



Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
MACIEJ SZPUNAR
apresentadas em 9 de setembro de 2014¹

Processo C-282/13

T-Mobile Austria GmbH
contra
Telekom-Control-Kommission

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Verwaltungsgerichtshof (Áustria)]

«Comunicações eletrónicas — Proteção, perante um órgão jurisdicional nacional, de direitos decorrentes da ordem jurídica da União — Direito de recurso de uma decisão tomada por uma autoridade reguladora nacional — Conceito de pessoa ‘afetada’ por uma decisão de uma autoridade reguladora nacional — Artigo 4.º, n.º 1, da Diretiva 2002/21/CE — Transferência de direitos de utilização de frequências — Artigo 5.º, n.º 6, da Diretiva 2002/20/CE»

I — Introdução

1. O presente processo permite ao Tribunal de Justiça esclarecer o alcance da legitimidade para agir contra decisões tomadas pelas autoridades reguladoras nacionais no domínio das comunicações eletrónicas. Constitui igualmente uma oportunidade para refletir de forma mais geral sobre a questão de saber em que medida o direito da União pode intervir no direito processual dos Estados-Membros que regula os requisitos para a interposição de recursos das decisões administrativas.

2. O Verwaltungsgerichtshof austríaco (Supremo Tribunal Administrativo) apresentou um pedido relativo à interpretação do conceito de pessoa «afetada» por uma decisão de uma autoridade reguladora nacional na aceção do artigo 4.º da Diretiva 2002/21/CE (a seguir «diretiva-quadro»)², no âmbito de um processo respeitante à transferência de direitos de utilização de frequências, prevista no artigo 5.º, n.º 6, da Diretiva 2002/20/CE (a seguir «diretiva autorização»)³.

1 — Língua original: polaco.

2 — Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho de 7 de março de 2002, relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações eletrónicas (diretiva-quadro) (JO L 108, p. 33), conforme alterada pela Diretiva 2009/140/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro de 2009 (JO L 337, p. 37).

3 — Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho de 7 de março de 2002, relativa à autorização de redes e serviços de comunicações eletrónicas (diretiva autorização), conforme alterada pela Diretiva 2009/140/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro de 2009 (JO L 337, p. 37).

3. A questão do órgão jurisdicional de reenvio tem por objeto a definição do círculo de pessoas que tem direito de recurso das decisões tomadas pela autoridade reguladora no âmbito de um processo concreto relativo ao direito das comunicações eletrónicas. Contudo, a resposta a esta questão terá um significado mais amplo, uma vez que regras análogas figuram igualmente noutros atos jurídicos da União respeitantes aos mercados regulamentados⁴.

II — Quadro jurídico

A — Direito da União

4. O direito harmonizado das comunicações eletrónicas baseia-se na diretiva-quadro, bem como em diretivas específicas, entre as quais a diretiva autorização.

5. O artigo 4.º, n.º 1, da diretiva-quadro prevê:

«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 autoridade reguladora nacional tenha o direito de interpor recurso dessa 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.»

6. O artigo 5.º, n.º 6, da diretiva autorização dispõe:

«As autoridades nacionais competentes asseguram que as radiofrequências sejam efetiva e eficientemente utilizadas, nos termos do n.º 2 do artigo 8.º e do n.º 2 do artigo 9.º da Diretiva 2002/21/CE (diretiva-quadro). Aquelas asseguram que a concorrência não seja falseada por transferências ou acumulação de direitos de utilização das radiofrequências. Para tal, os Estados-Membros podem tomar medidas adequadas, como determinar a venda ou a concessão de direitos de utilização de radiofrequências.»

B — Direito austríaco

7. Em conformidade com o § 8 da Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1994 (Lei geral sobre o procedimento administrativo de 1991, BGBl. 51/1991), na sua versão publicada em 2004 (BGBl. I 10/2004) (a seguir «AVG»):

«As pessoas que recorrem a uma atividade da autoridade ou às quais esta atividade diz respeito são interessados; na medida em que disponham, relativamente ao objeto desta atividade, de um direito ou de um interesse jurídico, são partes.»

8. O procedimento de atribuição de radiofrequências, previsto no artigo 5.º, n.º 6, da diretiva autorização, é regulado pelos §§ 54 a 57 da Telekommunikationsgesetz 2003 (Lei das telecomunicações de 2003, a seguir «TKG 2003») (BGBl. I, 70/2003).

4 — V., entre outros, artigo 22.º, n.º 3, da Diretiva 97/67/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 15 de dezembro de 1997, relativa às regras comuns para o desenvolvimento do mercado interno dos serviços postais comunitários e a melhoria da qualidade de serviço (JO 1998, L 15, p. 14), conforme alterada pela Diretiva 2008/6/CE (JO L 211, p. 55), o artigo 37.º, n.º 17, da Diretiva 2009/72/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de julho de 2009, que estabelece regras comuns para o mercado interno da eletricidade (JO L 211, p. 55), assim como artigo 41.º, n.º 17, da Diretiva 2009/73/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de julho de 2009, que estabelece regras comuns para o mercado interno do gás natural e que revoga a Diretiva 2003/55/CE (JO L 211, p. 94).

Esta última disposição é objeto do processo E.ON Földgáz Trade (C-510/13), pendente no Tribunal de Justiça.

9. O § 56 da TKG 2003 dispõe:

«1. A transferência de direitos de utilização de frequências atribuídos pela autoridade reguladora exige a autorização prévia desta. A autoridade reguladora deve publicar o pedido de autorização relativo à transferência dos direitos de utilização de frequências, assim como a respetiva decisão. A autoridade reguladora deve tomar a sua decisão após avaliar caso a caso o impacto, designadamente técnico, que uma transferência tem na concorrência. A autorização pode estar condicionada a obrigações, na medida em que estas sejam necessárias para evitar qualquer prejuízo para a concorrência. Em todo o caso, a autorização deve ser recusada quando, apesar da imposição de obrigações, a transferência puder prejudicar a concorrência.

[...]

2) As alterações essenciais da estrutura acionista das empresas às quais foram atribuídos os direitos de utilização de frequências no âmbito de um procedimento nos termos do § 55 exigem a autorização prévia da autoridade reguladora. O n.º 1, da terceira à última frase, é aplicável *mutatis mutandis*.»

III — Processo principal

10. O processo no órgão jurisdicional de reenvio tem por objeto o recurso interposto por um operador de rede de telefonia móvel, a sociedade T-Mobile Austria GmbH (a seguir «T-Mobile»), contra a decisão adotada pela Telekom-Control-Kommission (Comissão de controlo das telecomunicações austríaca, a seguir «TCK»). Através da referida decisão, a TCK negou provimento ao recurso que a T-Mobile interpôs para obter o reconhecimento da qualidade de parte num processo que tem por objeto a autorização da transferência de direitos de utilização de frequências entre outros dois operadores austríacos de rede de telefonia móvel.

11. Esta transferência de frequências ocorre no âmbito da aquisição da sociedade Orange Austria Telecommunication GmbH (a seguir «Orange») pelas sociedades Hutchinson 3G Austria Holdings GmbH e Hutchison 3G Austria GmbH (que posteriormente se fundiram para formar a sociedade Hutchison Drei Austria Holdings GmbH, a seguir «Hutchison»).

12. Conforme resulta do processo no órgão jurisdicional de reenvio, na sequência da concentração, o número de operadores de telefonia móvel que dispõem de direitos de utilização de frequências na Áustria ficou reduzido a três: a A1 Telekom Austria AG (a seguir «A1»), a T-Mobile e a Hutchison.

13. A concentração e as operações que lhe estão associadas foram objeto de procedimentos na Comissão e nas autoridades austríacas.

A — Procedimento na Comissão

14. Resulta dos autos do presente processo que, em 7 de maio de 2012, a Hutchison e a Orange notificaram à Comissão um projeto de concentração, em conformidade com o artigo 4.º do Regulamento (CE) n.º 139/2004⁵.

15. Durante o procedimento, a Comissão manifestou dúvidas sérias quanto à conformidade do projeto de concentração com o mercado interno. Ao proceder ao exame do mercado, a Comissão constatou que o desaparecimento da Orange do mercado suscitava problemas de concorrência. Considerou que este mercado já se caracterizava por um elevado grau de concentração e, na prática, pela

5 — Regulamento do Conselho de 20 de janeiro de 2004, relativo ao controlo das concentrações de empresas (JO L 24, p. 1).

impossibilidade de nele se entrar. Por conseguinte, a Hutchison apresentou um conjunto de compromissos, que a levavam, nomeadamente, a desfazer-se, em benefício de um novo operador potencial, de frequências de que iria dispor na sequência da concentração, bem como a garantir aos operadores virtuais o acesso grossista à sua rede, em condições definidas.

16. A Comissão autorizou a T-Mobile a participar no procedimento de controlo das concentrações na qualidade de pessoa interessada.

17. Por decisão de 12 de dezembro de 2012⁶, a Comissão declarou que a concentração era conforme com o mercado interno desde que a Hutchison cumprisse integralmente os compromissos fixados.

18. Todavia, resulta da referida decisão que a Comissão não examinou duas outras operações às quais estava subordinada a concentração e que diziam respeito, em primeiro lugar, à venda de uma filial da Orange à A1 e, em segundo lugar, à transferência para a A1 de determinadas frequências de que a Orange dispunha antes da concentração. Na sua decisão, a Comissão declarou que a transferência das frequências estava, nomeadamente, sujeita a aprovação da TCK⁷.

B — *Procedimento na TCK*

19. Em 23 de maio de 2012, a Hutchison e a Orange pediram à TCK, com base no § 56, n.º 2, da TKG 2003, autorização para alterar a estrutura acionista na sequência da concentração. Em 9 de julho de 2012, solicitaram, juntamente com a A1, com base no § 56, n.º 1, da TKG 2003, autorização para transferir determinadas frequências para a A1.

20. A T-Mobile apresentou observações à TCK, nas quais solicitou que fossem impostas às sociedades participantes na concentração obrigações destinadas a evitar o falseamento da concorrência.

21. Por outro lado, em 10 de dezembro de 2012, a T-Mobile solicitou à TCK que lhe fosse reconhecida a qualidade de parte nos procedimentos destinados à autorização da alteração da estrutura acionista e da transferência de frequências.

22. Por decisão de 13 de dezembro de 2012, a TCK autorizou a alteração da estrutura acionista, assim como a transferência dos direitos de utilização de frequências para a sociedade A1. Em contrapartida, indeferiu o pedido da T-Mobile, de 10 de dezembro de 2012, de reconhecimento da qualidade de parte no procedimento administrativo.

23. Quanto ao pedido da T-Mobile, a TCK considerou que, no âmbito de procedimentos administrativos destinados à autorização da alteração da estrutura acionista, assim como à transferência das frequências, nem o direito nacional nem o direito da União exigem o reconhecimento da qualidade de parte a entidades concorrentes dos operadores de rede de telefonia móvel que solicitam tal autorização.

C — *Processo no órgão jurisdicional de reenvio e questão prejudicial*

24. A T-Mobile interpôs recurso da decisão da TCK de 13 de dezembro de 2012 no Verwaltungsgerichtshof.

6 — Decisão da Comissão, de 12 de dezembro de 2012, que declara uma concentração compatível com o mercado interno e com o funcionamento do Acordo EEE (processo COMP/M.6497 — Hutchison 3G Áustria/Orange Áustria) (resumo publicado no JO 2013, C 224, p. 12).

7 — *Ibidem*, n.ºs 7 a 11.

25. Como fundamento do seu recurso, a T-Mobile alegou que era concorrente das partes na operação em causa e que dispunha de frequências no mesmo mercado. Por conseguinte, devia ser considerada uma empresa «afetada» pela decisão impugnada da TCK, na aceção do artigo 4.º, n.º 1, da diretiva-quadro. Nos termos do direito nacional, devia também ser autorizada a participar no procedimento administrativo anterior à adoção dessa decisão.

26. O órgão jurisdicional de reenvio afirma que, segundo a jurisprudência austríaca, a concessão à T-Mobile da qualidade de parte no procedimento administrativo com base no § 56 da TKG 2003 e no artigo 5.º, n.º 6, da diretiva autorização depende da questão de saber se a decisão adotada pela TCK no âmbito desse procedimento «afeta» a T-Mobile na aceção do artigo 4.º, n.º 1, da diretiva-quadro. No direito austríaco existe uma estreita ligação entre a qualidade de parte num procedimento administrativo e o direito de recurso das decisões estabelecido pelo artigo 4.º, n.º 1, da diretiva quadro.

27. Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, o acórdão Tele2 Telecommunication⁸ não permite responder de forma exata à questão suscitada.

28. Por um lado, refere que deve se considerar, como afirma a TCK, que a decisão adotada no âmbito de um procedimento de autorização da alteração da estrutura acionista e da transferência de frequências não cria diretamente direitos a favor de terceiros. A situação jurídica destes últimos não é alterada, na medida em que podem continuar a dispor das frequências que lhes foram atribuídas.

29. Por outro lado, o órgão jurisdicional de reenvio refere que, segundo as observações apresentadas pela T-Mobile, a concentração entre a Orange e a Hutchison tem impacto na sua situação, uma vez que, nomeadamente, altera as quotas-partes das frequências atribuídas aos diferentes operadores que atuam no mercado. A decisão relativa à transferência das frequências exerce igualmente um impacto semelhante, pois tem como consequência compensar os efeitos negativos da concentração na concorrência.

30. Por esta razão, o Verwaltungsgerichtshof decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«Devem os artigos 4.º e 9.º-B da diretiva[-quadro] e o artigo 5.º, n.º 6, da diretiva [autorização] ser interpretados no sentido de que [reconhecem] a um concorrente, num procedimento nacional nos termos do artigo 5.º, n.º 6, da diretiva autorização, a qualidade de afetado/a na aceção do artigo 4.º, n.º 1, da diretiva-quadro?»

IV — Tramitação do processo no Tribunal de Justiça

31. O pedido de decisão prejudicial deu entrada no Tribunal de Justiça em 24 de maio de 2013.

32. Por despacho de 30 de setembro de 2013, o presidente do Tribunal de Justiça indeferiu o pedido do órgão jurisdicional de reenvio de que o processo fosse submetido à tramitação acelerada prevista no artigo 23.º-A do Estatuto do Tribunal de Justiça e no artigo 105.º do Regulamento de Processo.

33. A T-Mobile, a Hutchison, a A1, o Governo austríaco e a Comissão apresentaram observações escritas. A TCK, que não interveio na fase escrita, e a T-Mobile requereram a realização de uma audiência.

34. A T-Mobile, a TCK, a Hutchison, a A1 e a Comissão participaram na audiência, que teve lugar em 15 de maio de 2014.

⁸ — Acórdão Tele2 Telecommunication, C-426/05, EU:C:2008:103.

V — Análise

A — Observações preliminares

35. A título preliminar, gostaria de sublinhar que o litígio objeto do processo no órgão jurisdicional de reenvio não diz diretamente respeito ao direito de interpor recurso de uma decisão da autoridade reguladora na aceção do artigo 4.º, n.º 1, da diretiva-quadro. Com efeito, no processo principal, a T-Mobile não contesta o mérito da decisão relativa à transferência das frequências, mas a recusa em lhe ser reconhecida a qualidade de parte no procedimento perante a autoridade reguladora.

36. A importância da questão prejudicial para a decisão do litígio no processo principal resulta da jurisprudência austríaca, que subordina o reconhecimento da qualidade de parte num procedimento administrativo à questão de saber se a pessoa em causa beneficia, na aceção do artigo 4.º, n.º 1, da diretiva-quadro, de um direito de recurso da decisão que põe termo ao procedimento. O órgão jurisdicional de reenvio afirma que a pessoa que é «afetada» pela decisão da autoridade reguladora, na aceção do artigo 4.º, n.º 1, da diretiva-quadro, tem também o direito de ser parte na aceção do § 8 da AVG, uma vez que são precisamente estas partes que beneficiam do direito de interpor recurso da decisão em causa.

37. Para responder à questão colocada pelo órgão jurisdicional de reenvio importa interpretar tanto o artigo 4.º, n.º 1, da diretiva-quadro, como o artigo 5.º, n.º 6, da diretiva autorização.

38. Antes de analisar as referidas disposições, apreciarei a finalidade em que assenta o artigo 4.º, n.º 1, da diretiva-quadro.

B — Artigo 4.º, n.º 1, da diretiva-quadro e alcance da autonomia do direito processual nacional

39. Na sua decisão, o órgão jurisdicional de reenvio não só refere o artigo 4.º, n.º 1, da diretiva-quadro, mas também disposições e jurisprudência nacionais relativas à legitimidade para agir num processo perante um órgão jurisdicional administrativo.

40. Importa apreciar se esta referência é relevante para determinar as pessoas que beneficiam da legitimidade para agir no domínio regulado pelo direito da União das comunicações eletrónicas.

41. Recordo que, na falta de regulamentação da União na matéria, compete, em princípio, à ordem jurídica interna de cada Estado-Membro definir o sistema de medidas e de procedimentos destinados a assegurar a salvaguarda dos direitos que decorrem para os cidadãos do direito da União. Estas medidas são estabelecidas autonomamente pelo direito nacional, desde que sejam respeitados os princípios da efetividade e da equivalência⁹.

42. Todavia, é minha convicção que o princípio da autonomia processual não pode incluir a própria possibilidade de interposição de um recurso com vista a salvaguardar os direitos que decorrem para os cidadãos do direito da União. O princípio da autonomia processual apenas pode ser invocado na fase da fixação das regras e procedimentos específicos relativos às modalidades de exercício dos direitos resultantes do direito da União. Isto também é válido, *a fortiori*, nas situações em que, como sucede no presente processo, o direito da União inclui disposições concretas que determinam a existência de uma via de recurso específica.

43. Em meu entender, o legislador da União fixou essa premissa no artigo 4.º, n.º 1, da diretiva-quadro.

9 — V. acórdãos Rewe-Zentralfinanz e Rewe-Zentral, 33/76, EU:C:1976:188, n.º 5, e Inuit Tapiriit Kanatami e o./Parlamento e Conselho, C-583/11 P, EU:C:2013:625, n.º 102.

44. Nos termos do artigo 4.º, 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 autoridade reguladora, tem direito de recurso da referida decisão.

45. Segundo jurisprudência do Tribunal de Justiça, o conceito de pessoa «afetada» por uma decisão na aceção do referido artigo 4.º é um conceito autónomo do direito da União cujo alcance deve ser apreciado tendo em consideração o objetivo prosseguido por esta disposição¹⁰. De acordo com a referida jurisprudência, esta disposição constitui uma emanação do princípio da proteção jurisdicional efetiva que impõe aos órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros assegurar a proteção jurisdicional dos direitos conferidos pelo direito da União¹¹.

46. Em minha opinião, aquela disposição não tem por único objetivo refletir o princípio da proteção jurisdicional efetiva, que consagra já uma norma de nível superior, a saber, o artigo 19.º, n.º 1, segundo parágrafo, TUE, assim como o artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

47. O objetivo do artigo 4.º, n.º 1, da diretiva-quadro consiste em fixar um alcance uniforme para a legitimidade para agir dos particulares em matéria de comunicações eletrónicas.

48. Esta disposição pretende evitar uma situação em que uma pessoa, em circunstâncias fatuais idênticas, disponha num Estado-Membro da legitimidade para agir contra uma decisão de uma autoridade reguladora a fim de proteger os seus direitos, mas não beneficie dela noutra Estado. A existência de tais diferenças em relação ao acesso a uma via de recurso leva a que, conseqüentemente, o conteúdo dos direitos que decorrem para os cidadãos do direito da União em matéria de comunicações eletrónicas seja entendido de modo distinto segundo os Estados-Membros. Tais diferenças são igualmente suscetíveis de pôr em causa a própria existência deste tipo de direitos em determinados Estados-Membros.

49. A interpretação da referida disposição deve ter em conta a finalidade evocada no número anterior.

50. A interpretação do artigo 4.º, n.º 1, da diretiva-quadro deve ser suficientemente precisa para evitar a existência de diferenças substanciais no que respeita à legitimidade para agir nos diversos Estados-Membros, uma vez que, conforme recordado no n.º 48 *supra*, tais diferenças comprometem a aplicação uniforme das disposições do direito da União em matéria de comunicações eletrónicas. As referidas disposições não podem ser objeto de uma aplicação uniforme se for o direito nacional a determinar as pessoas que têm legitimidade para agir.

C — *Interpretação do artigo 4.º, n.º 1, da diretiva-quadro*

1. Acórdão Tele2 Telecommunication

51. O Tribunal de Justiça já se pronunciou, no processo Tele2 Telecommunication, sobre a interpretação do artigo 4.º, n.º 1, da diretiva-quadro.

10 — Acórdão Tele2 Telecommunication, EU:C:2008:103, n.º 27.

11 — *Ibidem*, n.º 30.

52. Nesse processo, o Tribunal de Justiça seguiu as conclusões do advogado-geral M. Poiares Maduro e declarou que o direito de recurso de uma decisão de uma autoridade reguladora podia ser exercido pelos utilizadores ou pelas empresas, mesmo que não fossem destinatários dessa decisão, «cujos direitos são prejudicados por ela». Esta interpretação engloba o caso em que a ordem jurídica da União, nomeadamente das diretivas sobre as telecomunicações, confere direitos subjetivos aos utilizadores e às empresas concorrentes e esses direitos são prejudicados na sequência de uma decisão adotada por uma autoridade reguladora nacional¹².

53. No que respeita ao procedimento administrativo que deu origem ao processo Tele2 Telecommunication — ou seja, o procedimento de análise de mercado previsto no artigo 16.º da diretiva-quadro — o Tribunal de Justiça sublinhou que podia conduzir à imposição de certas obrigações específicas à empresa com poder no mercado. Tais obrigações, nomeadamente a obrigação de não discriminação e a obrigação relativa ao acesso dos concorrentes aos recursos de rede, constituem medidas protetoras previstas no interesse dos concorrentes. Podem, assim, conferir a estes últimos direitos individuais correspondentes às obrigações impostas à empresa com poder no mercado¹³.

54. Por conseguinte, o Tribunal de Justiça fundamentou o seu acórdão na constatação de que as obrigações impostas pela decisão de uma autoridade reguladora ao operador com poder no mercado conferem potencialmente direitos a terceiros, que podem ser afetados por essa decisão.

55. Foi com base numa interpretação análoga que o Tribunal de Justiça fundamentou o acórdão que proferiu no processo Arcor, relativo à interpretação do artigo 5.º-A, n.º 3, da Diretiva 90/387/CEE¹⁴, que incluía uma regulamentação semelhante à do artigo 4.º, n.º 1, da diretiva-quadro.

56. O Tribunal de Justiça declarou nesse acórdão que o direito de recurso de uma decisão relativa à autorização das tarifas de acesso a uma rede local beneficia não só o operador da rede, mas também a empresa que goza de um acesso desagrupado à rede e que celebrou um contrato neste sentido com o referido operador. O Tribunal de Justiça teve em conta o facto de a decisão afetar os direitos subjetivos do recorrente enquanto parte no referido contrato. Todavia, esclareceu que a existência de um vínculo contratual não é necessária para demonstrar a qualidade para interpor um recurso¹⁵.

2. Dificuldades associadas à aplicação do acórdão Tele2 Telecommunication

57. Conforme já recordei, nos termos do acórdão Tele2 Telecommunication, as empresas cujos direitos subjetivos decorrentes do direito da União podem ser afetados por uma decisão de uma autoridade reguladora beneficiam de um direito de recurso da referida decisão.

58. Embora não existam dúvidas de que tal abordagem é fundada¹⁶, esta não permite estabelecer critérios suficientemente precisos para garantir uma interpretação uniforme do artigo 4.º, n.º 1, da diretiva-quadro.

59. As circunstâncias do presente processo, que constitui o terceiro pedido prejudicial que suscita o problema da legitimidade para agir no domínio das comunicações eletrónicas, demonstram que o acórdão Tele2 Telecommunication não esclarece as dúvidas sobre esta questão.

12 — *Ibidem*, n.ºs 33 e 48.

13 — *Ibidem*, n.ºs 34, 36 e 39.

14 — Diretiva 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), conforme alterada pela Diretiva 97/51/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de outubro de 1997 (JO L 295, p. 23).

15 — Acórdão Arcor, C-55/06, EU:C:2008:244, n.ºs 175 a 177.

16 — Decorre da premissa segundo a qual o princípio de proteção jurisdicional efetiva obriga os Estados-Membros a garantir a proteção dos direitos conferidos aos cidadãos pelo direito da União; v., por exemplo, acórdão Unibet, C-432/05, EU:C:2007:163, n.ºs 37 e 38.

60. Em primeiro lugar, esse acórdão não exclui uma interpretação do artigo 4.º, n.º 1, da diretiva-quadro segundo a qual a legitimidade para agir está subordinada ao requisito de o recorrente demonstrar que o direito da União lhe confere um direito subjetivo concreto.

61. Nomeadamente, conforme resulta das observações escritas do Governo austríaco, o requisito de o recorrente ser «afetado» pela decisão apenas é preenchido, segundo a jurisprudência austríaca, se a autoridade administrativa se pronunciar ou tiver a obrigação de se pronunciar sobre os direitos subjetivos do referido recorrente¹⁷. No presente processo, a TCK e o Governo austríaco baseiam-se nessa jurisprudência, salientando que o artigo 5.º, n.º 6, da diretiva autorização não estabelece direitos subjetivos em benefício das empresas concorrentes, mas refere unicamente a possibilidade de os Estados-Membros adotarem «medidas adequadas» para evitar que a concorrência seja falseada.

62. Tal interpretação do acórdão Tele2 Telecommunication — que, em minha opinião, é incorreta — ignora as diferenças que existem entre o direito de propor um processo e o objeto desse processo. A propositura de uma ação não pode estar condicionada à sua finalidade, ou seja, à constatação de direitos de que beneficia o demandante.

63. Em segundo lugar, importa ter em conta o facto de que o conceito de direitos subjetivos pode ser objeto de interpretações diferentes em função do contexto e que também é suscetível de assumir significados distintos nos diferentes regimes jurídicos.

64. No entanto, os acórdãos Tele2 Telecommunication e Arcor não respondem de forma clara à questão de saber se o critério da legitimidade para agir, que pressupõe que a decisão «afete desfavoravelmente os direitos» do recorrente, diz respeito:

- aos direitos subjetivos da referida parte em relação à autoridade administrativa,
- aos seus direitos que correspondem às obrigações regulamentares impostas a outro particular, ou
- a outro tipo de direitos, decorrentes, por exemplo, de um contrato de direito privado.

65. A título de exemplo, no processo Tele2 Telecommunication, o Tribunal de Justiça fundamentou a sua decisão na hipótese de a decisão impugnada lesar os direitos subjetivos dos concorrentes, correspondentes às obrigações impostas à empresa com poder no mercado¹⁸. Em contrapartida, no processo Arcor, o Tribunal de Justiça salientou que a decisão da autoridade reguladora afetava os direitos do recorrente enquanto parte num contrato relativo ao acesso aos lacetes locais¹⁹. Nenhum destes acórdãos diz respeito aos direitos subjetivos públicos do recorrente.

66. No presente processo, no que respeita à interpretação dada no acórdão Tele2 Telecommunication, tanto a Hutchison, como a A1 e o Governo austríaco alegam que a concessão ou a recusa de conceder a autorização de transferência das frequências não estabelece obrigações suscetíveis de conferir direitos a terceiros em relação às partes na operação em causa. Trata-se, em seu entender, de uma consequência da natureza do procedimento de transferência de frequências, que não tem por objetivo impor obrigações regulamentares em benefício de terceiros, mas assegurar uma concorrência eficaz no interesse geral.

17 — Acórdão de Verwaltungsgerichtshof de 26 de março de 2008, VwSlg 17.406 A/2008.

18 — Acórdão Tele2 Telecommunication, EU:C:2008:103, n.º 36.

19 — Acórdão Arcor, EU:C:2008:244, n.º 177.

67. No entanto, o órgão jurisdicional de reenvio afirma, com base no acórdão Arcor, que a decisão da autoridade reguladora relativa à transferência das frequências tem impacto nos direitos das partes na operação, assim como nos direitos de outros potenciais adquirentes de frequências. A Hutchison alega, por seu turno, que a T-Mobile nunca manifestou intenção de adquirir frequências, pelo que não é uma potencial adquirente.

68. As dúvidas expostas revelam a necessidade de esclarecer os critérios da legitimidade para agir fundada no artigo 4.º, n.º 1, da diretiva-quadro.

3. Proposta de interpretação do artigo 4.º, n.º 1, da diretiva-quadro

69. O requisito de a decisão «afetar» uma pessoa, na aceção do artigo 4.º, n.º 1, da diretiva-quadro, deve, em minha opinião, ser entendido no sentido de que visa os efeitos da decisão administrativa nos interesses da referida pessoa que estão sujeitos a uma proteção jurídica²⁰.

70. Em contrapartida, o reconhecimento da legitimidade para agir não impõe que o recorrente demonstre que os seus direitos subjetivos concretos foram violados.

71. Analisando mais detalhadamente o acórdão proferido no processo Tele2 Telecommunication, há que constatar que o Tribunal de Justiça não interpretou o artigo 4.º, n.º 1, da diretiva-quadro no sentido de que o preenchimento do requisito relativo ao facto de a pessoa em causa ser afetada pela decisão estava subordinado à violação efetiva de um direito subjetivo. O Tribunal de Justiça considerou, pelo contrário, que a decisão devia afetar negativamente os direitos de que a recorrente é a «beneficiári[a] potencia[l]»²¹.

72. Além disso, é minha convicção que a disposição interpretada não tem exclusivamente por objetivo assegurar a proteção de direitos em relação a outros particulares, conforme é defendido nas observações escritas das partes acima referidas, mas também proteger os direitos subjetivos públicos, entendidos como a possibilidade de exigir à autoridade reguladora a adoção de um comportamento legal²².

73. Em meu entender, não há dúvida de que qualquer decisão afeta o interesse jurídico do seu destinatário. Em contrapartida, a questão de saber se este requisito é preenchido por terceiros, que não são destinatários da decisão, exige uma análise mais aprofundada.

74. Recordamos que o artigo 4.º, n.º 1, da diretiva-quadro se refere a duas categorias de pessoas: os utilizadores e as empresas que oferecem redes e/ou serviços de comunicações eletrónicas. Na segunda categoria, é também possível distinguir a categoria das empresas concorrentes do destinatário da decisão nos mercados das comunicações eletrónicas.

75. Esta última categoria assume uma importância especial no âmbito da regulamentação das comunicações eletrónicas. Importa sublinhar que esta regulamentação visa promover a concorrência na oferta de redes e de comunicações eletrónicas.

20 — De igual modo, a legitimidade para agir dos particulares com base no artigo 263.º, quarto parágrafo, TFUE não está ligada à demonstração da violação de um direito subjetivo, mas, tendo em conta uma das três hipóteses referidas nesta disposição, ao requisito de o ato em causa afetar direta e individualmente a situação jurídica dos recorrentes.

21 — V. acórdão Tele2 Telecommunication, EU:C:2008:103, n.º 36.

22 — V., relativamente às diferentes concepções do direito subjetivo público, A. Wróbel, Prawo podmiotowe publiczne, *System prawa administracyjnego*, tomo 1 — Instytucje prawa administracyjnego, Instytut Nauk Prawnych PAN, Varsovie, C. H. Beck 2010, pp. 307 a 344.

76. Nomeadamente, o artigo 8.º, n.º 2, alínea b), da diretiva-quadro impõe aos Estados-Membros a obrigação de assegurarem que as autoridades reguladoras nacionais tomarão todas as medidas para promover a concorrência na oferta dos serviços de comunicações eletrónicas, velando por que a concorrência não seja falseada ou entravada no setor das comunicações eletrónicas e eliminando os últimos obstáculos à oferta dos referidos serviços²³.

77. O direito das comunicações eletrónicas tem por base a regulamentação *ex ante* do mercado e inclui igualmente disposições que estabelecem os requisitos para obtenção de autorizações da autoridade reguladora para as atividades ou operações suscetíveis de originar alterações substanciais nos mercados pertinentes, falseando a concorrência.

78. A este respeito, o direito das comunicações eletrónicas não visa apenas proteger a estrutura concorrencial do mercado enquanto tal, mas também garantir a proteção dos direitos das empresas concorrentes.

79. Importa salientar que o objetivo das regras de concorrência não é única e exclusivamente proteger os interesses diretos dos concorrentes, mas a estrutura do mercado e, assim, a concorrência enquanto tal²⁴. O interesse público que consiste na promoção da concorrência pode, no entanto, coincidir com o interesse individual das empresas concorrentes, que consiste em protegerem-se dos atos que afetam a sua posição no mercado.

80. A decisão adotada por uma autoridade reguladora num procedimento que visa proteger a concorrência tem indubitavelmente impacto no interesse individual das empresas cuja posição no mercado pode sofrer uma alteração substancial devido às medidas que são objeto da decisão.

81. Este interesse não é apenas de ordem factual mas também, atendendo aos objetivos da regulamentação acima referidos, de natureza jurídica. A situação das empresas concorrentes é tida em conta pelas disposições do direito da União, que impõem à autoridade reguladora a obrigação de adotar medidas destinadas a prevenir uma alteração substancial da posição das empresas concorrentes no mercado, suscetível de originar uma distorção ou uma restrição da concorrência.

82. Quanto às empresas concorrentes do destinatário da decisão, o requisito relativo ao facto de a decisão «afetar» uma pessoa, na aceção do artigo 4.º, n.º 1, da diretiva-quadro, está preenchido quando a autoridade reguladora se pronuncia num procedimento previsto por uma norma do direito da União que visa proteger a concorrência, e a decisão diz respeito a atividades ou a operações que afetam de forma substancial a posição do recorrente no mercado.

83. Conforme afirma a Comissão nas suas observações escritas, a legitimidade para agir das empresas concorrentes do destinatário de uma decisão foi definida de modo semelhante no direito da União no âmbito da interpretação do artigo 263.º, quarto parágrafo, TFUE.

84. Em matéria de controlo dos auxílios de Estado, a legitimidade para agir contra uma decisão da Comissão quanto à sua apreciação do mérito do auxílio ou contra uma decisão adotada na sequência de um procedimento formal está reservada às empresas concorrentes do beneficiário do auxílio, cuja posição no mercado é substancialmente afetada pelo auxílio concedido²⁵.

23 — V. acórdãos Centro Europa 7, C-380/05, EU:C:2008:59, n.º 81, e Comissão/Polónia, C-227/07, EU:C:2008:620, n.ºs 62 e 63.

24 — V. conclusões da advogada-geral J. Kokott no processo British Airways/Comissão (C-95/04 P, EU:C:2006:133), n.º 68, e acórdão GlaxoSmithKline Services e o./Comissão e o., C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P, EU:C:2009:610, n.º 63.

25 — V. acórdãos Cofaz e o./Comissão, 169/84, EU:C:1986:42, n.ºs 22 a 35, e Comissão/Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum, C-78/03 P, EU:C:2005:761, n.ºs 37 e 70.

85. De igual modo, possui legitimidade para agir contra uma decisão da Comissão em matéria de controlo de concentrações a empresa que, apesar de não ser nem parte na concentração nem destinatária da decisão impugnada, demonstra, nomeadamente, que tem, no mínimo, a qualidade de concorrente potencial e que a operação pode alterar de forma caracterizada a sua posição nos mercados relevantes²⁶.

86. Nestes exemplos retirados do direito processual da União, a legitimidade para agir não está, assim, dependente do requisito de uma violação de direitos subjetivos. Compete exclusivamente à autoridade que aprecia o mérito do procedimento pronunciar-se sobre a eventual violação de direitos subjetivos.

87. À luz das considerações expostas, considero que o artigo 4.º, n.º 1, da diretiva-quadro deve ser interpretado no sentido de que dispõe de um direito de recurso de uma decisão de uma autoridade reguladora a empresa atual ou potencialmente concorrente do destinatário da decisão, se a autoridade reguladora se pronunciar no âmbito de um procedimento previsto pelo direito da União para proteger a concorrência, e a decisão disser respeito a atividades ou a uma operação suscetíveis de afetar de forma substancial a posição do recorrente no mercado.

4. Aplicação desta interpretação ao artigo 5.º, n.º 6, da diretiva autorização

88. Em seguida, importa apreciar se a interpretação acima referida é aplicável a uma decisão da autoridade reguladora relativa à transferência de direitos de utilização de frequências, conforme prevista no artigo 5.º, n.º 6, da diretiva autorização.

89. As frequências são um recurso escasso (limitado), que não permite satisfazer as necessidades potenciais de todos os operadores, mas não deixam de ser necessárias ao exercício de determinados tipos de atividade económica no setor das comunicações eletrónicas, nomeadamente para oferecer serviços através da sua própria rede de telefonia móvel.

90. Uma concentração excessiva de frequências numa empresa pode conduzir a uma distorção das condições de concorrência aplicáveis a uma atividade económica para a qual é indispensável dispor de frequências. A autorização de utilização de um bem público que constitui um recurso escasso oferece ao operador económico seu titular uma vantagem em relação a outros operadores que pretendam igualmente utilizar esse recurso²⁷.

91. Algumas disposições da diretiva-quadro e da diretiva autorização têm em conta esta premissa.

92. O artigo 9.º, n.º 1, da diretiva-quadro exige que a concessão das autorizações relativas à utilização de frequências se baseie em critérios objetivos, transparentes, não discriminatórios e proporcionais. O artigo 9.º-B, n.º 2, da referida diretiva impõe uma obrigação de notificar a autoridade reguladora e de tornar pública a intenção de transferir direitos de utilização de frequências.

93. Nos termos do artigo 5.º, n.º 6, da diretiva autorização, as autoridades reguladoras nos Estados-Membros devem assegurar que a concorrência não seja falseada por transferências ou acumulação de direitos de utilização de radiofrequências. Para tal, os Estados-Membros podem tomar medidas adequadas, como a obrigação de venda ou de concessão de direitos de utilização de radiofrequências.

26 — V., acórdãos *Air France/Comissão*, T-3/93, EU:T:1994:36, n.º 82; *Kaysersberg/Comissão*, T-290/94, EU:T:1997:186; *ARD/Comissão*, T-158/00, EU:T:2003:246, n.ºs 78 e 95; *BaByliss/Comissão*, T-114/02, EU:T:2003:100, n.ºs 96 a 100.

27 — V., no que respeita à justificação das taxas aplicáveis aos direitos de utilização de frequências, acórdão *Belgacom e o.*, C-375/11, EU:C:2013:185, n.º 50 e jurisprudência referida.

94. Apesar de, no último período da referida disposição, ser utilizado um termo que corresponde a uma faculdade — os Estados-Membros «podem» tomar medidas adequadas —, resulta, efetivamente, do período anterior dessa disposição que, caso o Estado-Membro autorize a transferência de direitos de utilização de frequências entre operadores, tem igualmente a obrigação de instituir um quadro jurídico adequado para regular tais operações, a fim de prevenir a distorção das condições de concorrência²⁸.

95. Concordo com a tese defendida pela T-Mobile nas suas observações escritas, segundo a qual é possível estabelecer uma analogia entre a primeira atribuição de frequências e a transferência posterior de direitos.

96. Não há dúvida de que, na primeira atribuição das frequências, os Estados-Membros devem dar especial atenção à necessidade de garantir a estrutura concorrencial do mercado. Esta obrigação é ineficaz se a transferência posterior de direitos entre empresas concorrentes puder prejudicar a estrutura concorrencial.

97. À luz destas considerações, o controlo da operação de transferência de frequências previsto no artigo 5.º, n.º 6, da diretiva autorização e, por conseguinte, também o procedimento na TCK objeto do processo no principal, tem por principal objetivo proteger a estrutura concorrencial do mercado.

98. Tendo em conta a interpretação que proponho para o artigo 4.º, n.º 1, da diretiva-quadro, os concorrentes devem ter o direito de interpor recurso da decisão tomada no âmbito de um procedimento dessa natureza, uma vez que a operação em causa pode afetar de forma substancial a sua posição no mercado.

99. Quanto ao efeito da operação entre a Hutchison e a A1 na posição que a T-Mobile ocupa no mercado, trata-se de uma questão da competência do órgão jurisdicional de reenvio, ao qual cabe aplicar a norma do direito da União, conforme foi interpretada, à situação factual concreta.

100. No entanto, assinalo que resulta da decisão do órgão jurisdicional de reenvio que o recorrente no processo principal está em concorrência direta com as partes na operação de transferência das frequências. Além disso, os concorrentes atuam num mercado oligopolístico que se caracteriza, nomeadamente, pela existência de barreiras significativas à entrada.

101. Estas circunstâncias indicam de forma clara que a operação afeta substancialmente a posição da empresa concorrente no mercado²⁹.

102. Importa também salientar que, conforme resulta das observações escritas da Comissão, as referidas circunstâncias foram tidas em conta para reconhecer à T-Mobile a qualidade de interessada no procedimento de controlo das concentrações na Comissão, relativo à fusão entre a Hutchison e a Orange.

103. Por outro lado, conforme afirma corretamente a Comissão, os objetivos do procedimento previsto no artigo 5.º, n.º 6, da diretiva autorização são semelhantes aos do controlo das concentrações, mas limitados às questões sobre a transferência de frequências na sequência da fusão. A exigência relativa à autorização prévia da autoridade reguladora visa evitar a situação em que a transferência dos direitos de utilização de frequências conduz a uma concentração dos referidos direitos ou ao reforço da posição de uma empresa de um modo que distorça a concorrência.

28 — V. P. Nihoul, P. Rodford, *EU Electronic Communications Law*, Oxford 2011, pp. 101, 116.

29 — V., por analogia, acórdão BaByliss/Comissão, EU:T:2003:100, n.º 100.

104. À luz das considerações expostas, o artigo 4.º, n.º 1, da diretiva-quadro deve ser interpretado no sentido de que uma empresa que concorre com as partes numa operação de transferência de direitos de utilização de frequências, prevista no artigo 5.º, n.º 6, da diretiva autorização, dispõe do direito de recurso da decisão de uma autoridade reguladora que autoriza tal operação, se esta última puder afetar substancialmente a sua posição no mercado.

VI — Conclusão

105. Tendo em conta as considerações expostas, proponho que o Tribunal de Justiça responda da seguinte forma à questão submetida pelo Verwaltungsgerichtshof (Áustria):

«O artigo 4.º da Diretiva 2002/21/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de março de 2002, relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações eletrónicas (diretiva-quadro), conforme alterada pela Diretiva 2009/140/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro de 2009, deve ser interpretado no sentido de que empresa que concorre com as partes numa operação de transferência de direitos de utilização de frequências, prevista no artigo 5.º, n.º 6, da Diretiva 2002/20/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de março de 2002, relativa à autorização de redes e serviços de comunicações eletrónicas (diretiva autorização), conforme alterada pela Diretiva 2009/140/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro de 2009, dispõe do direito de recurso da decisão de uma autoridade reguladora que autoriza tal operação, se esta puder afetar substancialmente a sua posição no mercado.»