CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL GIUSEPPE TESAURO

apresentadas em 23 de Maio de 1996 *

1. O presente processo prejudicial tem por objecto a interpretação 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 [1] (Open Network Provision — ONP, a seguir «directiva 'ONP'»), bem como a interpretação e validade 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 [2] (a seguir «directiva 'linhas alugadas'»).

Em particular, a High Court of Justice, Queen's Bench Division (Divisional Court), pede ao Tribunal de Justiça que esclareça o âmbito de aplicação e o alcance de algumas disposições das referidas directivas, a fim de verificar a compatibilidade com elas da regulamentação britânica de execução; que declare se, em caso de transposição errada dessas directivas pelo legislador nacional, estão preenchidos os pressupostos para que as empresas lesadas possam pedir ao Estado o ressarcimento dos prejuízos sofridos; e ainda que se pronuncie, a título subsidiário, sobre a validade da directiva «linhas alugadas» à luz dos princípios da proporcionalidade e da não discriminação.

O contexto normativo comunitário e nacional

2. A directiva «ONP», adoptada com base no artigo 100.°-A do Tratado, propõe-se como objectivo principal «a harmonização das condições para um acesso e uma utilização abertos e eficientes em matéria de redes públicas de telecomunicações e, eventualmente, dos serviços públicos de telecomunicações» (artigo 1.°, n.° 1). Como se especifica no artigo 1.°, n.° 2, «é objectivo (das condições referidas) facilitar a prestação de serviços através da utilização das redes públicas de telecomunicações e/ou dos serviços públicos de telecomunicações no interior dos Estados-Membros e entre estes», especialmente quando o fornecedor esteja estabelecido num Estado-Membro que não o do destinatário do serviço.

O artigo 2.° da directiva «ONP» dispõe, entre outros aspectos:

«Para os efeitos da presente directiva, entende-se por:

1) 'Organismo de telecomunicações', as entidades públicas ou privadas às quais um

* Língua original: italiano.

1 — JO L 192, p. 1.

2 — JO L 165, p. 27.

Estado-Membro concede direitos especiais ou exclusivos para a criação de redes públicas de telecomunicações e, eventualmente, para a oferta de serviços públicos de telecomunicações.

Para os efeitos da presente directiva, os Estados-Membros notificarão à Comissão as entidades a que concederam direitos especiais ou exclusivos.

2) 'Direitos especiais ou exclusivos', os direitos concedidos por um Estado-Membro ou uma autoridade pública a um ou mais organismos públicos ou privados através de qualquer instrumento legislativo, regulamentar ou administrativo que reserve a esses organismos o direito de prestar um serviço ou a exploração de determinada actividade».

3. O Anexo I da directiva «ONP» enumera uma série de factores específicos para os quais podem ser elaboradas condições para a oferta da rede aberta; entre eles consta, no n.° 1, o sector das linhas alugadas.

A directiva «linhas alugadas» constitui a primeira aplicação sectorial da directiva «ONP». Adoptada também com base no artigo 100.°-A do Tratado, diz respeito «à harmonização de condições para acesso e utilização abertos e eficientes das linhas alugadas oferecidas aos utilizadores nas redes públicas de telecomunicações, bem como à disponibilidade em toda a Comunidade de um conjunto mínimo de linhas alugadas com características técnicas harmonizadas» (artigo 1.°).

4. O artigo 2.° da directiva «linhas alugadas», depois de esclarecer que, para os efeitos da directiva, se aplicam, quando pertinentes, as definições contidas na directiva «ONP», define os outros conceitos particulares relativos ao sector em questão.

Entre estes devem assinalar-se, para os efeitos que aqui nos interessam, as definições de «linhas alugadas» [«os meios de telecomunicações fornecidos no contexto do estabelecimento, desenvolvimento e exploração da rede pública de telecomunicações, que proporcionam capacidade de transmissão transparente entre pontos terminais da rede e que não incluem a comutação a pedido (funções de comutação que o utilizador pode controlar, como parte da oferta de linha alugada)»]; e a de «utilizadores» («os utilizadores finais e os prestadores de serviços, incluindo as organizações de telecomunicações, quando estas organizações se dedicam à prestação de serviços que são ou podem ser oferecidos também por outrem»).

5. Para atingir o objectivo enunciado no artigo 1.°, a directiva «linhas alugadas» impõe aos Estados-Membros um determi-

nado número de obrigações sobre as condições de oferta das redes (artigos 3.° a 10.°).

Essas obrigações dizem respeito, em especial: à disponibilidade das informações relativas às ofertas de linhas alugadas (artigo 3.°); à publicidade das condições de oferta (artigo 4.°); às condições para a supressão das ofertas (artigo 5.°); às limitações ao acesso e utilização das linhas admissíveis com base em determinados requisitos essenciais (artigo 6.°); aos poderes de controlo da entidade regulamentadora nacional (artigo 8.°); à instituição de procedimentos comuns de encomenda e de facturação (artigo 9.°); aos princípios de tarifação e de contabilização dos custos (artigo 10.°).

Além disso, o artigo 7.° impõe a oferta de um conjunto mínimo de linhas alugadas com características técnicas harmonizadas. Esta disposição, no n.° 1, estabelece efectivamente que «os Estados-Membros devem garantir que as respectivas organizações de telecomunicações, separadamente ou em conjunto, ofereçam um conjunto mínimo de linhas alugadas de acordo com o Anexo II, a fim de garantir uma oferta harmonizada em toda a Comunidade» [3].

6. Em cumprimento da obrigação prevista no artigo 2.°, n.° 1, da directiva «ONP», que, como foi indicado, impõe que os Estados-Membros notifiquem à Comissão as entidades a quem concederam direitos especiais ou exclusivos, o Reino Unido notificou os nomes de mais de 120 operadores de redes de distribuição por cabo. Tais operadores possuíam já a licença prevista pela regulamentação nacional aplicável [4], que os autorizava a explorar sistemas de telecomunicações no Reino Unido e lhes atribuía a qualificação de «concessionários de serviços públicos de telecomunicações». Entre estes contam-se a British Telecommunications plc, recorrente no processo principal (a seguir «BT» ou «recorrente»), a Mercury Communications Ltd (a seguir «Mercury») e a City of Kingston Communications (Hull) plc (a seguir «Kingston»).

7. A directiva «linhas alugadas» foi transposta para o ordenamento jurídico britânico pelos Telecommunications (Leased Lines) Regulations 1993 [5], que introduziram algumas alterações às condições das licenças concedidas aos três operadores acima mencionados, isto é, a BT, a Mercury e a Kingston.

Essas modificações impunham, em substância, aos referidos exploradores, todas ou algumas das obrigações previstas nos artigos

3 — O Anexo II, por sua vez, especifica os tipos de linhas e as características técnicas dessas linhas, que devem ser disponibilizados «o mais rapidamente possível, e nunca depois da data do início de aplicação da... directiva».

4 — Telecommunications Act 1984, ao qual voltaremos mais pormenorizadamente *infra*, no ponto 9.

5 — S. I. 1993, n.° 2330.

3.° a 10.° da directiva «linhas alugadas» [6]. Em particular, a obrigação de oferta de um conjunto mínimo de linhas alugadas, prevista no artigo 7.° da directiva, era imposta exclusivamente à BT, e também à Kingston, limitada ao território em que esta desenvolve a sua actividade. Em contrapartida, aos outros concessionários de serviços públicos de telecomunicações presentes no mercado britânico não eram impostas obrigações de natureza análoga.

O sistema britânico de regulamentação

8. Parece-me oportuno antes de mais deter-me, ainda que brevemente, nas particularidades do sistema britânico de regulamentação no sector das telecomunicações. Como é sabido, tal mercado conseguiu nos últimos anos, com base em opções autónomas de política económica nacional e antecipadamente quanto aos prazos previstos pela regulamentação comunitária, um nível de liberalização particularmente elevado. O sistema britânico, de facto, para retomar uma afirmação feita pelo próprio juiz de reenvio, «é, de longe, o mais liberal da Comunidade Europeia e um dos mais liberais do mundo».

9. O processo de liberalização no sector iniciou-se quando, em 1984, o British Telecommunications Act 1984 (a seguir «lei de 1984») aboliu o monopólio da exploração dos sistemas de telecomunicações, que até então era detido por uma sociedade de direito público também denominada British Telecommunications.

A lei de 1984, por um lado, transformou a recorrente em sociedade por acções, transferindo para a sua esfera todos os direitos e obrigações da sociedade monopolista anterior; e, por outro lado, instituiu um sistema, actualmente em vigor, com base no qual quem pretenda explorar um sistema de telecomunicações no Reino Unido deve obter uma licença em que devem ser taxativamente especificadas as actividades cujo exercício é autorizado.

10. Em aplicação da nova regulamentação, foi passada à BT, em Junho de 1984, uma licença com validade de 25 anos. Tal licença, com base na qual a recorrente é designada como «concessionário de serviços públicos de telecomunicações», permite explorar sistemas de telecomunicações em todo o território do Reino Unido, com excepção da zona onde é concessionária a Kingston.

Em particular, a BT está obrigada a fornecer serviços de telefonia vocal a quem lho peça, a uma tarifa tal que não garante necessariamente a cobertura dos custos. Por outro lado, a recorrente é a única, entre os titulares

6 — Por força do procedimento instituído pelo artigo 13.° da directiva linhas alugadas, o Reino Unido pediu à Comissão o diferimento, por um período de tempo determinado, de algumas obrigações impostas pela própria directiva. Tais pedidos, sobre os quais a Comissão não se tinha pronunciado ainda à data do despacho de reenvio, respeitavam em particular ao diferimento da obrigação prevista no artigo 10.° para a Mercury, e ainda ao diferimento parcial da obrigação prevista no artigo 7.° para a BT e para a Kingston.

de licenças, a estar sujeita a uma regulamentação quanto às variações das suas tarifas («price cap»). Deve finalmente salientar-se que o Estado cedeu progressivamente, até Julho de 1993, a totalidade das acções que detinha no capital da BT.

11. A considerável abertura do mercado tornada possível pela lei de 1984 conduziu à concessão de mais de 600 licenças relativas a diversas actividades no sector e ao reconhecimento dos mais de 120 concessionários de serviços públicos de telecomunicações já referidos. Em geral, estes últimos podem ser autorizados, para efeitos do exercício da sua actividade, a obter terrenos por expropriação, a entrar em terrenos para efeitos de exploração e a adquirir terrenos por via negocial, no respeito de determinadas condições estabelecidas pela lei de 1984.

Todavia, o conteúdo das licenças é significativamente diferenciado para cada concessionário. Por exemplo, não obstante a abertura do mercado, no sector específico dos serviços de transmissão de sinais mediante ligações fixas (isto é, sem qualquer terminal móvel), o Governo britânico tinha inicialmente concedido essas licenças unicamente à recorrente (e ainda à Kingston, na sua zona de acção) e à Mercury, que, em especial, estava autorizada a ligar-se às redes da recorrente. Dessa forma, o Governo britânico tinha iniciado, no sector específico das ligações fixas, a chamada «política de duopólio».

12. O início dos anos 90 conduziu ao abandono, também nesse sector, da política de duopólio, a favor de uma política de concorrência mais articulada, pelo menos no limite das ligações no interior do território britânico.

A partir de 1991, de facto, segundo a orientação declarada da própria autoridade regulamentadora nacional, todos os pedidos de licenças para comunicações por ligações fixas apresentados por empresas privadas que preencham critérios objectivos e transparentes são apreciados à luz de uma presunção geral de conformidade que garante o seu deferimento, a menos que existam motivos fundados que justifiquem o indeferimento [7]. A abertura do mercado, todavia, não abrangeu o sector das ligações internacionais, de que apenas a BT e a Mercury continuam a ser concessionárias.

13. A funcionalidade de um sistema tão complexo, em que coexistem numerosos operadores autorizados a dotar-se, ainda que no respeito de condições específicas e diversas, de uma infra-estrutura própria, é assegurada pela obrigação de interconexão, prevista já pela lei de 1984, com base na qual cada concessionário deve permitir a ligação às suas redes dos sistemas de outros concessionários que lho peçam. Isto torna possível aos clientes de determinado operador o acesso às

7 — A nova política de concessão das licenças no sector das ligações fixas, iniciada em 1991, levou à apresentação de numerosos pedidos. Os dados fornecidos pelo tribunal nacional, que se referem ao período compreendido entre Março de 1991 e Junho de 1994, mostram que, nessa data, em oitenta e seis pedidos apresentados, 45 foram deferidos, 33 estavam pendentes, 6 tinham sido retirados e apenas 2 indeferidos por motivos objectivos.

redes exploradas por outros concessionários e assim, em definitivo, as comunicações com utilizadores que beneficiem dos serviços fornecidos por estes últimos.

Também no que respeita às comunicações internacionais, que, como se indicou, são autorizadas apenas através das redes da BT e da Mercury, os outros concessionários podem também beneficiar da possibilidade de interconexão com essas redes, que lhes permite oferecer o serviço internacional aos seus clientes, ainda que não dispondo da infra-estrutura necessária.

14. Contudo, à abertura quase total do mercado, realizada nos momentos e pelas formas acabados de indicar, não parece ter correspondido de facto, pelo menos até ao presente, um aumento substancial da concorrência no sector em causa. Dos autos resulta de facto, de modo inequívoco, que a BT continua a ser em termos gerais o operador mais importante em termos de facturação e de quota de mercado no sector das telecomunicações.

No sector específico das linhas alugadas, por exemplo, segundo as informações fornecidas pelo Governo britânico, resulta que, na época da transposição da directiva, a BT detinha cerca de 800 000 linhas alugadas em todo o território, ao passo que a Mercury detinha 9 100 linhas e os restantes concessionários detinham conjuntamente cerca de 300 [8].

Os factos e as questões prejudiciais

15. A BT impugnou a regulamentação nacional de transposição da directiva «linhas alugadas» no tribunal de reenvio, pedindo, como se indica no despacho, a sua «anulação ou declaração de invalidade». A recorrente pediu também o ressarcimento do prejuízo que alega ter sofrido devido à transposição incorrecta da directiva e, a título subsidiário, contesta a validade da própria directiva.

A Kingston e a Mercury intervieram ambas no processo principal, a primeira apoiando integralmente, e a segunda apenas parcialmente, os argumentos e os pedidos da recorrente.

16. Esses argumentos e conclusões podem ser brevemente resumidos como se segue. Dado que, a seguir à completa liberalização do mercado britânico dos serviços de teleco-

8 — Estes dados são contestados pela BT, que calcula em cerca de 570 000 o número exacto de linhas alugadas que detinha em 1994. Quanto à Kingston, é pacífico que beneficia de um monopólio de facto na zona em que exerce a sua actividade nos termos da licença.

municações, realizada a partir de 1991, nem a BT nem qualquer outra empresa a operar no sector seriam já titulares de direitos exclusivos ou especiais na acepção da directiva em causa, a BT considera que não lhe podem ser impostas as obrigações previstas pelos artigos 3.° a 10.° da directiva «linhas alugadas», tendo em conta que tais obrigações, segundo a própria directiva, deverão recair apenas sobre as empresas que beneficiam ainda de direitos exclusivos ou especiais.

A título subsidiário, a BT conclui que, se o Reino Unido fosse autorizado ou obrigado a impor-lhe as obrigações controvertidas, estas deveriam incidir igualmente, por força do princípio da não discriminação, sobre todas as outras empresas autorizadas por licença a operar no mercado em causa, ou pelo menos sobre aquelas que efectivamente aí operam.

Assim, se a directiva «linhas alugadas» permitisse aos Estados-Membros transpô-la de maneira a fazer incidir as obrigações em questão sobre apenas um dos operadores presentes no mercado, a própria directiva seria inválida, segundo a BT, por violação do princípio da não discriminação.

17. A recorrente sustenta, além disso, que a directiva é de qualquer modo inválida por violação do princípio da proporcionalidade, porque impõe a oferta de um determinado tipo de linhas (de 2 048 kbits/s) para as quais não existe no Reino Unido procura actual nem potencial.

18. Finalmente, a BT pede ao Tribunal que condene o Reino Unido no ressarcimento do prejuízo que alega ter sofrido devido à alegada transposição incorrecta da directiva «linhas alugadas».

19. O tribunal nacional considerou portanto oportuno suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) a) Devem as Directivas 90/387/CEE e 92/44/CEE do Conselho ser interpretadas no sentido de que autorizam ou obrigam os Estados-Membros a cumprir as obrigações que lhes são impostas pelos artigos 3.° a 10.° da Directiva 92/44/CEE impondo exigências apenas às entidades públicas ou privadas ('empresas') na acepção do artigo 2.°, n.° 1, da Directiva 92/44/CEE do Conselho, isto é, aquelas a que um Estado-Membro tenha concedido 'direitos especiais ou exclusivos' no que se refere ao fornecimento de linhas alugadas?

b) Em caso de resposta negativa à questão 1, alínea a), em que circunstâncias pode ou deve um Estado-Membro cumprir a referida obrigação impondo exigências a uma empresa que não tenha esses 'direitos especiais ou exclusivos'?

2) a) Para efeitos da Directiva 92/44/CEE, pode um Estado-Membro considerar uma empresa como tendo 'direitos especiais ou exclusivos', na acepção do artigo 2.° da Directiva 90/387/CEE, quando:

i) a exploração de um sistema de telecomunicações no Estado-Membro em causa sem licença concedida pelas autoridades competentes desse Estado constitua um ilícito criminal;

ii) a política declarada do Estado-Membro em causa seja a de todos os pedidos de licenças relevantes para a prestação do serviço em questão serem analisados pelo Estado-Membro, no âmbito da legislação nacional aplicável, em função dos seus méritos e tendo por base uma presunção geral, por parte da autoridade que concede as licenças, de que estas serão concedidas, a menos que haja razões específicas para o não serem, e sem limitações quanto ao número de licenças a conceder;

iii) várias empresas (incluindo a recorrente e as intervenientes no presente processo) estão actualmente a fornecer linhas alugadas nos termos dessas licenças?

b) Caso os factores indicados na precedente alínea a) não sejam determinantes para se responder à questão, que outros critérios são relevantes?

3) Tendo em conta as respostas às questões 1 e/ou 2:

a) deve a Directiva 92/44/CEE ser interpretada no sentido de autorizar um Estado-Membro a não impor todas ou algumas das obrigações previstas nos artigos 3.° a 10.° dessa directiva a uma empresa que:

i) esteja autorizada pelo Estado-Membro a fornecer linhas alugadas mas que, presentemente, não preste esse serviço;

ii) esteja a prestar o serviço em questão?

b) Em caso de resposta afirmativa à questão 3, alínea a), i) e/ou ii), em que circunstâncias e com referência a que critérios deve a Directiva 92/44/CEE ser interpretada no sentido de que autoriza um Estado-Membro a não impor todas ou parte das obrigações referidas a uma empresa nessa situação?

c) Em especial,

i) deve a directiva ser interpretada no sentido de que autoriza um Estado-Membro a não impor tais obrigações com base em que o fornecimento efectivo de linhas alugadas por uma empresa é, na perspectiva desse Estado-Membro, *de minimis*?

ii) em caso afirmativo, como deve ser definida a excepção *de minimis*? Em especial, pode um Estado-Membro limitar a sua apreciação da posição no mercado à data de transposição da directiva, ou deve também ter em conta o desenvolvimento potencial do mercado?

iii) o princípio da não discriminação, conjugado com o princípio da segurança jurídica, exige que qualquer limiar mínimo, se autorizado, seja especificado nas medidas nacionais?

4) Tendo em conta as respostas às questões 1 e/ou 2, deve a Directiva 92/44/CEE, e especialmente o seu artigo 7.°, n.° 1, ser interpretada no sentido de que permite ou exige que um Estado-Membro imponha a duas das empresas autorizadas pelo Estado-Membro a prestar o serviço em questão, mas não às restantes empresas do mesmo tipo, a obrigação de fornecerem um conjunto mínimo de linhas alugadas em conformidade com o Anexo II?

5) Em caso de resposta afirmativa a qualquer parte das questões 3 ou 4, é a Directiva 92/44/CEE *pro tanto* inválida por infringir, *inter alia*, o princípio da não discriminação?

6) A Directiva 92/44/CEE, e especialmente o seu artigo 7.°, n.° 1, juntamente com o Anexo II, é inválida por infringir o princípio da proporcionalidade, na medida em que exige o fornecimento em todos os Estados-Membros de linhas alugadas com 2 048 Kbit/s, digitais estruturadas, em conformidade com as características técnicas especificadas no mesmo anexo?

7) a) Um Estado-Membro incorre em responsabilidade, nos termos do direito comunitário, devendo indemnizar uma empresa pelos prejuízos que tenha sofrido em consequência de:

i) transposição incorrecta, relativamente a essa empresa, de todas ou algumas das obrigações previstas nos artigos 3.° a 10.° da Directiva 92/44/CEE?

ii) transposição da directiva em causa com violação do princípio da igualdade de tratamento?

iii) transposição das obrigações em causa em circunstâncias em que as disposições relevantes da directiva são inválidas por infringirem o princípio da igualdade de tratamento e/ou o princípio da proporcionalidade?

b) Em caso de resposta afirmativa às questões 7, alínea a), i), ii) e iii), ou a alguma delas, em que condições surge essa responsabilidade?»

20. Antes de entrar no mérito das questões prejudiciais, é necessária um observação de carácter geral.

Logo numa primeira leitura, é evidente que a directiva «linhas alugadas» visa regular o acesso às redes no sector em causa por referência à situação de facto que é comum à maior parte dos Estados-Membros no momento da sua adopção, isto é, uma situação do mercado ainda caracterizada por empresas beneficiárias de direitos exclusivos ou especiais sobre as infra-estruturas. É também evidente que, pelo contrário, ela não tem em conta as particularidades de um mercado, como o britânico, já quase totalmente liberalizado.

21. Vai também neste sentido a formulação de alguns considerandos. O terceiro, por exemplo, que refere as disposições da Directiva 90/388/CEE da Comissão, de 28 de Junho de 1990, relativa à concorrência nos mercados dos serviços de telecomunicações [9], enuncia que «... os Estados-Membros que mantenham direitos exclusivos ou especiais de fornecimento e exploração de redes públicas de telecomunicações deverão tomar as medidas necessárias para tornar públicas, objectivas e não discriminatórias as condições em vigor para o acesso e utilização das redes».

Em seguida, o décimo primeiro considerando refere que «... os Estados-Membros que mantenham direitos especiais ou exclusivos no que diz respeito ao fornecimento e à exploração das redes públicas de telecomunicações assegurarão que os utilizadores que o solicitem possam obter linhas alugadas num prazo razoável».

22. Tais referências confirmam, se necessário, que a directiva aqui em discussão não pretende interferir na concessão pelos Estados-Membros de direitos exclusivos ou

9 — JO L 192, p. 10.

especiais sobre a instalação e sobre a exploração da rede pública; antes pretende, no pressuposto de que existam tais direitos, obviar às eventuais distorções da concorrência que eles possam provocar.

23. Aliás, a própria Comissão, num memorando de 23 de Junho de 1994, referindo-se à necessidade de modificar os critérios relativos à aplicação da directiva «ONP» para ter em conta a progressiva liberalização das infra-estruturas de telecomunicações imposta pelas directivas comunitárias, afirmava:

«The concept of special and exclusive rights has been used up to the present as the major criteria for applying Open Network Provision conditions. With the future abolition of special and exclusive rights, the issue of the entities to be covered by Open Network Provision must be revisited» [10].

24. O legislador comunitário apontou a inadequação da directiva «linhas alugadas» para regulamentar os mercados (já) liberalizados ou a serem proximamente liberalizados no sector das telecomunicações [11]. Em 4 de Janeiro de 1996, a Comissão apresentou, pois, uma proposta de directiva do Parlamento e do Conselho que altera as Directivas 90/387/CEE e 92/44/CEE do Conselho para efeitos de adaptação a um ambiente concorrencial no sector das telecomunicações [12] (a seguir «proposta de alteração»), cujas passagens mais significativas serão examinadas a seguir.

25. Resta o facto de, na sua versão actual, a directiva «linhas alugadas», ainda que impondo ao Reino Unido, como aos outros Estados-Membros, alguns resultados de harmonização, está redigida de tal modo que algumas disposições relativas às modalidades para alcançar os referidos fins não podem deixar de apresentar evidentes dificuldades de aplicação na situação britânica.

Daí resulta que, tendo em conta o carácter excepcional de tal situação, e ainda o carácter essencialmente transitório do regime instituído, o Reino Unido, ainda que continuando sujeito à obrigação de alcançar os fins de harmonização fixados pela directiva, deve poder beneficiar da margem de discricionaridade necessária para alcançar tais objectivos da forma mais adequada às particularidades do mercado nacional e não previstas pela directiva.

Mais em especial, devem ser apreciadas, também à luz das alterações sugeridas pela

10 — Mémorandum on future approach to Open Network Provision, ONP Committee, 23 de Junho de 1994 (ONCOM94-29), p. 3.

11 — V., por exemplo, o que foi estabelecido na resolução do Conselho de 28 de Dezembro de 1994 relativa aos princípios e ao calendário de liberalização das infra-estruturas de telecomunicações (JO C 379, p. 4).

12 — JO C 62, p. 3.

proposta de modificação, as consequências que a falta de sintonia da directiva «linhas alugadas» com a situação particular do mercado britânico pode provocar tendo em conta cada um dos problemas levantados pelas questões prejudiciais.

A primeira questão

26. Com a primeira questão prejudicial, o tribunal nacional pede, em substância, ao Tribunal de Justiça que esclareça se um Estado-Membro, para cumprir o disposto nos artigos 3.° a 10.° da directiva «linhas alugadas», pode ou deve impor as obrigações aí previstas apenas às empresas que, beneficiando de direitos especiais ou exclusivos na acepção da directiva «ONP», possam ser definidas como «organismos de telecomunicações» na acepção das directivas em questão.

Recordo que os artigos 3.° a 10.° da directiva «linhas alugadas» fixam uma série de obrigações que os Estados-Membros estão obrigados a impor aos operadores das redes públicas de telecomunicações para que o acesso e a utilização das linhas alugadas fornecidas aos utilizadores nessas redes seja livre e eficaz.

27. A resposta à primeira questão parece-me perfeitamente evidente e o próprio tribunal de reenvio, na realidade, parece dá-la como certa: as obrigações em causa destinam-se, na formulação actual da directiva, aos organismos de telecomunicações. Se é certo, de facto, que nem todas as disposições em causa indicam com precisão sobre que entidades o Estado-Membro é obrigado a fazer recair a obrigação de que se trata em cada caso [13], também é certo que, quando a norma precisa os destinatários da própria obrigação, trata-se expressamente dos organismos de telecomunicações que operam nos diversos Estados-Membros [14].

Não se pode ignorar este dado; parece-me, portanto, fora de discussão que as obrigações enunciadas nos artigos 3.° a 10.° da directiva «linhas alugadas» não podem deixar de ser consideradas como referindo-se aos organismos de telecomunicações, tal como definidos pela directiva em causa e pela directiva «ONP», isto é, a todas as entidades, públicas e privadas, a quem o Estado concede direitos exclusivos ou especiais para a instalação e exploração da rede pública ou para o fornecimento de serviços públicos de telecomunicações.

28. A proposta de alteração acima referida, para adequar a directiva «linhas alugadas» ao contexto concorrencial, prevê, pelo contrário, no artigo 2.°, que em todo o texto da directiva a expressão «organizações de telecomunicações» seja substituída pela

13 — V., por exemplo, artigos 3.° e 4.°

14 — A formulação mais repetida no texto das disposições em causa é de facto a seguinte: «Os Estados-Membros devem assegurar que a organização de telecomunicações...» (v., por exemplo, o artigo 6.°, n.° 4, terceiro parágrafo; artigo 7.°, n.° 1, já referido, e artigo 10.°, n.° 2).

expressão «organizações notificadas nos termos do n.° 1-A do artigo 11.°»

Na versão alterada deste último artigo, a proposta prevê a criação de um mecanismo com base no qual «as autoridades regulamentadoras nacionais notificarão à Comissão os nomes das organizações que oferecem linhas alugadas sujeitas aos requisitos previstos na presente directiva»; desta forma, portanto, a proposta sugere, em minha opinião correctamente, que se imponham as obrigações previstas pela própria directiva a determinados organismos, identificados pelas autoridades nacionais competentes, que oferecem o serviço no sector em causa, independentemente do facto de beneficiarem ou não de direitos exclusivos ou especiais.

29. Resta o facto de, na sua formulação actual, as disposições contidas nos artigos 3.° a 10.°, e portanto as obrigações aí enunciadas, só poderem considerar-se como referindo-se aos organismos de telecomunicações.

Se este dado é irrefutável, põe-se então o problema de determinar sobre que empresas devem recair tais obrigações, na hipótese de o mercado de referência não ser já caracterizado por empresas que beneficiam de direitos exclusivos ou especiais sobre as infra-estruturas, mas antes por numerosas empresas que operam em regime de livre concorrência. E é precisamente isto que o tribunal nacional pretende apurar com as segunda, terceira e quarta questões.

A segunda questão

30. Com a segunda questão, com efeito, o tribunal nacional pretende antes de mais saber se, tendo em conta a situação particular existente no mercado britânico das telecomunicações, *todos* os concessionários de serviços públicos que operam nesse mercado devem ou podem ser considerados organismos de telecomunicações, isto é, beneficiários de direitos exclusivos ou especiais na acepção da directiva em causa.

Mais em especial, o tribunal *a quo* pede ao Tribunal de Justiça que determine se as numerosas empresas que operam no mercado dos serviços públicos de telecomunicações de um Estado-Membro ao abrigo de uma licença obrigatória, emitida pelas autoridades competentes com base numa orientação que consiste em deferir todos os pedidos a menos que existam motivos especificos para os indeferir, podem por isso mesmo ser todas elas consideradas entidades que beneficiam de direitos especiais ou exclusivos na acepção da directiva «ONP» e da directiva «linhas alugadas».

31. A este respeito, em apoio da sua tese de que, pelo menos a partir da liberalização de 1991, nenhum dos concessionários de

serviços públicos de telecomunicações estabelecidos no Reino Unido seria já titular de direitos especiais (e ainda menos exclusivos) na acepção das directivas em discussão, a BT sustenta que o acesso à actividade de exploração dos sistemas de telecomunicações é substancialmente livre e que a obrigação de obter uma licença não constitui um elemento determinante para afirmar o contrário.

Numerosas e diversas são, de facto, as actividades de carácter comercial para o exercício das quais, na quase totalidade dos Estados-Membros, é necessária uma licença. Segundo a BT, seria errado, e também contrário ao espírito do conceito comunitário respectivo, considerar que cada titular de licença goza, pelo simples facto de ter completado com êxito uma formalidade de carácter administrativo, de direitos especiais (e menos ainda exclusivos) para o exercício da actividade em causa.

32. Tenho de reconhecer que o argumento é fundado.

Em primeiro lugar, é um dado textual. Como se disse, por força dos artigos 2.°, n.° 1, da directiva «linhas alugadas» e 2.°, n.° 2, da directiva «ONP», são direitos especiais ou exclusivos, para efeitos de aplicação da directiva «linhas alugadas», os direitos concedidos por um Estado-Membro ou por uma autoridade pública a um ou mais organismos públicos ou privados através de qualquer instrumento legislativo, regulamentar ou administrativo que reserve a esses organismos a prestação de um serviço ou a exploração de determinada actividade.

33. O conceito comunitário de direitos exclusivos e especiais, particularmente no que respeita aos direitos especiais no sector das telecomunicações, foi posteriormente precisado pela Comissão na recente Directiva 94/46/CE, de 13 de Outubro de 1994 [15], adoptada na sequência do acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Novembro de 1992, Espanha e o./Comissão [16].

Embora essa directiva não altere formalmente o conceito de direitos exclusivos ou especiais contido na directiva «ONP», na parte em que se refere expressamente apenas à Directiva 90/388/CEE, objecto do referido acórdão do Tribunal de Justiça, ela constitui todavia um ponto útil de referência interpretativo para a definição desse conceito.

34. A Directiva 94/46 especifica, no artigo 2.°, alínea a), ii), que são direitos especiais os direitos concedidos por um Estado-Membro a um número limitado de empresas, através

15 — Directiva que altera as Directivas 88/301/CEE e 90/388/CEE em especial no que diz respeito às comunicações por satélite (JO L 268, p. 15).

16 — Processos apensos C-271/90, C-281/90 e C-289/90 (Colect., p. I-5833). Nesse acórdão, o Tribunal de Justiça, embora confirmando a validade da Directiva 90/388, anulou-a na parte em que se refere aos direitos especiais com base na observação de que nem do artigo nem da fundamentação da medida resulta com precisão que tipos de direitos estão concretamente em causa, nem por que motivo a existência desses direitos é contrária às normas do Tratado.

de um acto legislativo, regulamentar ou administrativo que, numa determinada área geográfica,

«— limitam, a dois ou mais, o número de tais empresas, *sem ser em função de critérios objectivos, proporcionais e não discriminatórios,* como empresas autorizadas a prestar tais serviços ou a desenvolver uma actividade,

ou

— designam, *sem ser em função de tais critérios,* diversas empresas concorrentes, como empresas autorizadas a prestar tais serviços ou a desenvolver uma actividade,

ou

— conferem a uma ou mais empresas, *sem ser em função dos critérios referidos,* vantagens legais ou regulamentares que afectem de forma substancial a capacidade de as outras empresas prestarem um mesmo serviço de telecomunicações na mesma área geográfica em condições substancialmente equivalentes» [17].

17 — Sublinhado meu.

35. Portanto, tendo em conta também os factos detalhadamente expostos no próprio despacho de reenvio, e por isso mesmo insusceptíveis de serem aqui discutidos, não se pode chegar a uma conclusão diferente da sustentada pela recorrente: os numerosos concessionários de serviços públicos autorizados no Reino Unido a fornecer serviços públicos de telecomunicações não podem ser considerados beneficiários de direitos exclusivos e especiais pelo simples facto de estarem sujeitos ao ónus de requerer uma licença.

36. A própria Directiva 90/388, relativa à concorrência nos mercados de serviços de telecomunicações, já referida, fornece no artigo 2.° uma prova da circunstância de que, no sistema pretendido pelo legislador comunitário, a obrigação de licença para efeitos do exercício de uma determinada actividade no domínio das telecomunicações não permite deduzir ou presumir a existência de direitos exclusivos ou especiais na esfera do titular da licença.

De facto, aquela disposição, depois de estabelecer que «os Estados-Membros assegurarão... a abolição dos direitos exclusivos ou especiais no que diz respeito ao fornecimento de serviços de telecomunicações...», especifica no segundo parágrafo que «os Estados-Membros que sujeitem o fornecimento desses serviços a um processo de autorização ou de declaração para garantir o respeito das exigências essenciais assegurarão... que as autorizações sejam concedidas segundo critérios objectivos, não discriminatórios e transparentes». A supressão dos direitos exclusivos ou especiais num dado sector permanece portanto um objectivo

perfeitamente conciliável com a manutenção, para efeitos do exercício da actividade nesse mesmo sector, da obrigação de obter previamente uma licença ou uma autorização.

37. Quanto à circunstância de no Reino Unido a emissão das licenças para exploração de serviços públicos de telecomunicações na acepção da lei de 1984 ser, na maior parte dos casos, ainda que com modalidades e em termos diferenciados, acompanhada de uma série de prerrogativas especiais, ela não é de molde, em minha opinião, a alterar os termos do problema. Essas prerrogativas consistem, como se disse, no direito de os concessionários obterem o acesso e a aquisição de terrenos para a instalação das infra-estruturas, e ainda de instalar aparelhos de rede sobre ou por baixo da via pública, ou ainda em terrenos privados com o consentimento dos proprietários (do qual apenas podem prescindir com o aval de uma decisão judicial).

Tais poderes, todavia, aparecem com toda a evidência estritamente necessários ao próprio exercício da actividade que cada concessionário está autorizado a exercer nos termos da sua licença; o que não é suficiente, em minha opinião, para afirmar que as entidades em questão gozam de direitos exclusivos ou especiais na acepção da directiva «linhas alugadas».

38. Acrescente-se a isto que, segundo a orientação declarada pela autoridade competente em 1991, o exame de admissibilidade a que estão sujeitos os pedidos de licença só poderia levar ao seu indeferimento quando existissem motivos especiais, e que o número de licenças que podem ser emitidas pelas autoridades competentes é ilimitado.

39. A segunda questão deve portanto ser resolvida no sentido de que as empresas que operam no mercado dos serviços públicos de telecomunicações de um Estado-Membro ao abrigo de uma licença obrigatória que lhes confere prerrogativas especiais, emitida pela autoridade competente na sequência de um exame do mérito do pedido à luz da regulamentação nacional aplicável, com base numa presunção que garante o seu deferimento a menos que existam motivos específicos para o indeferir, não são por isso entidades que gozem de direitos exclusivos ou especiais para efeitos da aplicação da directiva «linhas alugadas».

As terceira e quarta questões

40. Com as terceira e quarta questões, que constituem o problema central do presente processo, o tribunal nacional pretende saber se a regulamentação britânica de execução da directiva «linhas alugadas» é compatível com esta última, na medida em que impõe a totalidade ou algumas das obrigações previstas nos artigos 3.° a 10.° da própria directiva somente a três das numerosas empresas que operam no mercado de referência.

O tribunal de reenvio pergunta de facto ao Tribunal de Justiça se, e em que condições, a directiva permite que um Estado-Membro imponha as referidas obrigações só a alguns dos organismos de telecomunicações que operam no seu território. Em particular, pergunta se tal faculdade pode basear-se no facto de a oferta efectiva de linhas alugadas por parte de uma empresa ser, no entender do Estado, de importância mínima; em caso de resposta afirmativa, se o Estado pode limitar a sua apreciação à situação do mercado no momento da transposição da directiva, ou se deve considerar também a possível evolução do mercado, eventualmente prevendo que seja expressamente indicado um limiar «de minimis» na medida de execução da directiva.

41. A quarta questão refere-se em particular ao artigo 7.°, e incide no problema específico do serviço universal; o tribunal pergunta se aquela disposição deve ser interpretada no sentido de que permite aos Estados-Membros fazer incidir a obrigação de fornecer um conjunto mínimo de linhas alugadas só sobre duas das numerosas empresas autorizadas a oferecer o serviço em questão no mercado de referência.

Dada a identidade substancial do problema, parece-me oportuno que as terceira e quarta questões sejam tratadas em conjunto.

42. A recorrente sustenta que todas as obrigações previstas nos artigos 3.° a 10.° da directiva «linhas alugadas», incluindo a obrigação de fornecer um conjunto mínimo de linhas alugadas, deverão ser proporcionalmente repartidas entre todas as empresas que operam no mercado de referência, no respeito do princípio da não discriminação.

O Governo do Reino Unido, apoiado pelo Governo francês e pela Comissão, alega pelo contrário que os Estados-Membros têm uma ampla margem de discricionaridade na determinação da empresa ou empresas, dentre as presentes no território nacional, sujeitas às obrigações em causa. Legitimamente, portanto, a autoridade britânica teria imposto essas obrigações à BT, e em parte à Mercury e à Kingston, em virtude da indiscutível posição dominante da primeira no mercado de referência, da considerável força de mercado da segunda e do monopólio de facto de que goza a terceira na zona geográfica definida em que opera.

43. Recordo antes de mais que, como foi indicado, a resposta às questões não pode ser condicionada pela circunstância, acima indicada, de os concessionários britânicos de serviços públicos de telecomunicações não serem organismos de telecomunicações na acepção da directiva «linhas alugadas» na sua versão actual.

44. Os artigos 3.° a 10.° (com exclusão do artigo 7.°) da directiva «linhas alugadas», tal como foi indicado, impõem aos Estados-Membros que garantam que os seus organismos de telecomunicações ofereçam as linhas alugadas no respeito de determinadas condições e exigências. Em geral, essas disposições prevêem obrigações em matéria de publicidade e acesso às informações técnicas e comerciais respeitantes às linhas oferecidas, em matéria de acesso técnico às linhas, em matéria de condições contratuais da oferta (cessação da oferta, procedimento de encomenda e facturação, tarifas em função dos custos, etc.).

Trata-se, vendo bem, de obrigações que têm uma das suas razões de ser na situação de mercado caracterizada pela presença de um monopólio ou de vários oligopólios de direito. Neste caso, de facto, existe a necessidade efectiva de garantir mecanismos de correcção adequados para que tais organismos não aproveitem a sua situação privilegiada para condicionar negativamente o mercado. Pelo contrário, no caso de um mercado liberalizado, o respeito de tais obrigações pode revelar-se necessário apenas por parte de organismos que, por razões históricas, tenham ainda uma importância no mercado particularmente significativa, que lhes permita de qualquer forma apresentar a sua oferta em condições que não tenham em conta a concorrência de empresas de dimensões e força menores. Se existisse de facto, no âmbito de um determinado mercado, uma verdadeira situação de equilíbrio concorrencial, a imposição de tais obrigações não teria, em definitivo, qualquer razão de ser, porque cada uma das exigências que essas obrigações visam tutelar seria automaticamente garantida pelo simples funcionamento da livre concorrência.

45. Estas reflexões levam-me a concluir que, na situação de um mercado liberalizado, como é o britânico, pode não ser necessário impor as obrigações em questão à totalidade das empresas que operam nesse mercado, ao passo que pode revelar-se oportuno impô-las apenas aos organismos que, pelas razões acima indicadas, beneficiam de uma situação de facto de tal forma privilegiada que lhes permite condicionar o mercado de modo negativo, por exemplo dificultando o acesso à rede pública.

A directiva «linhas alugadas» pretende precisamente evitar tal distorção da concorrência; e, para que seja correcta a transposição da directiva pelo legislador de um Estado em que já não existam direitos exclusivos ou especiais sobre infra-estruturas, é suficiente, em minha opinião, que esse resultado seja conseguido; e isto, se necessário, impondo as obrigações relativas às condições da oferta apenas aos organismos que, em virtude do seu peso no mercado, poderiam estar em condições de dificultar o acesso dos utilizadores ou dos concorrentes à rede pública.

46. Confirmação importante da justeza das nossas observações é a proposta de alteração de 6 de Março de 1996. Ela prevê, no artigo 2.°, n.° 2, que os Estados-Membros «garantirão que em qualquer ponto do seu território pelo menos uma organização esteja abrangida pelo disposto na presente directiva» e que «garantirão que não sejam impostas obrigações decorrentes da presente directiva a organizações sem poder de mercado significativo».

Coerentemente com a eliminação dos direitos exclusivos e especiais sobre as infra-estruturas, prosseguida por outros instrumentos comunitários, o regime exposto autoriza portanto expressamente os Estados-Membros a impor as obrigações previstas nos artigos 3.° a 10.° da directiva «linhas alugadas» também apenas a alguns dos vários organismos que operam no sector em causa, desde que identificados com base na sua força no mercado.

47. Relativamente ao artigo 7.°, que, como foi indicado, impõe aos Estados-Membros que garantam que os seus organismos de telecomunicações forneçam, em separado ou conjuntamente, um conjunto mínimo de linhas alugadas para que a oferta seja harmonizada em toda a Comunidade, o problema põe-se em termos que não são diferentes.

A temática relativa ao serviço universal é relevante antes de mais nos seus termos gerais, porque evidencia a necessidade de conciliar duas exigências a que o legislador comunitário, através de instrumentos diferentes consoante os casos, atribui igual importância: por um lado, a liberalização dos mercados nos sectores dos serviços públicos com carácter comercial (telecomunicações, mas, como se sabe, também energia eléctrica, água, gás, serviços postais); e, por outro lado, a garantia do fornecimento de um serviço eficaz a todos os utilizadores que o solicitem.

De facto, o serviço universal implica a obrigação, para a empresa encarregada de o assegurar, de satisfazer a procura independentemente da cobertura dos custos; portanto, num mercado liberalizado, em que a obrigação de fornecer esse serviço já não representa a contrapartida de um direito exclusivo ou especial de que beneficiam uma ou algumas empresas determinadas, existe o risco de a obrigação em questão se repercutir de modo excessivamente oneroso ou injustificado, ou simplesmente discriminatório, na empresa (ou empresas) a quem incumbe. Por outro lado, perante um monopólio de facto ou de uma ou mais empresas em posição dominante num determinado mercado já liberalizado, poderia ser incoerente repartir essa obrigação por todos os operadores, fazendo-a incidir mesmo sobre aqueles que não têm uma força suficiente no mercado.

48. Também neste caso resulta evidente que o legislador comunitário tinha em mente, no momento da redacção da directiva «linhas alugadas», a situação dos mercados ainda caracterizados por direitos exclusivos e especiais sobre as infra-estruturas.

Em contrapartida, tendo em conta a progressiva e gradual abolição dos direitos especiais e exclusivos (ainda que em momentos e segundo modalidades diferentes) na quase totalidade dos sectores mencionados, o legislador comunitário mostrou-se sensível à necessidade de determinar, com base em critérios objectivos e dinâmicos que tenham em conta exigências de carácter económico e técnico, sobre que empresas deve recair a obrigação de fornecer o serviço universal.

49. Antes de mais, como já vimos, a proposta de alteração prevê que a obrigação de assegurar o serviço universal no sector das linhas alugadas seja imposta pelo menos a um dos organismos que operam em cada um dos Estados-Membros, identificado e previamente escolhido, substancialmente, com base no poder que tem no mercado.

A Directiva 96/19/CE da Comissão, recentemente adoptada para realizar a plena abertura à concorrência dos mercados das telecomunicações [18], impõe aos Estados-Membros que comuniquem à Comissão, encarregada precisamente de verificar o seu carácter transparente e proporcional, as medidas que eles tencionam adoptar para garantir o serviço universal.

Além disso, a proposta de directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à interconexão nas telecomunicações, apresentada pela Comissão em 31 de Agosto de 1995 e destinada precisamente a garantir, além da interoperabilidade entre as redes, o fornecimento do serviço universal [19], regula esta matéria de forma detalhada. A proposta prevê de facto que essa obrigação deve recair sobre organizações de telecomunicações «que disponham de um poder de mercado significativo», com base em mecanismos dinâmicos destinados a garantir, quando necessário e sob o controlo das autoridades nacionais e comunitárias competentes, uma repartição equitativa dos ónus decorrentes do fornecimento de tal serviço (v. artigos 4.° e 5.°).

50. Por outro lado, na sua versão actual, o artigo 7.° da directiva «linhas alugadas» impõe somente aos Estados-Membros que garantam que seja efectivamente oferecido um serviço no sector em causa a todos os potenciais utilizadores que o solicitem. A norma, na sua formulação actual, não dispõe outra coisa.

Nestas condições, parece-me razoável afirmar, mais uma vez em sintonia com a evolução da regulamentação comunitária na matéria, que, para que essa exigência seja respeitada, é suficiente que o legislador de um Estado-Membro, cujo mercado das telecomunicações esteja já liberalizado, imponha a obrigação em causa a pelo menos um dos organismos de telecomunicações que operam no âmbito do seu território.

51. Em suma, os artigos 3.° e 10.° da directiva «linhas alugadas» devem ser interpretados no sentido de que os Estados-Membros cujo mercado das telecomunicações, em especial no sector da linhas alugadas, já não se caracteriza por direitos exclusivos ou especiais sobre as infra-estruturas, estão de qualquer modo obrigados a impor a obrigação de oferecer o serviço universal a pelo menos um dos organismos licenciados para operar no sector em causa; contudo, estão obrigados a impor as restantes obrigações (previstas nos artigos 3.°, 4.°, 5.°, 6.°, 8.°, 9.°

18 — Directiva da Comissão 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).

19 — COM(95) 379 final (JO C 313, p. 7).

e 10.°) a pelo menos um desses organismos, quando tal se justifique por circunstâncias de facto que tornem necessário regulamentar o comportamento desse organismo no mercado em questão.

A quinta questão

52. Tendo em conta as respostas que sugeri que fossem dadas às terceira e quarta questões, a resposta à quinta questão submetida pelo tribunal nacional, respeitante à invalidade da directiva «linhas alugadas» por alegada violação do princípio da não discriminação, afigura-se-me perfeitamente evidente.

É de facto evidente que, uma vez que, como já vimos, a própria directiva não impõe de facto aos Estados-Membros uma transposição que atenta contra o princípio da não discriminação, não existe qualquer problema de validade da própria directiva sob esse aspecto. Por outro lado, um problema de validade poderia quando muito dizer eventualmente respeito à regulamentação nacional de execução. Todavia, também isto fica excluído, tendo em conta as observações que precedem.

A sexta questão

53. Com a sexta questão, o tribunal de reenvio pede ao Tribunal de Justiça que se pronuncie sobre a validade da directiva «linhas alugadas», que, segundo a recorrente, violaria o princípio da proporcionalidade, uma vez que impõe a oferta de um determinado tipo de linhas (de 2 048 kbits/s) para o qual não existe no Reino Unido procura actual nem potencial.

O tipo de linhas em questão consta expressamente da lista do Anexo II da directiva, que, como se observou, estabelece as características técnicas das linhas cujo fornecimento os Estados-Membros devem assegurar, na acepção do várias vezes citado artigo 7.°, «a fim de garantir uma oferta harmonizada em toda a Comunidade».

54. A exigência de as linhas alugadas oferecidas nos diversos Estados-Membros terem especificações técnicas harmonizadas vem expressa também no décimo segundo considerando, em que se diz: «considerando que, para que haja linhas alugadas disponíveis em quantidade suficiente para utilização própria pelos utilizadores, para utilização partilhada ou para a oferta de serviços a terceiros, é necessário que os Estados-Membros garantam em todos eles a disponibilidade de um conjunto harmonizado de linhas alugadas, com pontos terminais de rede definidos, para comunicações no interior de um Estado-Membro e entre Estados-Membros...».

É portanto evidente que, através da harmonização das especificações técnicas, a directiva se propõe também abolir os obstáculos às trocas de serviços transfronteiriços de carácter técnico devidos a diversas regulamentações aplicáveis nos Estados-Membros.

55. A obrigação de assegurar a disponibilidade dos tipos de linhas especificados no Anexo II é assim uma exigência essencial para efeitos do resultado de harmonização que a directiva se propõe alcançar, a cujo respeito os Estados-Membros não podem eximir-se sem trair a própria finalidade da directiva.

Aliás, não existem dúvidas de que o facto de num Estado-Membro não existir procura para um determinado tipo de linhas é absolutamente irrelevante para efeitos da obrigação, imposta a esse Estado-Membro, de garantir a disponibilidade de tal linha, pelo menos para os serviços transfronteiriços.

Diferente poderia ser o caso se se pudesse demonstrar que para o tipo de linhas em causa não existe qualquer procura no mercado comunitário; todavia, tendo em conta as informações não contestadas da Comissão, pelo menos em França, na Alemanha e em Itália existe um mercado efectivo para esse tipo de linhas; o que confirma, em definitivo, a improcedência da crítica relativa à validade da directiva quanto a este ponto.

A sétima questão

56. Com a sétima questão, o tribunal nacional interroga o Tribunal de Justiça sobre as consequências a retirar da alegada transposição errada, pelo legislador britânico, da directiva «linhas alugadas» da perspectiva da obrigação de ressarcimento por parte do Estado.

Tendo em conta as respostas que sugeri que fossem dadas às questões anteriores, e no caso de o Tribunal de Justiça acolher as minhas sugestões, parece-me claramente evidente que, no caso em apreço, não se põe um problema de responsabilidade do Estado em causa, atendendo a que este último transpôs a directiva de modo não incompatível com as suas finalidades, e portanto correctamente.

57. Pelo contrário, na hipótese de o Tribunal de Justiça decidir noutro sentido, pôr-se-ia de novo o problema da responsabilidade e da obrigação de ressarcimento pelo Estado aos particulares que tenham sofrido prejuízos decorrentes de uma violação do direito

comunitário, em particular na hipótese de incorrecta, ainda que tempestiva, transposição para a ordem jurídica nacional das disposições de uma directiva.

58. Este problema foi amplamente tratado e desenvolvido nas conclusões relativas aos processos Brasserie du pêcheur e Factortame [20], Dillenkofer e o. [21], e mais em particular no processo British Telecommunications [22], por mim apresentadas em 28 de Novembro de 1995, para as quais julgo oportuno remeter para aprofundamento desta questão.

No acórdão de 5 de Março de 1996, proferido no processo Brasserie du pêcheur e Factortame III, o Tribunal de Justiça declarou, entre outras coisas, que «quando uma violação do direito comunitário por um Estado-Membro é imputável ao legislador nacional que actua num domínio onde dispõe de um amplo poder de apreciação para efectuar escolhas normativas, os particulares lesados têm direito à reparação desde que a regra de direito comunitário violada tenha por objecto conferir-lhes direitos, que a violação seja suficientemente caracterizada e que exista um nexo de causalidade directo entre essa violação e o prejuízo sofrido pelos particulares» [23].

Esta jurisprudência foi recentemente confirmada, relativamente a um caso não muito diferente do que hoje nos ocupa, no acórdão de 26 de Março de 1996, British Telecommunications plc, que dizia respeito a uma situação de não transposição correcta de uma directiva [24].

59. No caso em apreço, sem que seja necessário determo-nos na existência das outras condições acima indicadas, bastará salientar que, com toda a evidência, a transposição efectuada pelo legislador britânico não pode em nenhum caso ser definida como uma violação grave e manifesta das disposições da directiva controvertida, na acepção da jurisprudência do Tribunal de Justiça [25].

Parece-me decisivo a este respeito o facto, já repetidamente sublinhado, de a directiva em questão, destinada a garantir a harmonização das condições de fornecimento das linhas alugadas, surgir com toda a evidência redigida de modo a regulamentar adequadamente as situações de mercado caracterizadas pela presença de um único ou de um número reduzido de organismos que têm direitos exclusivos e especiais sobre as infra-estruturas de telecomunicações, ao passo que não tem em conta as particularidades de um mercado, como o britânico, que no momento da adopção da directiva estava já liberalizado.

20 — Conclusões nos processos apensos C-46/93 e C-48/93 (Colect. 1996, p. I-1029).

21 — Conclusões nos processos apensos C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 e C-190/94 (Colect. 1996, p. I-4845).

22 — Conclusões no processo C-392/93 (Colect. 1996, p. I-1631).

23 — Acórdão Brasserie du pêcheur e Factortame III (Colect., p. I-1029, dispositivo).

24 — Acórdão British Telecommunications plc (Colect., p. I-1631, em especial n.° 42).

25 — V. acórdão Brasserie du pêcheur e Factortame III, já referido, em especial n.os 55 a 64.

Conclusão

60. À luz das observações que precedem, sugiro portanto ao Tribunal de Justiça que responda do seguinte modo às questões submetidas pelo tribunal de reenvio:

«1) O artigo 2.°, n.° 1, 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, e o artigo 2.°, n.^{os} 1 e 2, 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, devem ser interpretados no sentido de que exigem que os Estados-Membros cumpram as obrigações que lhe incumbem por força dos artigos 3.° a 10.° da Directiva 92/44 impondo ónus aos organismos de telecomunicações na acepção do artigo 2.°, n.° 2, da Directiva 90/387, isto é, às entidades públicas e privadas a quem um Estado-Membro tenha concedido direitos especiais ou exclusivos para a instalação de redes públicas de telecomunicações e, eventualmente, para o fornecimento de serviços públicos de telecomunicações.

2) O artigo 2.°, n.° 1, da Directiva 92/44 e o artigo 2.°, n.^{os} 1 e 2, da Directiva 90/387 devem ser interpretados no sentido de que, para efeitos da aplicação da Directiva 92/44, numerosas empresas que operam no mercado dos serviços públicos de telecomunicações de um Estado-Membro ao abrigo de uma licença obrigatória que lhes confere prerrogativas especiais, emitida pela autoridade competente na sequência de um exame do mérito do pedido à luz da regulamentação nacional aplicável, com base numa presunção que garante o seu deferimento, sem limitações de carácter quantitativo, a menos que existam motivos específicos para o indeferir, não são entidades que gozem de direitos exclusivos ou especiais na acepção da Directiva 90/387.

3) Os artigos 3.° a 10.° da Directiva 92/44 devem ser interpretados no sentido de que um Estado-Membro em que as empresas autorizadas a operar no sector das linhas alugadas não gozem de direitos exclusivos ou especiais sobre as

infra-estruturas, está obrigado a impor de qualquer modo a pelo menos uma dessas empresas a obrigação de oferecer o serviço universal, ao passo que está obrigado a impor as restantes obrigações a pelo menos uma dessas empresas, quando tal se torne necessário devido às circunstâncias do caso em apreço.

4) Da análise da Directiva 92/44 não resultaram elementos susceptíveis de afectar a sua validade.

5) No caso vertente não estão preenchidos os pressupostos para se condenar o Estado interessado a reparar os prejuízos que os particulares afirmam ter sofrido em virtude da alegada transposição errada da Directiva 92/44.»