CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
F. G. JACOBS
apresentadas em 26 de Janeiro de 1995 *

1. No presente processo, o College van Beroep voor het Bedrijfsleven (Tribunal Administrativo para o Comércio e Indústria) dos Países Baixos submeteu algumas questões relativas à interpretação do artigo 59.° do Tratado. O órgão jurisdicional nacional pretende, no fundo, saber se a proibição da prática de comercialização designada «cold calling», imposta pela lei neerlandesa de 30 de Outubro de 1985 sobre o comércio de valores mobiliários, é compatível com as disposições do Tratado sobre a livre circulação de serviços na medida em que proíbe uma empresa estabelecida nos Países Baixos de abordar potenciais clientes em outros Estados-Membros.

2. A Alpine Investments BV, sociedade estabelecida nos Países Baixos, presta serviços financeiros, tendo-se especializado em operações a termo de mercadorias. Actua como «corretor inicial», isto é, recebe dos clientes ordens relacionadas com transacções nos mercados de operações a termo de mercadorias e transmite-as para execução a corretores que operam nesses mercados, dentro e fora da Comunidade. Tem três tipos de contas com os seus clientes: «managed accounts», «semi-managed accounts» e «non-managed accounts». No caso de uma «managed account», a empresa é autorizada pelo cliente a efectuar transacções nos mercados de operações a termo de mercadorias, em seu nome e de forma discricionária. No caso de uma «semi-managed account», a sociedade informa o cliente de várias oportunidades para investimentos nos mercados de operações a termo de mercadorias, devendo o cliente decidir da oportunidade do investimento. No caso da «non-managed account», a sociedade não aconselha sobre investimentos, limitando-se a executar as instruções do cliente.

3. Na época dos factos, nos Países Baixos, os serviços financeiros estavam sujeitos à lei de 30 de Outubro de 1985 sobre o comércio de valores mobiliários (Wet Effectenhandel, a seguir «WEH») [1]. O artigo 6.°, n.° 1, desta lei proíbe que uma pessoa não autorizada actue como intermediário em transacções de valores mobiliários. O artigo 6.°, n.os 2 e 3, especifica as condições que devem ser preenchidas para se obter uma autorização. O artigo 8.°, n.° 1, prevê que, em circunstâncias especiais, o ministro das Finanças (a seguir «o ministro») pode conceder uma isenção da

* Língua original: inglês.

1 — Stbl. 1985, p. 570. Esta lei foi revogada em 15 de Junho de 1992 e foi substituída pela Wet Toezicht Effectenverkeer (WTE), Stbl. 1991, p. 141.

proibição prevista no artigo 6.°, n.° 1. O artigo 8.°, n.° 2, prevê que a isenção pode ser acompanhada de exigências, para se evitarem evoluções indesejáveis no comércio de valores mobiliários.

4. Em 6 de Setembro de 1991, o ministro concedeu à Alpine Investments uma isenção nos termos do artigo 8.° da WEH, autorizando-a a colocar ordens na Merrill Lynch Inc. Por decisão de 12 de Novembro de 1991, o ministro impôs uma condição a essa isenção, que impedia a Alpine Investments de praticar o «cold calling», isto é, de abordar potenciais clientes por telefone ou pessoalmente, a menos que estes tivessem expressamente, e por escrito, dado o seu assentimento a este tipo de contacto e enquanto tal acordo não fosse denunciado por carta registada. O assentimento deve constar expressamente de uma declaração datada e assinada pelo cliente, que deve ser conservada nos arquivos da Alpine Investments. A declaração deve ser conservada durante cinco anos a contar da mais recente transacção efectuada ou do termo das relações da Alpine Investments com o cliente.

5. A Alpine Investments reclamou da decisão do ministro de 12 de Novembro de 1991, mas, em 14 de Janeiro de 1992, o ministro revogou a isenção concedida à Alpine Investments e concedeu-lhe uma nova isenção que lhe permitia colocar ordens na Rodman & Renshaw Inc. Esta isenção estava, de novo, sujeita à condição de a Alpine Investments não abordar potenciais clientes, por telefone ou pessoalmente, a menos que estes tivessem expressamente e por escrito dado o seu assentimento a este tipo de contacto. Em 13 de Fevereiro de 1992, a Alpine Investments apresentou de novo uma reclamação contra a decisão do ministro de 14 de Janeiro de 1992.

6. Verifica-se que todas as isenções concedidas após 1 de Outubro com base no artigo 8.° da WEH continham uma condição que proibia o «cold calling», semelhante à imposta à Alpine Investments. Em 1991, o ministro recebeu muitas queixas de investidores, afirmando que, devido ao «cold calling», tinham efectuado transacções de que se arrependeram posteriormente. Em consequência, o ministro decidiu proibir o «cold calling» em geral, tendo anunciado essa decisão num comunicado à imprensa de 1 de Outubro de 1991.

7. Em 29 de Abril de 1992, o ministro adoptou uma decisão que indeferiu a reclamação da Alpine Investments, que, por sua vez, recorreu desta decisão para o órgão jurisdicional nacional responsável pelas questões apresentadas. No processo principal, a Alpine Investments alega, *inter alia,* que a proibição do «cold calling» é contrária ao artigo 59.° do Tratado. Impede-a de abordar

potenciais clientes nos outros Estados-Membros e restringe a liberdade de prestar serviços sem que haja uma justificação por razões de ordem pública, segurança pública ou saúde pública. Devido a estes argumentos, foram submetidas ao Tribunal de Justiça as seguintes questões:

«1) O artigo 59.° do Tratado CEE deve ser interpretado no sentido de que abrange serviços oferecidos telefonicamente pelo prestador a partir do Estado-Membro em que está estabelecido a (potenciais) clientes estabelecidos noutro Estado-Membro e que ele presta em seguida a partir daquele Estado-Membro?

2) O disposto no referido artigo aplica-se igualmente às condições e/ou restrições que regem o exercício da actividade em causa no Estado-Membro em que o prestador de serviços está estabelecido, mas, no entanto, não se aplicam, ou pelo menos não do mesmo modo e na mesma medida, ao exercício da mesma actividade no Estado-Membro em que os (potenciais) destinatários dos serviços estão estabelecidos e, por consequência, são susceptíveis de constituir para o prestador, na oferta desses serviços a (potenciais) clientes estabelecidos noutro Estado-Membro, obstáculos que não afectam os prestadores do mesmo tipo de serviços que estejam estabelecidos naquele outro Estado-Membro?

Em caso de resposta afirmativa à questão que antecede:

3) a) Podem os interesses de protecção do consumidor e da reputação da prestação de serviços financeiros dos Países Baixos, que servem de base a uma disposição que pretende combater evoluções indesejáveis no comércio de valores mobiliários, ser considerados razões suficientes de interesse geral que justifiquem as referidas limitações?

b) A imposição, numa isenção, da proibição do chamado 'cold calling' deve ser considerada objectivamente necessária para a protecção dos interesses referidos e proporcional ao fim prosseguido?»

8. A Alpine Investments, os Governos neerlandês, grego e do Reino Unido e a Comissão apresentaram observações escritas.

O Governo belga apresentou alegações orais ao Tribunal de Justiça.

9. É indubitável que as actividades da Alpine Investments são abrangidas pelo artigo 60.° do Tratado CEE. Este artigo define como serviços as prestações realizadas normalmente mediante remuneração, na medida em que não sejam reguladas pelas disposições relativas à livre circulação de mercadorias, de capitais e de pessoas. A Alpine Investments presta serviços financeiros. Como já foi dito, estes incluem a execução de ordens com base em instruções dos clientes, a consultadoria e a gestão das contas dos clientes.

10. Apesar de a proibição controvertida de «cold calling» impedir a Alpine Investments de abordar clientes por telefone ou pessoalmente, a menos que estes tenham expressamente, e por escrito, dado o seu consentimento, conclui-se do despacho de reenvio e da primeira questão que o órgão jurisdicional nacional se refere especialmente à proibição de contactar clientes pelo telefone.

11. A Alpine Investments utiliza o «cold calling» para comercializar os seus serviços. Nomeadamente, telefona a clientes potenciais noutros Estados-Membros para indagar se estão interessados em receber mais informação ou convidando-os para seminários onde explica os serviços que oferece. Afirma que ninguém se queixou da forma como comercializa os seus serviços.

12. Antes de analisar as questões apresentadas, será útil examinar brevemente as normas da legislação comunitária aplicáveis em matéria de «cold calling».

13. A Directiva 93/22/CEE do Conselho, de 10 de Maio de 1993, relativa aos serviços de investimento no domínio dos valores mobiliários [2], visa facilitar a liberdade de estabelecimento e a liberdade de prestar serviços das sociedades de investimento.

14. A directiva sobre serviços de investimento, ainda que aplicável *ratione materiae*, não se aplica no presente caso, uma vez que não tinha sido aprovada na época dos factos. No entanto, é relevante porque apresenta o enquadramento jurídico adoptado pela Comunidade para facilitar a liberdade de estabelecimento e a liberdade de prestar serviços das sociedades de investimento. Saliente-se que a directiva não harmoniza as

2 — JO L 141, p. 27.

legislações dos Estados-Membros relativas à comercialização dos investimentos.

15. Nos termos desta directiva, uma sociedade de investimento não pode prestar serviços de investimento sem ter obtido autorização das autoridades competentes do seu Estado-Membro [3]. Uma vez obtida essa autorização, pode prestar serviços de investimento, criando uma sucursal ou exercendo a liberdade de prestar serviços em toda a Comunidade. O Estado-Membro de acolhimento não pode sujeitar a prestação de serviços de investimento no seu território à obrigação de obter uma autorização ou de fornecer uma dotação em capital ou a qualquer outra medida de efeito equivalente [4].

16. O Estado-Membro de origem é responsável por garantir que uma sociedade preenche de forma continuada as condições exigidas para a concessão da autorização [5]. Cada Estado-Membro de origem deve adoptar regras prudenciais que as sociedades de investimento devem sempre respeitar. A directiva fixa os princípios gerais destas regras [6]. A supervisão prudencial de uma sociedade de investimento é da responsabilidade do Estado-Membro de origem [7].

3 — Artigo 3.°, n.° 1.
4 — Artigo 14.°, n.os 1 e 2.
5 — Artigo 8.°, n.os 1 e 2.
6 — Artigo 10.°
7 — Artigo 8.°, n.° 3.

17. Os Estados-Membros devem estabelecer normas de conduta que as sociedades de investimento devem observar de forma permanente. O conteúdo dessas normas está previsto, em termos gerais, na directiva [8]. O artigo 11.°, n.° 2, tem a seguinte redacção:

«Sem prejuízo das decisões a tomar no âmbito de uma harmonização das normas de conduta, a aplicação e o controlo da sua observância continuam a ser da competência do Estado-Membro em que é prestado o serviço.»

18. Nos termos do artigo 13.°, a directiva não obsta a que as sociedades de investimento autorizadas noutros Estados-Membros façam publicidade dos seus serviços por todos os meios de comunicação disponíveis no Estado-Membro de acolhimento, desde que respeitem as normas, adoptadas por razões de interesse geral, que regulam a forma e o conteúdo dessa publicidade.

19. Não está, no entanto, claramente especificado na directiva como se deve dividir a responsabilidade entre as autoridades do Estado de origem e as autoridades do Estado de acolhimento. De qualquer modo, num

8 — Artigo 11.°, n.° 1.

caso concreto, nem sempre é evidente onde é prestado um determinado serviço específico.

20. Em 20 de Dezembro de 1985, o Conselho adoptou a Directiva 85/577/CEE, relativa à protecção dos consumidores no caso de contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais [9], que tem o objectivo de proteger os consumidores contra práticas comerciais abusivas no domínio das vendas porta a porta [10]. A directiva não se aplica a contratos celebrados pelo telefone nem a «contratos relativos a valores mobiliários» [11]. No que se refere aos contratos que se integram no seu âmbito de aplicação, a directiva não proíbe o que pode ser considerado «cold calling» porta a porta, mas atribui ao consumidor o direito de rescisão. A directiva autoriza os Estados-Membros a adoptarem exigências mais rigorosas para proteger os consumidores [12].

21. Em Outubro de 1993, a Comissão apresentou uma proposta alterada de directiva do Conselho relativa à protecção dos consumidores em matéria de contratos negociados à distância (vendas à distância) [13]. A directiva proposta visa aproximar a legislação dos Estados-Membros relativa «aos contratos negociados à distância entre consumidor e fornecedor, assim como às solicitações para celebrar tais contratos e aos respectivos actos preparatórios» [14].

22. O artigo 4.° prevê que os Estados-Membros adoptem as medidas necessárias para proteger contra este tipo de solicitações os consumidores que tenham manifestado a vontade de não serem solicitados. O segundo parágrafo do artigo 4.° tem a seguinte redacção:

«A utilização das técnicas a seguir referidas necessita do consentimento prévio do consumidor:

— telecópia (fax),

— correio electrónico,

— telefone,

— aparelho de chamada automática.»

9 — JO L 372, p. 31; EE 15 F6 p. 131.

10 — Terceiro considerando.

11 — Artigo 3.°, n.° 2, alínea e). *Ndt:* A versão portuguesa da directiva fala erradamente em «valores móveis».

12 — Artigo 8.°

13 — Documento COM(93) 396 final (JO 1993, C 308, p. 18). Proposta inicial, COM(92) 11 final (JO 1992, C 156, p. 14).

14 — Artigo 1.°

Deste modo, a presente redacção da proposta de directiva proíbe o «cold calling» por telefone. A proposta de directiva aplica-se a contratos relativos ao fornecimento de serviços financeiros, incluindo o tipo de serviços prestados pela Alpine Investments [15].

23. Como a Comissão assinala, o resumo feito mostra que, actualmente, a legislação comunitária não proíbe o «cold calling» por telefone ou pessoalmente, nem impede os Estados-Membros de o proibirem.

24. Passo agora a analisar as questões apresentadas.

Quanto à primeira questão

25. Através da primeira questão, o órgão jurisdicional nacional pretende, de facto, determinar se o artigo 59.° do Tratado se aplica a serviços que uma pessoa preste, a partir do Estado-Membro onde está estabelecida, a pessoas estabelecidas noutros Estados-Membros. Em meu entender, é evidente que a resposta a esta questão deve ser afirmativa.

15 — V. artigos 1.°, 2.° e 12.° da proposta de directiva.

26. Uma vez que artigo 59.° do Tratado pretende abolir as restrições à liberdade de prestar serviços na Comunidade, a sua aplicação pressupõe a existência de um elemento transfronteiriço. Como o Tribunal de Justiça afirmou, os serviços em causa devem ter «carácter transfronteiriço» [16]. O artigo 59.° não se aplica quando todos os elementos da actividade em questão estão limitados a um único Estado-Membro [17].

27. Existe um elemento transfronteiriço quando o prestador e o destinatário dos serviços estão estabelecidos em diferentes Estados-Membros [18]. Nesse caso, o artigo 59.° aplica-se independentemente do Estado-Membro onde os serviços são fornecidos. Esta interpretação é sustentada pela letra do artigo 59.°, cujo primeiro parágrafo prevê a abolição de restrições à liberdade de prestar serviços «em relação aos nacionais dos Estados-Membros estabelecidos num Estado da Comunidade que não seja o do destinatário da prestação».

28. Esta interpretação é também confirmada pela jurisprudência do Tribunal de Justiça que esclarece que as disposições do Tratado sobre a livre prestação de serviços se aplicam nos seguintes casos: quando o prestador de serviços se desloca a outro Estado-Membro

16 — Acórdão de 26 de Abril de 1988, Bond van Adverteerders e o. (352/85, Colect., p. 2085, n.° 13).

17 — Acórdãos de 26 de Fevereiro de 1991, Comissão/Grécia (C-198/89, Colec., p. I-727, n.° 9); de 18 de Março de 1980, Debauve e o. (52/79, Recueil, p. 833, n.° 9); e de 23 de Abril de 1991, Höfner e Elser (C-41/90, Colect., p. I-1979, n.os 37 a 39).

18 — Acórdão de 4 de Maio de 1993, Distribuidores Cinematográficos (C-17/92, Colect., p. I-2239, n.° 11).

para aí prestar serviços [19]; quando o destinatário dos serviços se desloca a outro Estado-Membro para aí lhe serem prestados serviços [20]; quando o prestador e o destinatário dos serviços estão estabelecidos no mesmo Estado-Membro, mas o prestador se desloca a outro Estado-Membro para propor os seus serviços [21]; e quando, não havendo deslocação física do prestador nem do destinatário, os serviços são prestados através do correio ou por telecomunicações, como o telefone, o fax ou o correio electrónico [22].

29. A Alpine Investments afirma que os serviços em questão no presente caso pertencem à última categoria mencionada. Para efeitos do presente caso, não é necessário, em meu entender, determinar exactamente onde são prestados os serviços. Existe um elemento transfronteiriço, uma vez que o prestador e o destinatário desses serviços estão estabelecidos em diferentes Estados-Membros.

30. O Governo neerlandês alega que a proibição controvertida do «cold calling» se refere a situações puramente internas. Este argumento é falacioso. O presente caso refere-se à proibição do «cold calling» na medida em que impede a Alpine Investments de contactar potenciais clientes noutros Estados-Membros. Nas suas observações relativas à segunda questão apresentada, o Governo neerlandês admitiu que a proibição também se aplica aos contactos telefónicos feitos a partir dos Países Baixos com pessoas estabelecidas noutros Estados-Membros.

31. O Governo neerlandês alega ainda que a grande maioria das operações a termo de mercadorias se faz na Bolsa de Mercadorias de Chicago, isto é, fora do território da Comunidade. O que não significa, porém, que o artigo 59.° do Tratado não seja aplicável no presente caso, em que é proibida a utilização de uma técnica de comercialização na Comunidade e em que uma pessoa estabelecida num Estado-Membro está, portanto, proibida de prestar serviços a um cliente residente noutro Estado-Membro.

32. Os Governos neerlandês e do Reino Unido invocam o acórdão Keck e Mithouard [23] e alegam que a interpretação do

19 — V. acórdão de 10 de Fevereiro de 1982, Transporoute (76/81, Recueil, p. 417).

20 — Acórdão de 31 de Janeiro de 1984, Luisi e Carbone (286/82 e 26/83, Recueil, p. 377).

21 — V. os processos «guias turísticos»: acórdãos de 26 de Fevereiro de 1991, Comissão/França (C-154/89, Colect., p. I-659); Comissão/Itália (C-180/89, Colect., p. I-709); e Comissão/Grécia (já referido na nota 17).

22 — V. acórdão de 25 de Julho de 1991, Säger (C-76/90, Colect., p. I-4221). V. também os processos «Mediawet»: acórdãos de 25 de Julho de 1991, Collectieve Antennevoorziening Gouda e o. (C-288/89, Colect., p. I-4007); Comissão/Países Baixos (C-353/89, Colect., p. I-4069); e acórdão de 5 de Outubro de 1994, TV10 (C-23/93, Colect., p. I-4795).

23 — Acórdão de 24 de Novembro de 1993 (C-267/91 e C-268/91, Colect., p. I-6097).

Tribunal de Justiça sobre o artigo 30.° do Tratado CEE deve ser transposta para o artigo 59.° Sustentam que, deste modo, a proibição controvertida de «cold calling» não é uma restrição à livre prestação de serviços e concluem que a resposta à primeira questão deve ser que o artigo 59.° não é aplicável no caso em apreço.

33. Creio que este raciocínio assenta numa má compreensão da primeira questão. Como já expliquei, o juiz nacional apenas pergunta se o artigo 59.° se aplica a serviços que o prestador presta, a partir do Estado-Membro onde está estabelecido, a pessoas residentes noutros Estados-Membros. Não pergunta se a proibição controvertida de «cold calling» é uma restrição à livre prestação de serviços. Este é o objecto da segunda questão. É portanto no contexto desta questão que devem ser examinados os argumentos dos Governos neerlandês e do Reino Unido.

34. Concluo que a primeira questão deve ser respondida afirmativamente.

Quanto à segunda questão

35. Através da segunda questão, o juiz nacional pretende efectivamente determinar se a proibição controvertida de «cold calling» é uma restrição à livre prestação de serviços, na acepção do artigo 59.° do Tratado.

36. Em especial, resulta do despacho que o órgão jurisdicional nacional procura determinar dois pontos. Primeiro, pretende saber se o facto de a proibição controvertida ser imposta pelo Estado-Membro onde está estabelecido o prestador de serviços pode obstar à aplicação do artigo 59.° Depois, pretende saber se essa proibição é uma restrição na acepção do artigo 59.°, por não ser imposta, ou pelo menos não com o mesmo alcance, pelos Estados-Membros em que os destinatários dos serviços estão estabelecidos, aos prestadores de serviços estabelecidos no seu território.

37. Quanto ao primeiro ponto, deve salientar-se que as disposições do Tratado sobre livre prestação de serviços impõem obrigações não só ao Estado-Membro de destino mas também ao de origem. O Tribunal de Justiça declarou que a liberdade de prestar serviços pode ser invocada por uma empresa contra o Estado onde se encontra estabelecida, quando os serviços são prestados a destinatários estabelecidos noutro

Estado-Membro [24]. Daqui decorre que a proibição controvertida não deixa de ser abrangida pelo artigo 59.° do Tratado pelo facto de ter sido imposta pelo Estado onde está estabelecido o prestador de serviços.

38. Quanto ao segundo ponto, deve, antes de mais, salientar-se que a proibição controvertida não é discriminatória. Aplica-se sem discriminação a todos os prestadores de serviços estabelecidos nos Países Baixos. Aplica-se independentemente de os potenciais clientes da Alpine Investments residirem nos Países Baixos ou em outros Estados-Membros. Aplica-se, assim, indiscriminadamente a todos os destinatários de serviços.

39. O facto de diferentes Estados-Membros poderem impor diferentes restrições não constitui discriminação, nem cria uma situação incompatível com o Tratado. A proibição de «cold calling» imposta pela legislação neerlandesa, que se aplica da mesma maneira a todas as pessoas sujeitas a essa legislação, não é incompatível com o Tratado só porque outros Estados-Membros podem aplicar normas menos severas a prestadores de serviços estabelecidos no seu território [25].

40. Mantém-se, contudo, a questão de saber se a proibição controvertida é uma restrição à livre prestação de serviços, na acepção do artigo 59.° do Tratado. A Alpine Investments e a Comissão afirmam que a questão deve ser respondida afirmativamente; os Governos do Reino Unido e neerlandês defendem o contrário.

41. A Alpine Investments alega que a proibição controvertida restringe a sua liberdade de prestar serviços, dado que se aplica ao contacto com potenciais clientes fora dos Países Baixos. Conclui que se deve responder à segunda questão que o artigo 59.° se opõe a normas, impostas pelo Estado-Membro onde está estabelecido o prestador de serviços, que procuram regular o modo de prestação dos serviços noutros Estados-Membros, na medida em que essas normas restringem a prestação de serviços transfronteiriços.

42. O Governo do Reino Unido alega que a proibição controvertida não é uma restrição à livre prestação de serviços porque é de aplicação geral, não é discriminatória e não tem como objecto ou efeito beneficiar o mercado nacional em detrimento de prestadores de serviços de outros Estados-Membros. O Governo neerlandês apresenta o mesmo tipo de argumentos.

43. A maior parte dos processos relativos à prestação de serviços decididos até agora

24 — Acórdãos de 17 de Maio de 1994, Corsica Ferries (C-18/93, Colect., p. I-1783, n.° 30); de 14 de Julho de 1994, Peralta (C-379/92, Colect., p. I-3453, n.° 40); e de 5 de Outubro de 1994, Comissão/França (C-381/93, Colect., p. I-5145, n.° 14).

25 — V. acórdão Peralta (já referido na nota 24, n.° 48). V. também acórdãos de 3 de Julho de 1979, Van Dam e o. (185/78 a 204/78, Recueil, p. 2345, n.° 10), e de 19 de Janeiro de 1988, Pesca Valentia (223/86, Colect., p. 83, n.° 18).

pelo Tribunal de Justiça referem-se a restrições impostas pelo Estado-Membro de destino. Neste caso, a jurisprudência do Tribunal de Justiça afirma claramente que o artigo 59.° do Tratado não abrange apenas restrições discriminatórias, isto é, que discriminam o prestador de serviços em razão da sua nacionalidade ou por estar estabelecido num Estado-Membro diferente daquele em que o serviço é prestado; o artigo 59.° aplica-se também a restrições não discriminatórias. Isto foi inequivocamente afirmado no acórdão Säger, no qual o Tribunal de Justiça declarou que [26]:

«... o artigo 59.° do Tratado exige não só a eliminação de qualquer discriminação contra o prestador de serviços em razão da sua nacionalidade, mas também a supressão de qualquer restrição, ainda que indistintamente aplicada a prestadores nacionais e de outros Estados-Membros, quando seja susceptível de impedir ou entravar de alguma forma as actividades do prestador estabelecido noutro Estado-Membro, onde preste legalmente serviços análogos.

Em especial, o Estado-Membro não pode sujeitar a realização da prestação de serviços no seu território ao cumprimento de todas as condições exigidas a um estabelecimento, sob pena de privar de qualquer efeito útil as disposições do Tratado destinadas precisamente a garantir a livre prestação de serviços. Essa restrição é tanto menos admissível quando... o serviço é prestado, ao contrário da situação referida no artigo 60.°, último parágrafo, do Tratado, sem que o prestador tenha necessidade de se deslocar ao território do Estado-Membro onde a prestação é realizada».

44. No acórdão Schindler [27], o Tribunal de Justiça confirmou que o artigo 59.° do Tratado se aplica a restrições não discriminatórias.

45. Em meu entender, princípios idênticos aplicam-se a restrições à livre prestação de serviços impostas pelo Estado-Membro onde está estabelecido o prestador de serviços. As normas não discriminatórias desse Estado, isto é, que se aplicam a todos os prestadores de serviços estabelecidos no seu território e a todos os serviços, quer sejam internos quer intracomunitários, podem, em determinadas circunstâncias, constituir restrições na acepção do artigo 59.°

46. Como salientou a Alpine Investments, o artigo 59.° prevê a supressão de todas as restrições à livre prestação de serviços, sem distinguir entre restrições discriminatórias e não discriminatórias. Também já se referiu que a

26 — Acórdão Säger (já referido na nota 22, n.os 12 e 13). V. também os acórdãos Collectieve Antennevoorziening Gouda e o. e Comissão/Países Baixos (já referidos na nota 22).

27 — Acórdão de 24 de Março de 1994 (C-275/92, Colect., p. I-1039).

jurisprudência do Tribunal de Justiça esclarece que o artigo 59.° proíbe as restrições, mesmo não discriminatórias, impostas pelo Estado-Membro de destino. Seria incoerente adoptar-se a perspectiva oposta relativamente a restrições impostas pelo Estado-Membro de origem. Na medida do possível, devem aplicar-se os mesmos princípios a todas as restrições à prestação de serviços, impostas quer pelo Estado-Membro de origem, quer pelo Estado-Membro do destinatário dos serviços, quer ainda por um terceiro Estado-Membro que não seja o do prestador nem o do destinatário do serviço, se este aí for prestado.

47. Saber se uma norma do Estado-Membro de origem é uma restrição à livre prestação de serviços é questão a determinar por referência a um critério funcional, isto é, apurar se restringe, de facto, a capacidade das pessoas estabelecidas no seu território de prestarem serviços intracomunitários. Parece-me que este critério está em conformidade com a noção de mercado interno e é mais adequado do que o critério de discriminação.

48. Do ponto de vista da realização do mercado interno, o que interessa não é saber se as normas de um Estado-Membro são discriminatórias, mas determinar se têm um efeito prejudicial para a sua realização ou o seu funcionamento. O Tribunal de Justiça afirmou que o conceito de mercado interno implica a eliminação de todos os entraves ao comércio intracomunitário «tendo em vista a fusão dos mercados nacionais num mercado único com condições tão próximas quanto possíveis das de um verdadeiro mercado interno» [28]. As normas nacionais relativas ao Estado-Membro de «importação ou de exportação», que dificultem significativamente o exercício da livre prestação de serviços, prejudicam a realização e o funcionamento do mercado interno e cabem, portanto, no âmbito de aplicação do Tratado.

49. Esta perspectiva é corroborada pelo recente acórdão do Tribunal de Justiça no processo Comissão/França [29]. Neste processo, o Tribunal de Justiça declarou que a livre prestação de serviços impede a aplicação de qualquer legislação nacional que tenha por efeito tornar mais difícil a prestação de serviços entre Estados-Membros do que a prestação de serviços num único Estado-Membro. No entanto, o Tribunal de Justiça não afirmou que as normas nacionais só constituem uma restrição à livre prestação de serviços quando tornem a prestação de serviços internos mais favorável do que a prestação de serviços intracomunitários. Ao invés, afirmou em termos gerais que «o artigo 59.° é contrário à aplicação de qualquer legislação nacional que, sem justificação objectiva, entrave a possibilidade de um prestador de serviços exercer efectivamente essa liberdade» [30]. O Tribunal de Justiça também declarou que a livre prestação de serviços deve ser interpretada «na óptica do mercado único, e a fim de permitir realizar os seus objectivos» [31].

28 — Acórdão de 5 de Maio de 1982, Schul (15/81, Recueil, p. 1409, n.° 33).

29 — Processo C-381/93 (já referido na nota 24).

30 — N.° 16 do acórdão.

31 — N.° 17 do acórdão.

50. A tese de que o artigo 59.° se aplica a restrições não discriminatórias está em conformidade com os objectivos do Tratado; além disso, não afecta os interesses legítimos dos Estados-Membros, dado que o facto de uma norma nacional constituir uma restrição à livre prestação de serviços não significa que seja incompatível com o Tratado. Isto só se verifica se não preencher determinadas condições que, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, são mais rigorosas no caso de medidas discriminatórias do que no caso de medidas não discriminatórias.

51. No caso em apreço, a proibição controvertida é uma restrição na acepção do artigo 59.° do Tratado, porque se aplica não apenas à prestação de serviços no território dos Países Baixos mas também à prestação de serviços intracomunitários. Um Estado-Membro pode livremente regulamentar a comercialização, no seu território, de serviços prestados por pessoas estabelecidas nesse Estado. No entanto, não dispõe de liberdade ilimitada para regulamentar a comercialização de tais serviços no território de outros Estados-Membros. As normas de um Estado-Membro que restrinjam a comercialização de serviços prestados por pessoas estabelecidas nesse Estado, no território de outros Estados-Membros, são abrangidas pelo artigo 59.° e não são compatíveis com o direito comunitário, excepto se forem justificadas.

52. Há quem sugira, no entanto, que a jurisprudência do Tribunal de Justiça sobre a livre circulação de mercadorias deve ser aplicada por analogia e que, nos termos dessa jurisprudência, no caso de um Estado-Membro de «exportação», apenas são abrangidas pelo Tratado as restrições discriminatórias.

53. É verdade que o Tribunal de Justiça interpretou o conceito de restrições à exportação de mercadorias, na acepção do artigo 34.° do Tratado CEE, de forma mais restritiva do que o conceito de restrições à importação, na acepção do artigo 30.° Enquanto o artigo 30.° se pode aplicar a normas não discriminatórias, a aplicação do artigo 34.° exige que haja uma discriminação de direito ou de facto. No acórdão Groenveld, o Tribunal de Justiça declarou que o artigo 34.° [32]:

«visa as medidas nacionais que têm por objectivo ou por efeito restringir especificamente os fluxos de exportação e estabelecer assim uma diferença de tratamento entre o comércio interno de um Estado-Membro e o seu comércio de exportação, de forma a garantir uma vantagem particular à produção nacional ou ao mercado interno do Estado interessado, em detrimento da produção ou do comércio de outros Estados-Membros».

54. A mesma fórmula foi repetida em acórdãos subsequentes [33]. No acórdão Oebel, o

32 — Acórdão de 8 de Novembro de 1979 (15/79, Recueil, p. 3409, n.° 7).

33 — Acórdãos de 14 de Julho de 1981, Oebel (155/80, Recueil, p. 1993, n.° 15); de 10 de Março de 1983, Fabricants raffineurs d'huile de graissage (172/82, Recueil, p. 155, n.° 12); e de 9 de Junho de 1992, Delhaize e Le Lion (C-47/90, Colect., p. I-3669, n.° 12).

Tribunal de Justiça declarou que o artigo 34.° não se aplica a uma regulamentação [34]:

«que faz parte da política económica e social e que se aplica em função de critérios objectivos a todos os operadores económicos de um determinado sector que se encontrem estabelecidos no território nacional, sem criar qualquer diferença de tratamento em razão da nacionalidade dos operadores e sem distinguir entre o comércio interno e o comércio externo do Estado em questão».

55. Pode duvidar-se se a jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa ao artigo 34.° do Tratado se aplica a normas do Estado-Membro de exportação relativas à comercialização de mercadorias. Um Estado-Membro pode proibir os operadores económicos estabelecidos no seu território de utilizar uma técnica de comercialização para vender os seus produtos nesse Estado. No entanto, isto não significa que possa proibi-los de utilizar essa técnica de comercialização para vender os seus produtos noutros Estados-Membros. É evidente que um Estado-Membro de exportação não pode obrigar um operador económico a não utilizar, noutro Estado-Membro, uma forma de publicidade que é proibida no Estado de exportação, mas que é autorizada no outro Estado-Membro, onde vai comercializar os seus produtos, a menos que haja uma boa razão para essa proibição.

56. Em qualquer caso, independentemente da posição que se possa ter relativamente às mercadorias nos termos do artigo 34.°, uma restrição à comercialização dos serviços noutro Estado-Membro deve ser entendida como uma restrição à liberdade de prestação de serviços. Como já foi dito acima, no presente caso, a proibição controvertida é uma restrição na acepção do artigo 59.°, porque se aplica não apenas a clientes residentes nos Países Baixos mas também a clientes residentes noutros Estados-Membros.

57. O recente acórdão do Tribunal de Justiça no processo Peralta [35] não contradiz esta perspectiva. Nesse caso, o Tribunal de Justiça estava perante normas do direito italiano, nos termos das quais nenhum navio, independentemente da nacionalidade, podia descarregar substâncias nocivas para o ambiente marinho em águas territoriais italianas e em águas marítimas interiores. Os navios arvorando pavilhão italiano também estavam proibidos de descarregar essas substâncias fora das águas territoriais italianas. M. Peralta, de nacionalidade italiana, era comandante de um navio-cisterna que arvorava pavilhão italiano e que estava especialmente equipado para o transporte de produtos químicos. Foi acusado de ter ordenado a descarga no mar de líquidos de lavagem que continham soda cáustica, numa altura em que o navio estava fora das águas territoriais italianas. O Tribunal de Justiça rejeitou o argumento de que a diferença de tratamento entre navios que arvoram pavilhão italiano e navios que arvoram pavilhão de outros Estados-Membros

34 — Acórdão 155/80 (já referido na nota 33, n.° 16).

35 — Já referido na nota 24.

era uma discriminação proibida pelo Tratado. Examinou, em seguida, o argumento de que a legislação italiana em causa implicava restrições à liberdade de prestar serviços de transporte marítimo para outros Estados-Membros, ainda que essa legislação não fosse considerada discriminatória. O Tribunal rejeitou o argumento, declarando que [36]:

«... uma legislação como a italiana, que proíbe a descarga de substâncias químicas nocivas no mar, é objectivamente aplicável a todos os navios sem distinção, quer efectuem transportes internos em Itália ou transportes com destino a outros Estados-Membros. Tal legislação não prevê serviços diversos para os produtos exportados e para os produtos comercializados em Itália. Também não cria benefícios especiais para o mercado interno italiano, os transportes italianos ou os produtos italianos».

58. Não resulta do acórdão Peralta que as normas de um Estado-Membro, que se aplicam sem distinção a todos os prestadores de serviços estabelecidos no seu território e independentemente de os serviços serem prestados no território nacional ou noutros Estados-Membros, não podem nunca ser consideradas restrições na acepção do artigo 59.° do Tratado. As normas em causa no processo Peralta distinguem-se das que estão em causa no presente processo tanto pelo seu conteúdo como pelos seus efeitos. As normas no processo Peralta não regulamentavam a prestação nem a comercialização de serviços. Ao invés, no caso em apreço, a proibição controvertida restringe a comercialização de serviços intracomunitários. Ademais, no caso Peralta, o efeito das normas do Estado-Membro de origem na liberdade de prestar serviços era tão remoto, ténue e indirecto que dificilmente constituía uma restrição na acepção do artigo 59.° Isso não se verifica no presente processo, dado que a proibição controvertida restringe directamente a capacidade da Alpine Investments de desenvolver a sua actividade em outros Estados-Membros.

59. Os Governos do Reino Unido e neerlandês também invocam o acórdão Keck e Mithouard [37], quanto à questão do âmbito de aplicação do artigo 30.° do Tratado, e sustentam que, no presente caso, deve ser adoptada uma posição idêntica quanto ao artigo 59.° No acórdão Keck e Mithouard, o Tribunal de Justiça declarou que as normas do Estado de importação que restringem ou proíbem certos acordos de vendas não são abrangidas pelo artigo 30.°, desde que se apliquem a todos os operadores que actuam no território nacional e afectem, do mesmo modo, de direito e de facto, a comercialização dos produtos nacionais e dos outros Estados-Membros. Alega-se que, de igual maneira, o artigo 59.° não se aplica a medidas não discriminatórias que afectam a forma de prestar os serviços, como a proibição de «cold calling» no caso em apreço.

36 — N.° 51 do acórdão.

37 — Já referido na nota 23.

60. Apesar de aceitar que, de um modo geral, se devem aplicar princípios idênticos à interpretação dos artigos 30.° e 59.° do Tratado, não creio que, no presente caso, possa ser útil recorrer ao acórdão Keck e Mithouard. Em primeiro lugar, não é fácil determinar os efeitos deste acórdão mesmo relativamente ao artigo 30.° [38]. Além disso, mesmo se se aceitar que, neste caso, é adequada uma analogia com o referido acórdão, há uma diferença fundamental entre ambos. No acórdão Keck e Mithouard, o Tribunal de Justiça estava perante normas do Estado de importação relacionadas com modalidades de comercialização aplicáveis a vendas de bens no território desse Estado. No presente caso, o Estado de exportação exige que as suas normas de comercialização sejam respeitadas não apenas quando os serviços são prestados no seu território mas também no território de outros Estados-Membros.

61. Há uma razão adicional no sentido de o princípio afirmado pelo Tribunal de Justiça no acórdão Keck e Mithouard não ser aplicável no presente caso. Se se aceitasse que este princípio se aplica tanto às normas relativas às modalidades de venda impostas pelo Estado-Membro de exportação e às impostas pelo Estado-Membro de importação, isso teria a consequência de o artigo 59.° não abranger todas estas normas no caso de não serem discriminatórias. Quem exportasse serviços teria então de respeitar os dois grupos de normas, mesmo que não se justificassem objectivamente. Isto esvaziaria de sentido a livre prestação de serviços. Além de que tais normas poderiam mesmo conter exigências contraditórias.

62. Concluo, assim, que a proibição controvertida de «cold calling» é uma restrição à liberdade de prestar serviços na acepção do artigo 59.° do Tratado.

Quanto à terceira questão

63. Antes de examinar a terceira questão, é necessário analisar um ponto preliminar. No que se refere às restrições à liberdade de prestar serviços impostas pelo Estado-Membro de destino, a jurisprudência do Tribunal de Justiça distingue entre restrições discriminatórias e não discriminatórias.

64. As restrições discriminatórias só são compatíveis com o Tratado se forem abrangidas por uma derrogação expressa, como as do artigo 56.° do Tratado CEE [39]. As restrições não discriminatórias podem ser compatíveis com o Tratado ainda que não estejam expressamente previstas por uma derrogação.

38 — V. as minhas conclusões no processo Leclerc-Siplec (acórdão de 9 de Fevereiro de 1995, C-412/93, Colect., p. I-179).

39 — V. acórdão Collectieve Antennevoorziening Gouda (já referido na nota 22, n.os 10 e 11).

O Tribunal aceitou que a liberdade de prestar serviços pode ser restringida por normas não discriminatórias adoptadas pelo Estado-Membro onde o serviço é prestado, desde que estejam preenchidas as seguintes condições: que essas normas se justifiquem por razões imperiosas de interesse público; que a adequada protecção do interesse público não possa ser alcançada através de meios menos restritivos; e que o interesse em questão não seja adequadamente protegido pela legislação do Estado-Membro onde está estabelecido o prestador de serviços [40].

65. A terceira questão pretende determinar se a proibição controvertida se justifica por razões imperiosas de interesse público e se este interesse pode ser adequadamente protegido por normas menos restritivas. Nesta fase, deve analisar-se se é possível alegar que o interesse em questão pode ser adequadamente protegido pela legislação do Estado-Membro do potencial cliente.

66. A Alpine Investments alega que o ministro não a pode impedir de contactar, através do «cold calling», potenciais clientes noutros Estados-Membros. Defende que, quando contacta potenciais clientes noutros Estados-Membros, tem de respeitar a legislação do Estado onde se encontra esse cliente e não a dos Países Baixos.

67. Não considero este argumento convincente. É evidente que o Estado-Membro de onde é feito o contacto telefónico está em melhores condições para regulamentar o «cold calling» do que o Estado-Membro de destino. Mesmo que o Estado-Membro para onde é feito o contacto telefónico proíba o «cold calling», não lhe é possível impedir chamadas telefónicas feitas a partir de outro Estado-Membro, se não tiver a cooperação das autoridades competentes desse Estado. Os serviços prestados através das telecomunicações podem ser mais facilmente controlados no Estado-Membro de exportação, onde é fiscalizado o prestador de serviços, do que no Estado-Membro de importação. Portanto, num caso como o presente, não é correcto afirmar que as restrições impostas pelo Estado-Membro onde está estabelecido o prestador de serviços só são compatíveis com o Tratado se o interesse público que elas visam proteger não puder ser adequadamente protegido pelas normas do Estado-Membro de destino. Além disto, como se verá na resposta à terceira questão, o primeiro Estado-Membro pode ter um interesse legítimo em proibir a prestação de serviços noutro Estado-Membro, independentemente de qualquer interesse deste último Estado.

68. Passo agora a analisar a terceira questão, que foi dividida em duas partes. A primeira parte indaga se a preocupação de protecção dos consumidores e de salvaguarda da reputação dos mercados dos valores mobiliários neerlandeses, que são as razões subjacentes à proibição controvertida, podem ser consideradas razões imperiosas de interesse público,

40 — V. acórdão Säger (já referido na nota 22, n.º 15) e os acórdãos mencionados nessa nota.

susceptíveis de justificar restrições à livre circulação de serviços. A segunda parte indaga se a proibição controvertida do «cold calling» pode ser considerada objectivamente necessária para proteger os investidores e a integridade dos mercados financeiros e se pode ser considerada proporcional ao fim a atingir. Examinarei separadamente as duas partes da terceira questão.

69. Em meu entender, é indubitável que a preocupação de protecção dos consumidores e de salvaguarda da reputação dos mercados de valores mobiliários neerlandeses podem justificar restrições à liberdade de circulação de serviços.

70. O Tribunal de Justiça reconheceu que a protecção dos consumidores é uma razão importante relacionada com o interesse público [41]. Isto é confirmado pelo artigo 100.°-A, n.° 3, do Tratado CEE, segundo o qual, nas propostas de medidas que têm por objectivo o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno, em matéria de protecção dos consumidores, a Comissão basear-se-á num nível de protecção elevado.

71. Justificam-se considerações especiais relativamente à protecção das pessoas que investem em mercados de valores mobiliários e de mercadorias. É reconhecido por todos que os investimentos nesses mercados envolvem um elevado factor de risco e são susceptíveis de abusos. Devido à natureza do investimento, o investidor tem pouco ou nenhum controlo sobre o seu valor. Contrariamente aos bens de consumo, o valor real do investimento não depende das suas características físicas. Depende de uma série de factores externos que um investidor normal não pode determinar nem influenciar. Estas considerações são especialmente pertinentes quanto aos mercados de mercadorias que são altamente especulativos e particularmente arriscados para um investidor pouco conhecedor.

72. Um investidor nos mercados dos valores mobiliários ou de mercadorias está mais dependente do conselho de um intermediário do que, por exemplo, uma pessoa que invista em imóveis, quer no que se refere à escolha do investimento adequado às suas necessidades quer no que se refere ao momento propício à realização desse investimento. Por este motivo, todos os países com mercados financeiros desenvolvidos se preocuparam em regulamentá-los, adoptando normas relativas não apenas às entidades emitentes de valores mobiliários mas também aos intermediários financeiros.

73. Como a Comissão salientou, a necessidade de salvaguardar a integridade dos mercados de valores mobiliários está estreitamente relacionada com a necessidade de

41 — V. os acórdãos «seguros», de 4 de Dezembro de 1986: Comissão/Alemanha (205/84, Colect., p. 3755, n.os 30 a 33) e Comissão/França (220/83, Colect., p. 3663, n.° 20); e os acórdãos «Mediawet», de 25 de Julho de 1991: Collectieve Antennevoorziening Gouda e o. (já referido na nota 22, n.° 14) e Comissão/Países Baixos (já referido na mesma nota, n.° 18).

proteger os investidores. É lícito supor que, quando a lei não garanta ao investidor uma protecção satisfatória, os investidores perderão a confiança nos mercados financeiros e, por conseguinte, procurarão formas de investimento alternativas. A relação entre a protecção do investidor e a integridade dos mercados financeiros é bem ilustrada pelos trabalhos preparatórios da WEH e pelo programa comunitário de harmonização dos serviços financeiros.

74. Resulta dos trabalhos preparatórios da WEH que, antes da sua adopção, a regulamentação dos mercados dos serviços financeiros nos Países Baixos era menos desenvolvida relativamente a outros Estados-Membros e que várias sociedades estrangeiras se estabeleceram nos Países Baixos para beneficiarem da legislação aplicável e para desenvolverem actividades fraudulentas. Por este motivo, nos termos do artigo 8.° da WEH, o ministro, ao conceder uma isenção a um intermediário financeiro, pode impor discricionariamente condições para prevenir evoluções indesejáveis no comércio dos valores mobiliários.

75. Além disso, a necessidade de proteger os investidores e de garantir a integridade dos mercados financeiros são objectivos relacionados, como decorre do programa comunitário de harmonização no sector dos serviços financeiros.

76. Este programa procura garantir aos investidores, em toda a Comunidade, um nível de protecção equivalente, facilitando assim a interpenetração dos mercados nacionais de valores mobiliários e, por fim, a constituição de um mercado europeu de capitais [42]. Apesar de as directivas de harmonização preverem regras mínimas, procuram garantir um nível elevado de protecção ao investidor. Reconhecem que, ao garantir a confiança do investidor nos mercados de valores mobiliários, estão a promover o bom funcionamento desses mercados [43]. Ao criarem um enquadramento legal, incentivam o investimento, permitindo que o mercado de valores mobiliários desempenhe a sua função económica, concretamente, a distribuição eficiente de recursos [44].

77. A Alpine Investments alega que, contrariamente à protecção dos investidores neerlandeses, a protecção dos investidores de outros Estados-Membros não é uma razão imperiosa de interesse público que possa justificar a imposição, pelas autoridades neerlandesas, de restrições à livre prestação de serviços. Este argumento é falacioso, dado que as práticas desleais ou abusivas dos intermediários financeiros estabelecidos nos Países Baixos, relativamente a investidores estrangeiros, podem afectar negativamente a integridade dos mercados financeiros neerlandeses.

42 — V., por exemplo, a Directiva 79/279/CEE do Conselho, de 5 de Março de 1979, relativa à coordenação das condições de admissão de valores mobiliários à cotação oficial de uma bolsa de valores (JO L 66, p. 21; EE 06 F2 p. 77), primeiro considerando.

43 — V., por exemplo, a Directiva 89/592/CEE do Conselho, de 13 de Novembro de 1989, relativa à coordenação das regulamentações respeitantes às operações de iniciados (JO L 334, p. 30), primeiro a quarto considerandos.

44 — V. a recomendação 77/534/CEE da Comissão, de 25 de Julho de 1977, relativa a um código de conduta europeu sobre transacções de valores mobiliários transferíveis (JO L 212, p. 37), exposição de motivos.

78. Concluo, portanto, que a preocupação de proteger os investidores e de salvaguardar a integridade dos mercados financeiros dos Países Baixos pode justificar restrições à livre prestação de serviços financeiros.

79. Passo agora a examinar a segunda parte da terceira questão, através da qual, como já se viu, o órgão jurisdicional nacional pretende saber se a proibição controvertida de «cold calling» pode ser considerada objectivamente necessária para proteger os investidores e a integridade do mercado financeiro dos Países Baixos e se pode ser considerada proporcional a esses objectivos.

80. Segundo a jurisprudência, as exigências impostas aos prestadores de serviços devem ser de molde a garantir a realização do objectivo prosseguido e não devem ir além do que é necessário para que o mesmo seja alcançado. Noutros termos, é necessário que o mesmo resultado não possa ser obtido através de normas menos restritivas [45].

81. A Alpine Investments alega que a proibição controvertida não respeita a exigência de proporcionalidade, porque existem meios menos restritivos para atingir o mesmo resultado, e menciona proibições menos rigorosas em vigor no Reino Unido e nos Estados Unidos.

82. No Reino Unido, nomeadamente, os serviços financeiros estão sujeitos ao enquadramento legal estabelecido pelo Financial Services Act 1986 (lei sobre os serviços financeiros de 1986). Nos termos desta lei, uma pessoa só pode negociar em investimento se estiver autorizada ou se lhe tiver sido concedida uma isenção. A autorização pode ser obtida através da inscrição numa organização autónoma reconhecida. Uma destas organizações é a Securities and Futures Authority (a seguir «SFA»). A Alpine Investments menciona as Conduct of Business Rules da SFA, segundo as quais uma sociedade pode estabelecer e manter procedimentos para garantir que todos os trabalhadores e agentes da sociedade respeitem as normas relativas a contactos telefónicos não solicitados com investidores privados. Estes procedimentos devem incluir a gravação de todos os contactos telefónicos não solicitados com investidores e o arquivo de registos documentais desses contactos na altura em que são feitos. A Alpine Investments conclui que é possível proteger os investidores através da gravação das chamadas telefónicas. Menciona normas semelhantes norte-americanas adoptadas pela National Futures Association.

83. A Alpine Investments alega também que, aplicando-se a proibição de «cold calling» a todas as sociedades em geral, o comportamento de uma sociedade individual não é

45 — Acórdãos Collectieve Antennevoorziening Gouda e o. (já referido na nota 22, n.º 15); Comissão/França (já referido na nota 21, n.º 15) e Comissão/Grécia (já referido na nota 17, n.º 19).

tido em conta quando se impõe a proibição. Esta é, portanto, indiscriminada e impõe um ónus desnecessário a sociedades que desenvolvem actividades lícitas.

84. Não considero estes argumentos convincentes. As razões que levaram o ministro a impor a proibição controvertida estão explicadas no despacho do juiz nacional. Em 1991, o ministro recebeu muitas queixas de pessoas que, devido ao «cold calling», efectuaram transacções de que depois se arrependeram. Por conseguinte, o ministro considerou que o «cold calling» era indesejável e decidiu, como sua política, proibi-lo. De acordo com essa política, quaisquer isenções concedidas nos termos do artigo 8.° da WEH após Outubro de 1991 eram acompanhadas de uma proibição idêntica à imposta à Alpine Investments.

85. Em meu entender, e atendendo às razões que a fundamentaram, a decisão de proibir o «cold calling» não é desproporcionada. Apesar de se aplicar indiscriminadamente a todas as sociedades independentemente do seu comportamento individual, o seu objectivo é restabelecer e manter a confiança do investidor nos mercados de valores mobiliários, o que beneficiará, de facto, os prestadores de serviços nesse mercado. Além disso, se o ministro proibisse apenas algumas sociedades em função do seu comportamento anterior, isso seria mais difícil e mais oneroso de gerir, poderia originar desigualdades e ser ineficaz.

86. Também não é correcto afirmar que a proibição do «cold calling» é desproporcionada, tendo em atenção os seus efeitos. A Alpine Investments não está, de modo algum, proibida de comercializar os seus serviços. Só está proibida de contactar potenciais clientes por telefone ou pessoalmente sem consentimento prévio escrito destes. Isto não é uma obrigação injustificadamente restritiva. Em primeiro lugar, só afecta os novos clientes da Alpine Investments, dado que os actuais clientes terão, obviamente, a oportunidade de dar o seu consentimento por escrito para futuros contactos. Em segundo lugar, o que a Alpine Investments tem de fazer, segundo creio, é apenas contactar os potenciais clientes por correio, pedindo-lhes para a informarem por escrito se desejam ser contactados no futuro. Esta parece-me ser uma técnica de comercialização que, por um lado, não é dispendiosa para o prestador de serviços e, por outro, é simples e respeitadora do potencial cliente.

87. Do ponto de vista do potencial cliente, a proibição de «cold calling» tem duas protecções adicionais. Uma vez que o prestador deve contactar potenciais clientes por escrito, será provável que explique de forma mais pormenorizada e clara o tipo de serviços que presta. O potencial cliente também tem mais tempo para reflectir sobre a informação dada, não tendo que tomar rapidamente uma decisão, sem estar preparado para isso, como seria o caso se tivesse que responder por telefone. Não vejo como é que uma pessoa que

pensa seriamente em investir no mercado de valores mobiliários e que pretende beneficiar dos serviços da Alpine Investments é prejudicada pelo facto de esta não poder contactá-la pessoalmente ou por telefone, sem o seu consentimento prévio.

88. Também não considero convincente o argumento da Alpine Investments de que as Conduct of Business Rules da SFA no Reino Unido impõem uma proibição menos rígida. O facto de outro Estado-Membro impor normas menos rígidas não significa que as normas neerlandesas infrinjam o princípio da proporcionalidade. Isto é evidenciado pelo facto de as directivas de harmonização em matéria de protecção dos consumidores permitirem normalmente que os Estados-Membros imponham exigências suplementares ou mais rígidas. *A fortiori,* não existindo medidas de harmonização, não se pode considerar que as normas de um Estado-Membro são contrárias ao princípio da proporcionalidade só porque outro Estado-Membro aplica normas menos rígidas. Isto é confirmado pelo acórdão Oosthoek [46]. Neste processo, a legislação neerlandesa proibia a oferta de brindes como forma de promover as vendas, a menos que o consumo ou a utilização do brinde se relacionasse com o produto que se pretendia vender. O Tribunal de Justiça considerou que, apesar de a exigência de nexo com o consumo ou a utilização não constar da legislação de outros Estados-Membros, ela não ultrapassava o necessário para atingir os objectivos prosseguidos.

89. Como já foi dito, a Directiva 93/22 não harmoniza as normas nacionais relativas à comercialização de investimentos. O preâmbulo da directiva afirma claramente que «a prospecção porta a porta de investidores em valores mobiliários não deve ser abrangida pela presente directiva e... a sua regulamentação deve depender das disposições nacionais» [47].

90. É, portanto, claro que, na falta de normas de harmonização, cada Estado-Membro pode discricionariamente determinar o nível de protecção dos investidores no seu território. Se assim não fosse, os Estados-Membros, na falta de normas de harmonização, teriam de adaptar a respectiva legislação à do Estado-Membro que impusesse as exigências mais flexíveis. Isto poderia afectar negativamente, em vez de incentivar, a confiança dos investidores.

91. A questão de saber se as restrições impostas pela legislação nacional à utilização de uma técnica de comercialização satisfazem o critério da proporcionalidade deve ser apreciada, *inter alia,* por referência às condições existentes no mercado nacional e às razões que levaram à sua adopção. Em meu entender, a proibição controvertida não viola

46 — Acórdão de 15 de Dezembro de 1982 (286/81, Recueil, p. 4575). V. também o acórdão de 25 de Julho de 1991, Aragonesa de Publicidad Exterior e Publivía (C-1/90 e C-176/90, Colect., p. I-4151, n.os 16 e 17).

47 — Oitavo considerando.

o princípio da proporcionalidade. Foi adoptada para obviar a práticas abusivas que prejudicavam financeiramente os investidores; foi uma resposta razoável face ao objectivo de protecção dos investidores em mercados em que são especialmente vulneráveis; e não impede empresas, como a Alpine Investments, de comercializarem os seus serviços, mas apenas de utilizarem uma técnica de comercialização específica.

Conclusão

92. Considero, portanto, que se deve responder da seguinte forma às questões submetidas pelo órgão jurisdicional nacional:

«1) O artigo 59.° do Tratado deve ser interpretado no sentido de que se aplica quando uma pessoa estabelecida num Estado-Membro contacta telefonicamente clientes potenciais noutro Estado-Membro para lhes propor prestações de serviços.

2) A legislação de um Estado-Membro que proíbe pessoas estabelecidas no seu território de efectuarem contactos telefónicos não solicitados com potenciais clientes noutros Estados-Membros para comercializarem os seus serviços é uma restrição à livre prestação de serviços.

3) a) A preocupação de proteger os investidores e de salvaguardar a integridade dos mercados financeiros pode justificar a imposição de restrições à livre prestação de serviços.

b) O artigo 59.° não se opõe a uma legislação que, para evitar abusos susceptíveis de prejudicar os investidores, proíba a prática de fazer contactos telefónicos não solicitados com potenciais clientes residentes em outros Estados-Membros para lhes propor a prestação de serviços relacionados com investimentos em valores mobiliários e mercadorias.»