado, pelo facto de os princípios de fixação das tarifas desse encargo não estarem determinados, estabelecendo apenas a referida disposição que o seu montante não deve ser dissuasivo, e, por outro, por disporem as ARN de uma margem de apreciação no exercício da sua missão de fiscalização, nomeadamente na definição das suas práticas regulamentares.

31. No presente processo, o presidente do UKE, a ARN competente, decidiu então que a apreciação do carácter dissuasivo do encargo

cobrado pela recorrente devia basear-se unicamente no resultado de um inquérito feito junto dos consumidores e que não devia ter em conta os custos em que incorrem os operadores.

34. Para facilitar a abertura deste mercado até então monopolista e evitar abusos, o legislador da União regulou as tarifas que os operadores são levados a praticar no âmbito de um pedido de portabilidade. No essencial, são duas essas tarifas.

#### A – Observações preliminares

32. Antes de começar a análise da presente questão prejudicial, entendemos ser necessário definir, a título liminar, o objecto e a fixação das tarifas da oferta de portabilidade antes de recordar a jurisprudência desenvolvida pelo Tribunal de Justiça no que diz respeito à margem de apreciação de que dispõem as ARN nesta matéria.

33. Ao abrigo do artigo 30.º da directiva «serviço universal», a oferta de portabilidade é uma obrigação que recai sobre o conjunto dos operadores de telecomunicações e um direito do conjunto dos assinantes. Essa funcionalidade tem como objectivo suprimir os entraves à livre escolha dos consumidores, nomeadamente entre os operadores de telefonia móvel, e garantir assim o desenvolvimento de uma concorrência efectiva no mercado dos serviços telefónicos<sup>15</sup>.

35. A primeira consiste na fixação das tarifas da interligação. Assim que um assinante requer a portabilidade efectiva do seu número, o operador cedente<sup>16</sup> (é deste que se trata geralmente) cobra ao operador receptor<sup>17</sup> os encargos de interligação ligados ao tratamento desse pedido. Este comporta um custo na medida em que, como salientou o Tribunal de Justiça, as plataformas entre operadores devem ser compatíveis, o número do assinante deve ser transferido de um operador para outro e as operações técnicas devem permitir o reencaminhamento das chamadas telefónicas para o número mantido<sup>18</sup>. Na fixação das tarifas desta interligação, o operador cedente é obrigado a respeitar, sob o controlo da ARN, o princípio da orientação em função dos custos.

36. Esta regulação da fixação das tarifas da interligação tem como objectivo favorecer a entrada no mercado de operadores eficazes e viáveis e destina-se a evitar riscos de distorção da concorrência que poderiam levar à fixação de preços injustificados. Com efeito,

15 — Acórdão Mobistar, já referido (n.º 25).

16 — Operador do qual o número é transferido e junto do qual se extingue a assinatura.

17 — Operador junto do qual o assinante subscreve novo contrato e para o qual o número é transferido.

18 — Acórdão Mobistar, referido *supra* (n.º 24).



uma fixação excessiva das tarifas da interligação representaria uma barreira à entrada no mercado e acomodaria os operadores actuais na sua posição dominante no mercado<sup>19</sup>. Como referiu o Tribunal de Justiça, tal fixação das tarifas poderia igualmente incitar os operadores a repercutir o custo sobre o novo assinante, sendo esta prática então susceptível de dissuadir os consumidores de recorrerem ao serviço de portabilidade<sup>20</sup>. Da mesma forma, uma fixação das tarifas abaixo do patamar dos custos reais comportaria o risco de entrada de concorrentes ineficazes no mercado.

Com efeito, para estes últimos, a portabilidade é uma necessidade comercial para conquistar uma nova clientela que, até então, pertencia aos operadores históricos. Quando a facturação da portabilidade é feita pelo operador receptor, este está submetido à pressão do jogo concorrencial e poder naturalmente ser incitado a não desencorajar a chegada de novos clientes e a praticar uma fixação das tarifas razoável. Em contrapartida, quando a facturação do serviço é feita pelo operador cedente, este pode praticar tarifas excessivas para desencorajar o cliente de pedir a portabilidade de um número para um concorrente. Neste quadro, o legislador da União regulou igualmente a fixação das tarifas do encargo ao encarregar as ARN, ao abrigo do artigo 30.º, n.º 2, da directiva «serviço universal», da missão de verificar que não seja dissuasivo.

37. A segunda tarifa consiste no encargo que pode ser cobrado ao assinante para a execução deste serviço. Este encargo é geralmente cobrado pelo operador receptor e permite-lhe recuperar totalmente ou em parte os custos em que incorreu.

38. O referido encargo constitui igualmente um elemento determinante do jogo concorrencial do mercado, em particular para os operadores que estão a entrar no mesmo.

39. As ARN dispõem de uma margem de apreciação na execução das regras fixadas pelo legislador da União<sup>21</sup>. Na medida em que estas são definidas essencialmente em directivas, põe-se o problema da coerência entre as diversas medidas nacionais de transposição e as diferentes políticas regulamentares adoptadas por cada uma das autoridades. Assim, no que diz respeito ao encargo cobrado ao utilizador, constatámos que o Instituto luxemburguês de regulação prevê que «os custos de portabilidade que possam ser cobrados

19 — Mais especificamente, no caso de redes de dimensões diferentes, o operador com posição dominante recebe, em geral, bem mais pedidos de acesso do que os que faz junto dos seus concorrentes. Tem portanto meios para impor na negociação uma tarifação elevada para o acesso à sua rede.

20 — Acórdão Mobistar, acima referido (n.ºs 28 e 29).

21 — Foi considerada necessária esta regulação descentralizada para ter em conta importantes especificidades nacionais em matéria de telecomunicações, devidas nomeadamente às diferenças nas concepções de interesse público, no grau de liberalização e no desenvolvimento tecnológico.

ao utilizador devem respeitar os princípios da não discriminação e da eficácia» e que o valor que apenas o operador receptor pode pedir ao utilizador deve ser razoável<sup>22</sup>. Da mesma forma, as regulamentações francesa e britânica prevêem que os operadores estão obrigados a apresentar aos seus assinantes uma tarifa razoável pela oferta a estes últimos da possibilidade de conservarem o seu número<sup>23</sup>. Em contrapartida, constatámos que, na Polónia, o artigo 71.º da Lei das Telecomunicações previa, inicialmente, que o montante do encargo não devia ser dissuasivo. Actualmente, esta disposição proíbe tão simplesmente o pagamento de um encargo pelo assinante.

criação de um mercado europeu integrado das telecomunicações.

40. Não se pode deixar de observar que as regulamentações divergem. Para além da diversidade dos instrumentos escolhidos para apreciar e calcular as tarifas, há também diferenças na forma de usar esses instrumentos e questionamo-nos, conseqüentemente, em que medida não seria necessário assegurar uma maior coerência entre as práticas regulamentares das ARN. Com efeito, as divergências de regulamentações podem criar graves distorções da concorrência, prejudiciais à

41. Sabemos que as ARN dispõem de uma margem de apreciação no exercício do seu dever de fiscalização. A este respeito, o Tribunal de Justiça fez algumas considerações no Acórdão Mobistar, já referido.

42. Nesse processo foi colocada ao Tribunal de Justiça a questão de saber se o artigo 30.º, n.º 2, da directiva «serviço universal», se opunha a que a autoridade reguladora belga fixasse à partida, e a partir de um modelo teórico dos custos, os preços máximos que o operador cedente podia cobrar ao operador receptor. O Tribunal de Justiça respondeu negativamente, sublinhando o seu objectivo. Considerou, no essencial, que, a partir do momento em que a ARN cumpre o seu dever de fiscalização, ao verificar se as tarifas são fixadas em função dos custos, de forma a os consumidores não serem dissuadidos de utilizar o serviço de portabilidade, o artigo 30.º, n.º 2, da directiva «serviço universal», confere às ARN uma «certa margem de apreciação» para avaliar a situação e definir o método que lhes parece mais adequado. De qualquer forma, o método escolhido deve não só permitir realizar a plena eficácia da portabilidade, mas também poder ser objecto de meios

22 — V. decisões de 6 de Julho de 2004, 04/77/ILR, respeitante às regras relativas às modalidades na introdução da portabilidade dos números móveis, e 04/78/IRL, respeitante às regras relativas à solução técnica na introdução da portabilidade dos números móveis. Estas decisões estão disponíveis no sítio Internet do Institut luxembourgeois de régulation ([www.ilr.public.lu](http://www.ilr.public.lu)).

23 — V. artigo L 44 do code des postes et des communications électroniques français, na versão consolidada de 13 de Janeiro de 2010, e ponto 18.1 das condições gerais estabelecidas pela autoridade reguladora britânica por força do artigo 48.º, n.º 1, da lei de 2003 das comunicações (Communications Act 2003).

processuais efectivos junto das autoridades judiciais competentes<sup>24</sup>.

somos da opinião que as ARN não podem, ao apreciar o carácter dissuasivo do encargo cobrado aos assinantes, ignorar os custos em que incorrem os operadores.

43. No presente processo, o Tribunal de Justiça é chamado a determinar a margem de apreciação de que dispõem as ARN na apreciação do carácter dissuasivo do encargo e a responder, nomeadamente, à questão de saber se, no âmbito dessa apreciação, são obrigadas, por força da directiva «serviço universal», a ter em conta os custos de portabilidade do número em que incorrem os operadores.

46. Se esta conclusão não resulta da letra do artigo 30.º, n.º 2, da directiva «serviço universal», impõe-se, em contrapartida, tendo em conta a sistemática da oferta de portabilidade e os objectivos do legislador da União.

44. Esta questão é importante na medida em que encontramos uma disposição idêntica ao artigo 19.º, n.º 3, da directiva «serviço universal», relativo ao serviço de selecção e pré-selecção do operador<sup>25</sup>.

47. No que diz respeito, antes de mais, à letra da referida disposição, não se pode ignorar que não é nela definido o método a ser usado pelas ARN na apreciação do carácter dissuasivo do encargo cobrado aos assinantes.

*B – Interpretação do artigo 30.º, n.º 2, da directiva «serviço universal»*

45. Contrariamente aos Estados-Membros e à Comissão, que intervieram no processo,

48. Embora a versão em língua francesa do artigo 30.º, n.º 2, da directiva «serviço universal» use o termo «redevance», cuja interpretação semântica pode indicar um valor pedido a um utilizador, cujo montante é definido em função do serviço prestado, as outras versões linguísticas desta disposição usam termos que podem, indiferenciadamente, fazer referência aos conceitos de despesas, de encargos, de tarifas, de quotizações, de contribuições ou ainda de quotas-partes. O mesmo acontece com a versão em língua polaca, que é também a língua do processo, que usa o termo «obciążenia», que significa encargos,

24 — N.ºs 34, 40 e 41 (sublinhado nosso).

25 — Prevê esta disposição que «as [ARN] garantirão que os preços de acesso e de interligação relacionados com a oferta dos recursos [de selecção e pré-selecção do operador] se baseiem nos custos e que os eventuais encargos directos para os assinantes não desincentivem a utilização desses recursos».

e com as versões em língua inglesa («direct charges»), italiana («oneri diretti»), espanhola («cuotas directas») ou mesmo alemã («direkte Gebühren»).

fixação das tarifas pelos quais se rege a regulamentação das telecomunicações e, em particular, a fixação das tarifas da interligação.

49. Segundo jurisprudência assente, a necessidade de uma aplicação e, por conseguinte, de uma interpretação uniformes de uma disposição comunitária exclui a possibilidade de essa disposição ser considerada isoladamente numa das suas versões, antes exigindo que seja interpretada à luz das versões em todas as línguas oficiais e em função da economia geral e do fim prosseguido pelo seu autor<sup>26</sup>.

50. No que diz respeito à análise da sistemática geral em que se insere a oferta de portabilidade e dos objectivos prosseguidos pelo legislador da União, deve ter-se em conta não só as disposições específicas adoptadas com a directiva «serviço universal», mas também as disposições, mais gerais, constantes das directivas-quadro de 1990 e de 2002, assim como da directiva «acesso».

51. Com efeito, é-nos possível identificar, pela análise destes diplomas, os princípios de

52. Esses princípios são os seguintes:

- a fixação das tarifas deve assentar em critérios objectivos e no princípio de orientação em função dos custos<sup>27</sup>. como reconheceu o Tribunal de Justiça no Acórdão de 17 de Julho de 2008, Arcor e. o.<sup>28</sup>, este princípio obriga os operadores a fixarem as tarifas da interligação em função dos custos reais<sup>29</sup>. É possível assim obter uma estimativa do custo que seria fixado num mercado perfeitamente concorrencial, solução que se impõe num sector como o da interligação, em que ainda não existe concorrência efectiva susceptível de assegurar o carácter razoável da fixação das tarifas. o referido princípio aplica-se igualmente a algumas tarifas cobradas aos utilizadores finais, como as tarifas de acesso à rede telefónica pública fixa e ao

26 — V., nomeadamente, acórdãos de 17 de Setembro de 2009, Vorarlberger Gebietskrankenkasse (C-347/08, Colect., p. I-8661, n.º 26 e jurisprudência referida), e de 28 de Janeiro de 2010, Eulitz (C-473/08, Colect., p. I-907, n.º 22 e jurisprudência aí referida).

27 — V., a título exemplificativo, o artigo 3.º, n.º 1, assim como o anexo II, ponto 4, da directiva-quadro de 1990; o décimo considerando, assim como o artigo 7.º, n.º 2, da Directiva 97/33; o vigésimo considerando, assim como o artigo 13.º, n.º 1, da directiva «acesso», e também o vigésimo sexto, o quadragésimo e o quadragésimo segundo considerandos e o artigo 30.º, n.º 2, da Directiva «serviço universal». V., igualmente, a Recomendação 98/195/CE da Comissão, de 8 de Janeiro de 1998, relativa à interligação num mercado das telecomunicações liberalizado (Parte 1 - Determinação dos preços da interligação) (JO L 73, p. 42) bem como a comunicação da Comissão referida na nota 8, ponto 3.2.

28 — C-152/07 a C-154/07, Colect., p. I-5959.

29 — N.º 22 e 23.

serviço de telefonia vocal<sup>30</sup>, bem como as tarifas das linhas alugadas<sup>31</sup>,

- a fixação das tarifas deve ser transparente e ser objecto de publicação adequada<sup>32</sup>;
- a fixação das tarifas deve assegurar a igualdade no acesso e não deve ser discriminatória;
- a fixação das tarifas deve garantir a eficácia dos serviços em toda a Comunidade, e
- a fixação das tarifas deve poder ser objecto de meios processuais efectivos junto dos órgãos jurisdicionais competentes<sup>33</sup>.

30 — V. do vigésimo oitavo ao trigésimo considerandos, assim como o artigo 12.º da Directiva 95/62/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro de 1995, relativa à aplicação da oferta de rede aberta (ORA) à telefonia vocal (JO L 321, p. 6).

31 — V. do décimo sétimo ao décimo nono considerandos, assim como o artigo 10.º, n.º 1 e 2, da Directiva 92/44/CEE do Conselho, de 5 de Junho de 1992, relativa à aplicação da oferta de uma rede aberta às linhas alugadas (JO L 165, p. 27).

32 — V. artigo 7.º, n.º 2 e 3, da Directiva 97/33, assim como o quadragésimo primeiro considerando da Directiva «serviço universal». V., igualmente, o artigo 9.º, n.º 2, da Directiva Acesso, por força da qual as ARN podem impor aos operadores a publicação de uma oferta de referência, a qual deverá ser suficientemente desagregada, de modo a assegurar que as empresas não são obrigadas a pagar por recursos que não são necessários para o serviço pedido, apresentando uma descrição das ofertas pertinentes, incluindo nomeadamente os preços.

33 — V. artigo 4.º, n.º 1, da directiva quadro de 2002.

53. O respeito por estes critérios, se se impõe antes de mais aos operadores, limita igualmente o exercício da margem de apreciação conferida às ARN. Recordamos, assim, que nos n.ºs 34 e 41 do Acórdão Mobistar, já referido, o Tribunal de Justiça considerou expressamente que, embora as ARN disponham de uma *certa margem de apreciação* para definir o método que lhes pareça mais adequado para fixar o montante máximo da fixação das tarifas da interligação, esse método deve assegurar a plena eficácia da portabilidade, bem como uma protecção jurídica efectiva a utilizadores e operadores.

54. A margem de apreciação conferida às ARN não deve portanto ser confundida com o exercício de um poder discricionário.

55. Hoje, o método que as ARN devem definir para apreciar o carácter dissuasivo do encargo deve ser coerente com os princípios de fixação das tarifas que acabámos de expor. Esse método deve permitir não apenas o bem-estar do consumidor, mas também o desenvolvimento de uma concorrência sã no mercado.

56. Deve-se basear, em particular, em elementos suficientemente claros e objectivos para permitir às autoridades judiciárias competentes, nos termos do artigo 4.º, n.º 1, da directiva-quadro de 2002, um controlo efectivo da análise feita pela ARN. Tal impõe-se tanto

mais que a autoridade reguladora polaca dispõe, no âmbito da sua missão de vigilância, de um poder de sancionamento administrativo, poder esse que, no caso em apreço, levou à condenação da recorrente numa coima de mais de 24000 euros.

57. Considerando estes elementos, parece-nos evidente que as ARN não se podem abstrair por completo de um elemento tão objectivo como aquele extraído do custo dos serviços prestados no momento em que aquelas analisam o montante do encargo facturado ao assinante. Isto parece-nos tanto mais evidente quando o legislador da União prevê expressamente no vigésimo sexto considerando da directiva «serviço universal», que, no âmbito da prestação de um serviço a um utilizador final, *as tarifas cobradas ao utilizador final devem reflectir as condições da procura, bem como as condições dos custos*<sup>34</sup>, e isso por razões de eficácia e de carácter social.

58. O indício extraído dos custos suportados pelos operadores é um indício objectivo, porquanto é inerente ao custo real do serviço oferecido aos utilizadores. Oferece assim às ARN uma medida objectiva do encargo facturado ao utilizador. Embora, como refere a Comissão, a determinação dos custos seja

complexa por força da natureza do serviço, as ARN adoptaram presentemente métodos de avaliação, por vezes preconizados pela Comissão, que lhes permitem avaliá-lo<sup>35</sup>.

59. Além disso, este indício é coerente com os princípios de fixação de tarifas impostos pelo legislador da União à oferta da portabilidade. Ao optar por aplicar à fixação das tarifas da interligação o princípio da orientação em função dos custos, o legislador tende, finalmente, a enquadrar o montante final facturado ao utilizador. De facto, a fixação das tarifas da interligação representa, em nossa opinião, o principal custo que o operador pode directa ou indirectamente repercutir sobre o assinante. O montante dessa fixação de tarifas pode ter uma influência directa ou indirecta sobre o montante dos encargos, na medida em que quanto maiores forem os encargos, mais o operador será incitado a repercutir no assinante uma parte destes. Este vínculo entre a fixação de tarifas da interligação e o encargo facturado aos utilizadores foi em primeiro lugar realçado pelo artigo 12.º, n.º 5, segundo parágrafo, da Directiva 97/33<sup>36</sup>. Embora este tenha desaparecido da actual redacção do artigo 30.º, n.º 2, da directiva «serviço universal», o Tribunal de Justiça introduziu o referido vínculo nos.ºs 29 e 37 do acórdão Mobistar, já referido. Recordamos que o Tribunal de Justiça indicou expressamente que

35 — V., a título de exemplo, n.ºs 10 e 11 do acórdão Mobistar, já referido, nos quais é exposto o método adoptado pela autoridade reguladora belga (custo de um operador eficaz). V., igualmente, a comunicação da Comissão referida na nota 8.

36 — Esta disposição prevê o seguinte: «Para garantir que os encargos para o consumidor sejam razoáveis, as [ARN] deverão assegurar que os preços da interligação relacionada com o fornecimento desta funcionalidade sejam razoáveis.»

34 — Sublinhado nosso.

o montante máximo das tarifas de interligação deve ser fixado «em função dos custos, de modo a que os consumidores não sejam dissuadidos de utilizar a funcionalidade da portabilidade»<sup>37</sup>.

60. Finalmente, trata-se de um indício fiável, na medida em que, em conformidade com o dever de vigilância que lhes incumbe por força do disposto no artigo 30.º, n.º 2, da directiva «serviço universal», as ARN garantem que a fixação da tarifa da interligação não seja objecto de uma distorção de concorrência e seja feita em função do custo de execução do serviço. Partindo dessa premissa, os receios expressos pelo presidente da UKE e pelo governo polaco, segundo os quais a tomada em consideração das tarifas de interligação não garantiriam de forma suficiente os direitos dos consumidores, na medida em que essas tarifas poderiam ser fixadas a um nível injustificado, não são, em nossa opinião, fundados. Antes pelo contrário, se as ARN exercerem correctamente a sua missão de vigilância e garantirem que as referidas tarifas são orientadas para os custos, então trata-se da melhor garantia contra uma fixação arbitrária e aleatória do montante do encargo.

61. Este raciocínio não impede a ARN de considerar, pela forma que entender adequada, ao lado dos factores dos custos propriamente ditos, os elementos da procura. Os resultados extraídos de um inquérito conduzido junto dos consumidores podem assim

constituir um elemento de análise susceptível de elucidar a ARN sobre as expectativas dos utilizadores.

62. No entanto, é evidente que esses resultados não podem constituir em si só um critério de análise determinante para apreciar o carácter dissuasivo do encargo.

63. Com efeito, a interpretação e a utilização desse tipo de resultados exige uma grande prudência, na medida em que têm um carácter aleatório e subjectivo que não facilita, só por si, a decisão do juiz que fiscaliza a legalidade das decisões da ARN.

64. Por um lado, os resultados de um inquérito de consumo depende de variáveis tão diversas com os dados económicos, sociais e culturais de um Estado, da selecção da amostragem (idade, actividades, origens geográficas ou socioeconómicas), do método empregue e da sinceridade das respostas, da identidade dos inquiridores e da estrutura e conteúdo das questões colocadas<sup>38</sup>.

65. Por outro lado, esses resultados não têm, em nosso entender, qualquer fiabilidade. Com efeito, um consumidor normalmente avisado não tem uma ideia precisa do custo

37 — N.º 37 e dispositivo do referido acórdão (sublinhado nosso).

38 — V., nesse sentido, Dussaix, A.-M., «La qualité dans les enquêtes», Revue MODULAD, n.º 39, 2009, p. 137, em particular pp. 142 a 168

da portabilidade. Pode, pois, acontecer que se declare pronto a pagar um preço muito superior ao custo real dos operadores e, nesse caso, tomar só esse resultado em conta não serve bem os interesses do consumidor. Essa metodologia não permite, portanto, reflectir o custo real do serviço nem mesmo as suas evoluções tendo em conta os progressos técnicos realizados ou a evolução da procura.

66. Por outro lado, essa metodologia não garante qualquer previsibilidade e introduz, em prejuízo dos operadores, um grau de incerteza sobre o montante do encargo fixado pela ARN.

67. Por último e principalmente, perguntamo-nos em que medida é possível, sem violar os princípios gerais da União, considerar constituídos, unicamente com base numa sondagem de opinião, os elementos de uma infracção passível de sanções pecuniárias. Uma metodologia tão aleatória e subjectiva parece, com efeito, constituir uma base muito fraca para esse poder de sanção, se não mesmo incompatível com esses princípios gerais. Com efeito, não vemos como pode um operador, nessas condições, apreciar de forma objectiva os pressupostos da sua responsabilidade.

68. Por conseguinte, em face do exposto, entendemos que a metodologia defendida pelas autoridades polacas, que assenta unicamente

nos resultados de um inquérito junto dos consumidores, não dá suficientes garantias de eficácia plena da portabilidade nem de protecção jurídica efectiva dos agentes desse mercado.

69. Um método tão subjectivo é susceptível de conduzir a excessos que as ARN devem, em nossa opinião, ponderar tendo em conta os custos que os operadores suportam para a execução do serviço.

70. Atento o conjunto destes elementos, propomos ao Tribunal de Justiça que responda ao órgão jurisdicional de reenvio que o artigo 30.º, n.º 2, da directiva «serviço universal» deve ser interpretado no sentido que as ARN devem tomar em consideração, da forma que entendam adequada, no momento em que analisam o carácter dissuasivo do encargo que pode ser facturado ao assinante pela execução da portabilidade, o indício resultante dos custos que os operadores de telecomunicações suportam para o efeito.

71. Antes de concluir, faremos uma observação final sobre a tarifação do serviço de portabilidade na União.

72. Como observa a Comissão na audiência, um certo número de Estados-Membros decidiu que o serviço de portabilidade



deveria ser presentemente gratuito para os assinantes. Essa solução, que partilhamos, apresenta várias vantagens e permitiria, nomeadamente, garantir aos consumidores a possibilidade de obter os maiores benefícios oferecidos por esse serviço. Além disso, essa solução, adoptada à escala da União, permitiria harmonizar as regulamentações, por vezes discordantes entre Estados-Membros,

prejudiciais ao reforço do mercado único das telecomunicações. Embora o legislador da União deva adoptar essa solução, observamos que não foi adoptada por ele no âmbito do novo pacote regulamentar entrado em vigor em 18 de Dezembro de 2009, pois os termos do artigo 30.º, n.º 2, da directiva «serviço universal» não foram alterados no essencial.

#### IV – Conclusão

73. Atentas as considerações precedentes, propomos ao Tribunal de Justiça que responda da seguinte forma à questão submetida pelo Sad Najwyższy:

«O artigo 30.º, n.º 2, da Directiva 2002/22/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março de 2002, relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações electrónicas (directiva ‘serviço universal’) deve ser interpretado no sentido que as autoridades reguladoras nacionais devem tomar em consideração, da forma que entenderem adequada, o indício resultante dos custos que os operadores de telecomunicações suportam para executar a portabilidade do número, no momento em que analisam o carácter dissuasor dos encargos que para o efeito podem ser facturados ao assinante.»