

## CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL

DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

apresentadas em 28 de Junho de 2007<sup>1</sup>

### I — Introdução

1. No dia 27 de Fevereiro do corrente ano, apresentei as minhas conclusões no processo Telefónica 02 Czech Republic<sup>2</sup> em que o Obvodní soud (tribunal de primeira instância) n.º 3 de Praga suscitou algumas questões relativas às telecomunicações na União Europeia. Aí, assomava dos bastidores o regime transitório do chamado «novo quadro regulamentar»<sup>3</sup>, aprovado em 7 de Março de 2002 e publicado em 24 de Abril seguinte<sup>4</sup>; todavia, absteve-me de o trazer a cena, pois a resolução do litígio no processo principal não precisava da sua análise.

2. O Bundesverwaltungsgericht (supremo tribunal federal de contencioso administrativo) da República Federal da Alemanha propõe agora, nos termos do artigo 234.º CE, um libreto em que o referido regime transitório assume um papel principal, pois pretende clarificar a amplitude do dever de os Estados-Membros, nos termos dos artigos 27.º, primeiro parágrafo, primeiro período, da directiva-quadro, e 16.º, n.º 1, alínea a), da directiva serviço universal, manterem transitoriamente as obrigações impostas a alguns operadores no regime anterior.

3. Tem dúvidas sobre se esta continuidade afecta as obrigações directamente instituídas por lei ou se, pelo contrário, apenas é aplicável às resultantes de um acto individual, perguntando se abrange uma regulamentação que submete a autorização prévia as tarifas que uma empresa com posição dominante cobra aos utilizadores pelos serviços de telefonia vocal (primeira questão).

4. De qualquer modo, o alto tribunal de reenvio, além de observar que os artigos 27.º da directiva-quadro e 16.º da directiva serviço universal não impõem a manutenção

1 — Língua original: espanhol.

2 — Acórdão de 14 de Junho de 2007 (C-64/06, Colect., p. I-4887).

3 — Composto por quatro directivas do Parlamento Europeu e do Conselho: a Directiva 2002/19/CE relativa ao acesso e interligação de redes de comunicações electrónicas e recursos conexos (directiva acesso); a Directiva 2002/20/CE relativa à autorização de redes e serviços de comunicações electrónicas (directiva autorização); a Directiva 2002/21/CE relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações electrónicas (directiva-quadro); e a Directiva 2002/22/CE relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações electrónicas (directiva serviço universal).

4 — JO L 108, pp. 7, 21, 33 e 51.

de obrigações com origem legal, necessita de saber se a permitem, não procedendo a uma harmonização completa e deixando aos Estados-Membros uma margem de manobra suficiente (segunda questão).

## II — Quadro jurídico

### A — *Direito comunitário*

5. A intervenção da Comunidade no sector das telecomunicações foi estruturada em duas fases: uma, que arrancou no início dos anos noventa do século passado, para flexibilizar os mercados e aproximar os ordenamentos nacionais; outra, iniciada depois da criação das condições para uma concorrência efectiva<sup>5</sup>, cristalizada no referido «novo quadro regulamentar»<sup>6</sup>.

6. Entre as duas fases, foi aprovada a Directiva 98/10/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Fevereiro de 1998, relativa à aplicação da oferta de rede aberta

5 — A liberalização total na Comunidade da prestação de serviços e infra-estruturas de telecomunicações, com períodos transitórios para determinados Estados-Membros, foi alcançada em 1 de Janeiro de 1998.

6 — Estudo este processo evolutivo nas conclusões do processo Nuova società di telecomunicazioni (n.ºs 3 a 6), acórdão de 18 de Julho de 2006 (C-339/04, Colect., p. I-6917), bem como nas conclusões Telefónica 02 Czech Republic (já referidas, n.ºs 4 a 7).

(ORA) à telefonia vocal e ao serviço universal de telecomunicações num ambiente concorrencial<sup>7</sup>. O seu artigo 17.º, com a epígrafe «Princípios tarifários», obrigava as autoridades reguladoras nacionais a garantir que as empresas com poder de mercado significativo fixavam as tarifas em função dos custos (n.ºs 1 e 2)<sup>8</sup>, independentemente do tipo de aplicação escolhido pelos utilizadores, salvo se estes solicitassem serviços ou facilidades diferentes, caso em que as tarifas aplicadas às facilidades adicionais deviam ser desagregadas (n.ºs 3 e 4). A entrada em vigor das alterações das tarifas dependia de um período adequado de pré-aviso público (n.º 5). Finalmente, os Estados-Membros podiam estabelecer excepções a estas exigências nas zonas geográficas em que existia concorrência efectiva (n.º 6).

7. «O novo quadro regulamentar» das telecomunicações, com o afã de «assegurar a continuidade dos acordos existentes e evitar um vazio jurídico» (décimo segundo considerando da directiva acesso), preocupa-se em manter, até à sua revisão, os deveres estabelecidos na regulamentação anterior.

7 — JO L 101, p. 24.

8 — O n.º 2 deste artigo 17.º remete para os critérios harmonizados referidos no n.º 4 do anexo II da Directiva 90/387/CEE 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).

8. A este propósito, com carácter geral, o artigo 27.º, primeiro parágrafo, da directiva-quadro estabelece que os Estados-Membros manterão em vigor «nas suas legislações nacionais [...] todas as obrigações referidas no artigo 7.º da [...] (directiva acesso)<sup>9</sup> e no artigo 16.º da [...] (directiva serviço universal), até ao momento em que a autoridade reguladora nacional se pronuncie a respeito dessas obrigações nos termos do artigo 16.º da presente directiva».

9. Mais especificamente, o artigo 16.º, n.º 1, da directiva serviço universal prolonga os deveres dos países da Comunidade em matéria de:

«a) Tarifas de retalho para a oferta de acesso e utilização da rede telefónica pública nos termos do artigo 17.º da Directiva 98/10/CE

[...]

até se efectuar uma revisão e se tomar uma decisão em conformidade com o procedimento previsto no n.º 3 do presente artigo.»

10. O n.º 3 remete para o procedimento do artigo 16.º da directiva-quadro, segundo o qual as autoridades reguladoras nacionais, em colaboração com as autoridades nacionais reguladoras da concorrência, realizam uma análise dos mercados relevantes (n.º 1) e separam os verdadeiramente concorrenciais dos que não o são, para suprimir nos primeiros as obrigações impostas no passado às empresas com posição dominante e mantê-las ou modificá-las nos segundos (n.ºs 2, 3 e 4).

## B — *Regulamentação alemã*

11. O artigo 25.º, n.º 1, da Telekommunikationsgesetz (lei relativa às telecomunicações, a seguir «TKG»), de 25 de Julho de 1996<sup>10</sup>, remetendo para os artigos 24.º e 27.º a 31.º da mesma lei, sujeitava a aprovação administrativa as tarifas que as empresas com posição dominante cobravam aos consumidores finais pela prestação de serviços telefónicos, bem como os demais elementos previstos nas condições gerais de contratação. O n.º 1 do referido artigo 24.º vinculava o seu montante aos custos da prestação.

9 — Trata-se das obrigações em matéria de acesso e interligação a cargo das empresas fornecedoras de redes ou serviços de comunicações públicas.

10 — BGBl. I, p. 1120.

12. O artigo 150.º, n.º 1, da TKG de 22 de Junho de 2004<sup>11</sup> prorroga a vigência das obrigações que recaem sobre esse tipo de empresas, decorrentes da TKG de 1996, até à sua substituição por novas decisões adoptadas em conformidade com a parte 2 da própria Lei de 2004, que regula o modo de definição e análise dos mercados.

### III — Factos e processo principal

13. A Deutsche Telekom AG é uma sociedade de telecomunicações que opera na Alemanha, onde, através de uma rede fixa, oferece serviços de telefonia vocal.

14. Em 8 de Junho de 2004, a Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (autoridade reguladora das comunicações e correios)<sup>12</sup> declarou que as tarifas dessa empresa e as correspondentes cláusulas das condições gerais de contratação estavam sujeitas a autorização, nos termos do artigo 25.º, n.º 1, da TKG de 1996.

15. Após a entrada em vigor da TKG de 2004 e por força do artigo 150.º, n.º 1, a Deutsche Telekom propôs uma acção, alegando a caducidade das obrigações impostas pela decisão de 8 de Junho de 2004.

16. O Verwaltungsgericht (tribunal de contencioso administrativo) de Colónia, por acórdão de 15 de Setembro de 2005, julgou o pedido procedente, com o fundamento de que a disposição transitória do artigo 150.º, n.º 1, da TKG de 2004 só abrange as obrigações que não exijam qualquer acto de execução e que sejam completas, caracterização que não se adequa ao artigo 25.º, n.º 1, da TKG de 1996.

17. A administração pública demandada interpôs recurso para o Bundesverwaltungsgericht, defendendo a vigência das obrigações anteriores até que seja tomada uma decisão, com base na TKG de 2004, quanto à necessidade de autorização para as tarifas cobradas aos clientes.

### IV — As questões prejudiciais

18. O tribunal de reenvio considera que a pretensão da Deutsche Telekom não tem

11 — BGBl. I, p. 1190.

12 — Actual Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen (Agência Federal de redes de electricidade, gás, telecomunicações, correios e comboios).

base legal no ordenamento alemão<sup>13</sup>, mas desconhece se o direito comunitário conduz ao mesmo resultado, pelo que, depois de suspender a instância, submeteu ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

- «1) O artigo 27.º, primeiro parágrafo, da [...] directiva-quadro e o artigo 16.º, n.º 1, alínea a), da [...] directiva serviço universal devem ser interpretados no sentido de que se devem manter transitóriamente em vigor a exigência legal, prevista no direito interno anterior, de aprovação das remunerações cobradas pela prestação de serviços de telefonia vocal a utilizadores finais por uma empresa com posição dominante nesse mercado e, por conseguinte, o acto administrativo que, concomitantemente, determina a sujeição a essa aprovação?»

Se a resposta à primeira questão for negativa:

- 2) O direito comunitário obsta à manutenção em vigor de uma exigência tão ampla?»

13 — Relativamente aos critérios habituais de interpretação (literal, sistemático e teleológico), a autorização exigida pelo acordo de 8 de Junho de 2004, nos termos do artigo 25.º, n.º 1, da TKG de 1996 integra-se no regime transitório do artigo 150.º, n.º 1, da TKG de 2004.

## V — O processo no Tribunal de Justiça

19. O despacho que submete as questões prejudiciais deu entrada na Secretaria do Tribunal de Justiça em 15 de Junho de 2006. Apresentaram observações escritas os Governos alemão, belga, italiano e lituano, as partes no processo principal e a Comissão, tendo as três últimas estado presentes na audiência, realizada em 7 de Junho de 2007.

## VI — Análise das questões prejudiciais

### A — A primeira questão prejudicial

20. Uma vez mais, o tempo desempenha um papel relevante num processo pendente neste Tribunal de Justiça<sup>14</sup>. O objecto principal deste reenvio encerra, na realidade, dois problemas: um reside em determinar se a manutenção transitória, até que haja uma deliberação específica, das obrigações que, em conformidade com o ordenamento anterior, incumbem a uma empresa com posição dominante no sector abrange as obrigações

14 — Pensar que nesta vida as coisas dela hão-de durar sempre num estado é pensar no escusado; [...] a vida humana corre para o seu termo mais leve que o tempo (de Cervantes, M. — *Don Quijote de la Mancha*, segunda parte, capítulo III, edição, introdução e notas de Martín de Riquer, Ed. BA, Barcelona, 1994, p. 1016).

de todos os tipos ou, pelo contrário, exclui as que, por serem provenientes de uma norma, têm carácter geral e abstracto. A resolução deste problema depende do significado que se atribua aos artigos 27.º, primeiro parágrafo, da directiva-quadro, e 16.º, n.º 1, alínea a), da directiva serviço universal.

21. O outro problema incide sobre o artigo 25.º, n.º 1, da TKG de 1996, para saber se a sujeição a autorização das tarifas cobradas aos clientes por uma sociedade com posição dominante nos serviços de telefonia vocal constitui uma obrigação que se deve manter até ao novo regime, nos termos das referidas normas das directivas quadro e serviço universal, cujo espírito também anima o artigo 150.º, n.º 1, da TKG de 2004.

22. Antes de prosseguir e com o intuito de definir o debate prejudicial, cumpre descartar a nova perspectiva apresentada pela Deutsche Telekom na audiência, alegando que a análise não devia centrar-se na forma (disposição geral ou acto individual) através da qual as obrigações são impostas aos operadores com posição dominante, mas no seu conteúdo material. Nesta linha, entende que, ao exigir autorização para as tarifas de telefonia vocal, o legislador alemão excedeu a finalidade da norma comunitária. Com esta posição, afasta-se dos termos em que a questão prejudicial foi suscitada e ignora o sentido do artigo 17.º da Directiva 98/10, de acordo com o qual as autoridades regulado-

ras nacionais são encarregadas de garantir que as empresas com poder de mercado significativo fixem as tarifas em função dos custos, sem impor, conseqüentemente, um controlo *a posteriori* nem excluir outro *ex ante*. Quanto a este assunto, as instâncias estatais gozam de liberdade de escolha.

23. Devo acrescentar, também em resultado da audiência, algumas ideias suplementares: na realização da análise dos mercados alemães não se observa qualquer demora desproporcionada; o tribunal de reenvio, ao qual incumbe a fixação dos factos do processo principal, não considerou essa eventualidade; e a própria regulamentação comunitária (artigo 7.º, n.º 6, da directiva-quadro) dá resposta a uma situação com essas características.

1. Observações preliminares indispensáveis

24. Para começar, cumpre destacar três afirmações não debatidas no processo prejudicial: a Deutsche Telekom goza de uma posição de privilégio no mercado nacional; o seu pedido é desprovido de fundamento no direito alemão, seja ordinário ou constitucional; e a TKG de 2004 foi aprovada para transpor o «novo quadro regulamentar» da Comunidade Europeia relativo às telecomunicações.

25. A primeira afirmação demonstra que a empresa referida se encontra numa situação de facto prevista nas disposições transitórias dos ordenamentos comunitário e nacional, pois ambos são aplicáveis a operadores da sua categoria<sup>15</sup>.

26. A segunda afirmação sublinha a correcção da posição do Bundesverwaltungsgericht, que, interpretando o seu ordenamento interno, vê com nitidez o fulcro do litígio, mas duvida que o direito comunitário avalize essa conclusão, pelo que recorreu ao Tribunal de Justiça.

27. Na terceira afirmação, observa-se que a TKG de 2004 transpõe as directivas de 2002, de modo que os critérios exegéticos dos artigos 27.º da directiva-quadro e 16.º da directiva serviço universal podem ser extrapolados para o artigo 150.º da referida lei. O próprio despacho de reenvio ilustra esta ideia, pois nos n.ºs 22 a 53 apresenta diversos argumentos para julgar improcedente o pedido da Deutsche Telekom de acordo com o direito nacional e recorre, em seguida (n.ºs 63 a 74), a critérios semelhantes para antever um resultado análogo no regime da União Europeia, embora com maiores receios. Propõe, assim, ao Tribunal de Justiça

um guião que os litigantes que apresentaram observações escritas ratificaram de modo significativo.

28. Neste contexto, adquire todo o seu relevo o intercâmbio prejudicial, que, longe de ser um interrogatório em que um órgão jurisdicional se limita a perguntar e a esperar a resposta que outro órgão jurisdicional lhe fornece, se organiza como um autêntico diálogo, uma prática em que os companheiros de tertúlia expressam as suas reflexões, por mais que a última palavra, por razões institucionais e de uniformidade do sistema, caiba só a um, que impõe a sua opinião tendo em conta o parecer dos demais. Pois bem, o Bundesverwaltungsgericht, no despacho de reenvio, utiliza um proveitoso método de trabalho, que, como os outros participantes no debate, adoptarei nos números seguintes, para chegar a uma solução aceite por todos, com excepção, por motivos que não precisam de explicação, da Deutsche Telekom.

2. A natureza das obrigações abrangidas pelo regime transitório

15 — O artigo 27.º, primeiro parágrafo, da directiva-quadro remete para o artigo 16.º da directiva serviço universal, que refere as tarifas de retalho nos termos do artigo 17.º da Directiva 98/10, que estabelece os princípios a que estão sujeitos os organismos com poder de mercado significativo.

29. Seja qual for a fórmula hermenêutica escolhida (literal, sistemática, histórica ou teleológica), conduz a idêntico resultado: os artigos 27.º, primeiro parágrafo, da directiva-

quadro e 16.º, n.º 1, da directiva serviço universal referem as obrigações previstas no regime nacional anterior, independentemente da sua origem, abstracta e geral, numa norma, ou concreta e individual, num acto administrativo.

a) A redacção dos artigos objecto de interpretação

30. O artigo 27.º, primeiro parágrafo, da directiva-quadro refere, sem maior detalhe, que «[o]s Estados-Membros manterão em vigor, *nas suas legislações nacionais, todas as obrigações*» referidas nos artigos 7.º da directiva acesso e 16.º, n.º 1, da directiva serviço universal. A alínea a) desta última norma recorre a uma fórmula similar para prolongar provisoriamente as obrigações relativas às tarifas dos serviços de telefonia<sup>16</sup>. Nenhuma das duas normas introduz qualquer matiz, pelo que onde a lei não distingue não deve fazê-lo o intérprete (*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*), podendo defender-se, como deixam transparecer as suas palavras, que o legislador comunitário quer manter transitóriamente as obrigações estabelecidas durante a vigência da regulamentação anterior, abstraindo da sua natureza.

31. Este entendimento, apoiado pela redacção das normas, não se dissipa porque, na linha seguinte, é confiada a cessação do carácter transitório à autoridade nacional de regulação, que se pronuncia sobre as antigas obrigações depois da análise de mercado referida no artigo 16.º da directiva-quadro. A Deutsche Telekom alega que, se estas entidades são chamadas a decidir sobre a manutenção dessas obrigações, é de presumir que nos artigos controvertidos se entende que estas foram decididas individualmente por elas próprias, dado que não têm competência para se pronunciar sobre decisões provenientes dos centros com capacidade normativa, seja legislativa ou governativa.

32. A posição da empresa demandante no processo principal assenta numa premissa errada, já que atribui às autoridades nacionais de regulação um papel que as directivas quadro e serviço universal não lhes conferem, pois, na redacção dos respectivos artigos 27.º, primeiro parágrafo, e 16.º, n.ºs 1 e 3, as referidas autoridades não substituem o legislador, antes executam fielmente as suas instruções, expressas com o cuidado desenho de um procedimento (descrito no n.º 10 das presentes conclusões), no qual, em função dos resultados, se devem manter, alterar ou suprimir definitivamente as obrigações impostas num ordenamento que ficou suspenso com a entrada em vigor do «novo quadro regulamentar».

16 — *Toutes les obligations ou l'ensemble des obligations*, na versão francesa de ambas as normas; *all obligations*, na inglesa; *alle Verpflichtungen*, na alemã; e *tutti gli obblighi*, na italiana.

33. O objectivo deste procedimento, que inclui uma análise dos mercados, consiste



em abolir as obrigações impostas no passado às empresas com posição dominante, quando se atinja um elevado nível de concorrência, mantendo-as ou alterando-as nos outros casos, medida esta que afecta essas obrigações independentemente da sua fonte: uma norma ou um acto individual da autoridade. Neste caso, uma obrigação que decorra directamente da norma é substituída, conforme dispõe o seu autor, por outra adoptada individualmente. Tem razão o Governo alemão (n.º 14 das observações escritas) ao referir que nada obsta a que o legislador subordine a manutenção dos efeitos de uma lei a uma decisão do poder executivo, desde que, acrescento agora, uma reserva constitucional não o impeça.

34. Noutros termos, as entidades reguladoras nacionais, porque assim o dispõem as directivas quadro e serviço universal, com base em dados objectivos deduzidos num procedimento determinado, põem termo a uma situação transitória, chamada a ser substituída pela decorrente do ordenamento actual, mantendo as obrigações pertinentes — ainda que com outra marca —, transformando-as ou, pura e simplesmente, eliminando-as. É evidente que essas autoridades não se imiscuem em território alheio, pois intervêm convidadas pelo seu proprietário.

#### b) Uma visão sistemática

35. A preocupação de evitar lacunas e incorporar as obrigações do regime anterior,

sem prejuízo da sua imediata revisão, pulsa no «novo quadro regulamentar», por exemplo, no décimo segundo considerando e no artigo 7.º da directiva acesso, imbuídos do mesmo espírito que os artigos 27.º da directiva-quadro e 16.º da directiva serviço universal, quando promovem a manutenção transitória de certas obrigações impostas ao abrigo das directivas anteriores.

36. Especificamente, referem os artigos 4.º, 6.º, 7.º, 8.º, 11.º, 12.º e 14.º da Directiva 97/33/CE<sup>17</sup>, o artigo 16.º da Directiva 98/10 e os artigos 7.º e 8.º da Directiva 92/44/CEE<sup>18</sup>. Pois bem, algumas destas normas criam directamente obrigações para os operadores; outras, os artigos 6.º, 7.º, 8.º, 11.º, 12.º e 14.º da Directiva 97/33, 7.º e 8.º da Directiva 92/44 e 16.º da Directiva 98/10, delegam nos Estados-Membros. Neste último grupo, vários preceitos invocam as autoridades estatais de modo não específico (artigos 6.º, 7.º e 8.º da primeira directiva; artigos 7.º e 8.º da segunda<sup>19</sup>), enquanto outros referem expressamente os organismos nacionais de regulação (artigos 11.º, 12.º e 14.º da Directiva 97/33; artigo 16.º da Directiva 98/10).

17 — 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).

18 — Directiva 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).

19 — Utilizam as fórmulas «os Estados-Membros devem velar» ou «os Estados-Membros devem assegurar».

37. Parece, pois, que essas medidas apontam para actos individuais mas também para mandatos gerais, visto que as obrigações se regem por um regime ou por outro, em função da repartição do poder em cada sistema constitucional.

38. Esta ideia é reafirmada se, em lugar de olhar para previsões exógenas às directivas, nos virarmos para o seu interior e, concretamente, para a directiva serviço universal, que contém a norma mais específica das que protagonizam o presente processo prejudicial: o artigo 16.º, para o qual remete o artigo 27.º da directiva-quadro. De facto, o vigésimo oitavo considerando da directiva serviço universal considera necessário garantir que as «disposições» relativas ao conjunto mínimo de serviços de linhas alugadas até ao momento em que as autoridades reguladoras nacionais determinem, de acordo com os processos de análise de mercado pertinentes, que essas disposições já não são necessárias. Por sua vez, segundo recorda o Governo alemão, o anexo VII da mesma directiva apela à prorrogação das condições estabelecidas na Directiva 92/44 para um conjunto mínimo de linhas alugadas, cujo carácter abstracto e universal é indiscutível, até que se determine se existe concorrência efectiva no sector.

39. Finalmente, fechando o círculo e concentrando o estudo no artigo 16.º da directiva serviço universal, percebe-se que

os Estados-Membros tenham que manter provisoriamente tanto as obrigações com origem na lei como as provenientes de um acto de execução. O n.º 1, alínea c), do mesmo artigo refere-se às obrigações em matéria de linhas alugadas, nos termos dos artigos 3.º, 4.º, 6.º, 7.º, 8.º e 10.º da Directiva 92/44, já referida, com inequívoca natureza regulamentar. A título exemplificativo, veja-se o artigo 8.º, que encarrega os Estados-Membros de providenciarem para que cada entidade reguladora nacional estabeleça procedimentos adequados e transparentes para controlar a sujeição dos operadores aos deveres de utilização e acesso a este tipo de linhas, ou o artigo 6.º, que delega no ordenamento nacional a apresentação das razões de interesse geral («requisitos essenciais»)<sup>20</sup> susceptíveis de justificar restrições na sua utilização.

#### c) O critério histórico

40. O Governo alemão recorre aos trabalhos preparatórios do «novo quadro regulamentar», aprovado em 2002, prestando informações que ajudam na reflexão.

20 — O artigo 2.º, n.º 6, da Directiva 90/387 define este conceito como «as razões de interesse geral e de natureza não económica que podem levar um Estado-Membro a limitar o acesso à rede pública de telecomunicações ou aos serviços públicos de telecomunicações. Essas razões são a segurança de funcionamento da rede, a manutenção da sua integridade e, em casos justificados, a interoperabilidade dos serviços e a protecção dos dados. A protecção dos dados pode incluir a protecção dos dados pessoais, a confidencialidade das informações transmitidas ou armazenadas e a protecção do domínio privado».

41. É certo que a proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Julho de 2000, relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações electrónicas<sup>21</sup>, não incluía regras de aplicação no tempo que atribuíssem continuidade, no âmbito da regulamentação actual, às situações herdadas da anterior. O Comité Económico e Social, no parecer relativo a essa proposta<sup>22</sup>, sugeriu um mecanismo transitório para que a «legislação [na época] vigente» se mantivesse até à realização da primeira análise de mercado (n.º 4.4). Este precedente dá sentido ao artigo 27.º, primeiro parágrafo, da directiva-quadro, quando impõe aos Estados-Membros que mantenham em vigor as obrigações existentes nas suas «legislações nacionais», até ao momento em que uma autoridade reguladora se pronuncie nos termos do artigo 16.º da mesma directiva, isto é, até à análise referida. Parece incontestável que, com este antecedente, o artigo 27.º se refere a todos os tipos de obrigações, tanto as directamente oriundas da lei como as instituídas por acto administrativo.

-Membros mantivessem todas as obrigações «em vigor» em matéria de tarifas a retalho, nos termos do artigo 17.º da Directiva 98/10, até que fosse tomada uma decisão à luz das análises de mercado. A expressão «em vigor» desapareceu na redacção definitiva da norma e, ainda que não seja determinante, a sua utilização ilustra a intenção do seu autor, pois, habitualmente, a qualidade de «em vigor» é atribuída a fontes de carácter normativo, como as leis, os regulamentos e os despachos ou os costumes. Poder-se-ia argumentar que a omissão desta expressão no texto aprovado mostra a vontade de referir unicamente as obrigações instituídas individualmente, mas a incerteza desaparece pela leitura do artigo 17.º da Directiva 98/10, que traça um procedimento em que se impõem deveres e limites aos operadores com poder de mercado significativo (orientar as tarifas em função dos custos; fixar as tarifas independentemente do tipo de ligação escolhido; estabelecer um período de pré-aviso público para a entrada em vigor das suas alterações).

42. Estas especulações contribuem para a compreensão do preâmbulo da directiva serviço universal, menos expressivo sobre o assunto. A proposta da Comissão, adoptada em 12 de Julho de 2000<sup>23</sup>, incluía um artigo 16.º, n.º 1, que exigia que os Estados-

d) A interpretação teleológica

21 — COM(2000) 393 final (JO C 365 E, p. 198).

22 — JO 2001, C 123, p. 56.

23 — Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações electrónicas [COM(2000) 392 final (JO C 365 E, p. 238)].

43. No «novo quadro regulamentar» relativo às telecomunicações nota-se uma preocupa-

ção com a segurança jurídica e com a continuidade, sem sobressaltos, entre o passado e o futuro. Assim o testemunham os artigos 16.º da directiva serviço universal, 7.º da directiva acesso e 27.º da directiva-quadro, que, remetendo para os outros dois e colocado depois do artigo 26.º, o qual revoga o anterior regime jurídico, prorroga as obrigações derivadas do regime anterior até que seja conhecida a situação dos mercados. Esta providência explica-se porque a plena eficácia do novo ordenamento exige a elaboração e a evolução de procedimentos complexos, em que participam diversos actores, devidamente coordenados, sendo necessário dispor de um período de tempo que garanta a estabilidade do sistema<sup>24</sup>.

44. Este regime não se encontra *expressis verbis* nas directivas quadro e serviço uni-

24 — O artigo 16.º da directiva-quadro, para o qual remetem os artigos 27.º da mesma directiva, 16.º da directiva serviço universal e 7.º da directiva acesso, esboça um processo submetido às orientações que, por força do artigo 15.º, n.º 2, da directiva-quadro, a Comissão aprova com a colaboração das autoridades nacionais responsáveis em matéria de concorrência (artigo 16.º, n.º 1), bem como as normas que o organismo nacional correspondente publique, para garantir os critérios de transparência e de consulta (artigo 6.º da directiva-quadro), com a intervenção da referida instituição, bem como das instâncias pertinentes dos outros Estados-Membros (artigo 7.º, n.ºs 3, 4 e 5, da directiva-quadro). Esta complexidade permitiu-me sugerir, nas conclusões do processo Telefónica 02 Czech Republic, que as normas referidas não apresentam os requisitos para gozar de efeito directo (n.º 45).

versal, que são objecto da presente questão prejudicial, mas decorre expressamente da directiva acesso, cujo décimo segundo considerando, antecipando o artigo 7.º, prevê a necessidade de evitar qualquer vazio jurídico. Já referi que essa necessidade impõe a continuidade de todas as obrigações existentes, independentemente da sua origem. Pois bem, se, como reconhece o quinto considerando da directiva-quadro, a convergência dos sectores das telecomunicações, meios de comunicação social e tecnologias da informação implica um único quadro regulamentar, constitui uma incoerência que o regime transitório em matéria de acesso e interligação (artigo 7.º da directiva acesso) tenha sentido diferente do das tarifas [artigo 16.º, n.º 1, alínea a), da directiva serviço universal]. Esta ideia explica que o artigo 27.º, primeiro parágrafo, da directiva-quadro, ao referir a manutenção dos compromissos já assumidos no direito nacional, inclua os decorrentes tanto daquele artigo 7.º como deste artigo 16.º

45. Ainda mais, está inteiramente certo o Governo alemão ao indicar que, dado que se trata de preparar o terreno para a expansão sem reservas do «novo quadro regulamentar», o princípio de eficácia aconselha a manutenção de todas as medidas anteriores, sem distinção.

46. Em suma, seja qual for o método interpretativo dos artigos 27.º, primeiro parágrafo, da directiva-quadro, e 16.º, n.º 1,

alínea a), da directiva serviço universal, integra todas as obrigações impostas aos operadores pelo ordenamento anterior, sem atender à sua fonte, ou, noutras palavras, ao instrumento que cada Estado-Membro escolha para o desenvolvimento e execução da harmonização comunitária<sup>25</sup>. A tese defendida pela Deutsche Telekom faria com que empresas em idêntica situação material fossem reguladas por sistemas distintos em função do país comunitário em que actuam, consequência contrária às directivas sobre telecomunicações e, em geral, aos fundamentos do direito da União Europeia.

### 3. A sujeição das tarifas a licença administrativa

47. Fica, porém, por esclarecer se um enunciado como o do artigo 25.º, n.º 1, da TKG de 1996, que sujeitava a licença prévia as tarifas que as empresas em posição dominante cobravam aos consumidores finais pelas prestações de telefonia vocal, é compatível com os artigos 27.º, primeiro parágrafo, da directiva-quadro, e 16.º, n.º 1, alínea a), da directiva serviço universal.

48. Esta última norma advoga a manutenção das obrigações previstas no artigo 17.º da Directiva 98/10, que impõe às organizações com poder de mercado significativo, sob a vigilância das autoridades reguladoras nacionais, os princípios que consagra (n.º 1) e especificamente o da orientação dos preços em função dos custos (n.º 2).

49. Pois bem, o artigo 25.º da TKG de 1996 remetia para o artigo 24.º da mesma lei, que vinculava o montante das tarifas aos custos da prestação. Nestas circunstâncias, não há razões para lhe recusar a sua condição de norma de aplicação do artigo 17.º da Directiva 98/10, pelo que os artigos 27.º, primeiro parágrafo, da directiva-quadro e 16.º, n.º 1, alínea a), da directiva serviço universal necessitam do seu prolongamento no tempo, até que se realize a pertinente análise do mercado alemão e se compare o seu grau de concorrência, para actuar em consequência, mantendo, modificando ou suprimindo os deveres que incumbem às empresas com posição dominante.

50. Com efeito, a exigência de que os resultados de uma empresa desta natureza, que reúne os requisitos do artigo 24.º e conexos da TKG de 1996, sejam aprovados pela instância competente assegura a execução do artigo 17.º da Directiva 98/10 (n.º 1), especialmente pela correspondência entre as tarifas e os custos (n.º 2).

25 — Vislumbra-se também uma perspectiva ampla do regime transitório no acórdão de 8 de Dezembro de 2005, Comissão/Luxemburgo (C-33/04, Colect., p. I-10629, n.ºs 54 a 60).

51. A Comissão tem razão quando explica que, se, durante o período de transição, essas tarifas não passassem por um controlo administrativo, seria difícil verificar se eram orientadas em função dos custos, defraudando-se o propósito de assegurar uma continuidade, sem interrupções indesejáveis, enquanto não fosse efectuada a imprescindível análise de mercado.

52. Assim, a obrigação instituída pelo artigo 25.º da TKG de 1996 decorre do artigo 17.º da Directiva 98/10, pelo que, de acordo com os artigos 27.º, primeiro parágrafo, da directiva-quadro e 16.º, n.º 1, alínea a), da directiva serviço universal, tem que se manter com o referido carácter transitório.

53. Em face do exposto, o Tribunal de Justiça deve responder à primeira questão prejudicial, declarando que os preceitos referidos obrigam a manter transitoriamente em vigor uma disposição legal do direito nacional anterior, bem como o acto administrativo de aplicação, que sujeita a autorização administrativa as tarifas cobradas por uma empresa dominante aos consumidores finais pela prestação dos serviços telefónicos.

B — *A segunda questão prejudicial: uma pergunta redundante*

54. Com esta questão, apresentada a título subsidiário, o tribunal alemão pretende saber se, caso os artigos 27.º, primeiro parágrafo, da directiva-quadro e 16.º, n.º 1, alínea a), da directiva serviço universal não prevejam a continuidade transitória de uma disposição legal como a descrita, o direito comunitário deixa aos legisladores de cada Estado-Membro margem de liberdade suficiente para a instituírem.

55. Esta questão fica resolvida com a solução da primeira. O «direito comunitário» a que se refere a questão não pode ser senão as directivas do «novo quadro regulamentar» no sector das comunicações electrónicas. O sistema geral destas normas, como se verifica através dos critérios de interpretação sistemático e teleológico que utilizei nas presentes conclusões, não só aconselha, como impõe que se mantenham as medidas anteriores, enquanto não se conhecer, através dos estudos adequados, a situação dos mercados. Nesse momento, as entidades reguladoras nacionais devem promover a execução do actual quadro regulamentar, mantendo, reformando ou erradicando os compromissos do passado.

## VII — Conclusão

56. Tendo em conta as considerações precedentes, proponho ao Tribunal de Justiça que responda às questões apresentadas pelo Bundesverwaltungsgericht, declarando que:

«O artigo 27.º, primeiro parágrafo, da Directiva 2002/21/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações electrónicas (directiva-quadro), e o artigo 16.º, n.º 1, alínea a), da Directiva 2002/22/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações electrónicas (directiva serviço universal), devem ser interpretados no sentido de que obrigam a manter transitoriamente em vigor, até que seja efectuada a pertinente análise dos mercados, uma disposição legal do direito nacional anterior, bem como o acto administrativo de aplicação, que sujeita a autorização administrativa as tarifas cobradas por uma empresa dominante aos consumidores finais pela prestação dos serviços de telefonia vocal.»