CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL WALTER VAN GERVEN apresentadas em 16 de Outubro de 1991 *

Índice

A — Contexto do processo ..... I - 590

1. Prestação de serviços de correio acelerado nos Países Baixos ..... I - 590

2. Decisão impugnada ..... I - 592

B — Admissibilidade do recurso no processo C-66/90 ..... I - 593

C — Exame dos fundamentos de anulação «formais» articulados contra a decisão ..... I - 593

1. Abuso do poder conferido pelo artigo 90.°, n.° 3 ..... I - 594

2. Violação dos direitos da defesa ..... I - 599

3. Argumentos relativos à fundamentação da decisão impugnada ..... I - 604

a) Terminologia utilizada na decisão e rectificações ..... I - 604

b) Ininteligilidade das normas e serviços em causa? ..... I - 607

c) A decisão é factualmente infundada? ..... I - 608

d) Dispositivo da decisão ..... I - 611

D — Exame dos fundamentos quanto ao mérito ..... I - 614

1. Inexistência de comportamento de empresa ..... I - 614

2. Inexistência de abuso de posição dominante ..... I - 619

a) Extensão da posição dominante ..... I - 619

b) Imposição de preços e de condições não equitativas; limitação da oferta ..... I - 622

c) Conclusão ..... I - 623

3. Aplicação do artigo 90.°, n.° 2 ..... I - 624

E — Síntese e conclusão ..... I - 626

* Língua original: neerlandês.

Senhor Presidente,
Senhores Juízes,

1. O Governo neerlandês, os Koninklijke PTT Nederland NV e os PTT-Post BV (estes dois últimos a seguir designados «PTT» e «PTT-Post BV») pedem ao Tribunal de Justiça a anulação da decisão da Comissão de 20 de Dezembro de 1989, relativa à prestação do serviço de correio rápido nos Países Baixos [1] (a seguir «decisão impugnada»). Nesta decisão, dirigida aos Países Baixos, são declaradas incompatíveis com o artigo 90.°, n.° 1, do Tratado CEE, conjugado com o seu artigo 86.° (ver o artigo 1.° da decisão), as normas dos artigos 2.° e 12.° da lei neerlandesa de 26 de Outubro de 1988, que altera a legislação relativa à execução do serviço postal (a seguir «lei do serviço postal de 1988») [2], conjuntamente com as do decreto de aplicação de 19 de Dezembro de 1988, que reservam para os PTT o serviço rápido de recolha, transporte e distribuição de correspondência até 500 g, a preço inferior a 11,90 HFL, para os destinos na Comunidade, e a 17,50 HFL, para os destinos fora da Comunidade, bem como a obrigação de registar previamente as tarifas, imposta no decreto de 12 de Maio de 1989 [3].

Por despacho de 4 de Junho de 1991, o Tribunal de Justiça remeteu o processo C-66/90 ao Tribunal de Primeira Instância, nos termos do artigo 47.°, primeiro parágrafo, do Estatuto. Por despacho de 21 de Junho de 1991, nos termos do artigo 47.°, terceiro parágrafo, última frase, do Estatuto, o Tribunal de Primeira Instância declarou-se incompetente, com fundamento em que ambos os processos C-48/90 e C-66/90 têm por objecto a anulação do mesmo acto. O Tribunal de Justiça apensou então os dois processos, pelo que os tratarei conjuntamente nestas conclusões.

A — Contexto do processo

1. *Prestação de serviços de correio acelerado nos Países Baixos*

2. Antes da entrada em vigor da lei do serviço postal de 1988, a (então) Staatsbedrijf der PTT gozava, nos termos da lei do serviço postal de 1954, do monopólio legal para o transporte de correspondência até 500 g, inclusive. Os serviços dos PTT asseguravam tradicionalmente esse transporte (recolha, divisão e transporte, distribuição) de forma uniformizada. No entanto, no final dos anos 60, era manifesto existir uma procura de serviços de transporte com valor acrescentado mais elevado, mais precisamente, de um transporte mais rápido e mais individualizado. Um número crescente de serviços privados de correio acelerado surgiu em resposta a essa procura; por seu lado, os PTT não pareciam dispostos ou capazes de prestar esses serviços, facto não controvertido. A procura a que os serviços privados de correio acelerado se esforçavam por responder diz principalmente respeito ao transporte de documentos importantes e/ou urgentes. Na medida em que se trata de correspondência com peso inferior a 500 g, se nos ativermos textualmente ao disposto na lei do serviço postal de 1954, essas empresas agiam em contravenção ao monopólio postal da Staatsbedrijf der PTT. No entanto — ponto em que igualmente as partes estão de acordo —, não foi tomada qualquer medida, ou pelo menos qualquer medida significativa, contra essas actividades de correio acelerado por parte das autorida-

1 — JO 1990 L 10, p. 47.
2 — *Staatsblad*, 1988, 522.
3 — Regeling registratie koeriersdiensten, *Staatscourant*, 1989, 109.

des públicas neerlandesas ou pela própria Staatsbedrijf der PTT, embora — esporadicamente — tenham sido instaurados processos contra serviços postais urbanos privados. As partes dão explicações contraditórias quanto a estas intervenções: o Governo neerlandês afirma que se inseriam no âmbito de uma política que tinha por objecto tolerar apenas, sob o regime da anterior legislação, os serviços de correio acelerado «na verdadeira acepção do termo», ou seja, o serviço que consiste em transportar um objecto, de modo perfeitamente individualizado, directamente do remetente ao destinatário, sem passar por um centro de divisão e, por conseguinte, sem ser encaminhado conjuntamente com outros objectos [4]. A Comissão explica, pelo contrário, a intervenção contra os serviços postais urbanos privados pelo facto de essas empresas prestarem um serviço que oferecia poucas ou nenhumas vantagens suplementares em relação ao serviço postal de base. De qualquer modo, é pacífico que a procura dos serviços de transporte rápido e individualizado de correspondência aumentou de modo considerável e que as empresas privadas de correio acelerado podiam satisfazer essa procura, sem que as autoridades públicas tenham alguma vez sujeito as suas actividades a condições restritivas. Por esta razão, este sector conheceu um crescimento notável.

3. No entanto, a lei do serviço postal de 1988 voltou a dar cartas. Confirma expressamente o monopólio do transporte de objectos postais com peso não superior a 500 g, com origem e destino no território neerlandês (incluindo as Antilhas neerlandesas e Aruba): este serviço só pode ser prestado pelo titular da concessão exclusiva atribuída pelo Estado, a saber, os PTT-Post BV [5]. Qualquer intromissão nessa concessão é sancionada penalmente pelo artigo 17.° da nova lei do serviço postal. No entanto, esta lei institui uma excepção a esse monopólio de princípio [6]: a correspondência com peso não superior a 500 g pode ser recolhida, transportada e encaminhada por outras empresas que não o concessionário, quando preencham três condições cumulativas: i) devem prestar serviços de transporte de correspondência nos Países Baixos, dos Países Baixos para o estrangeiro ou do estrangeiro para os Países Baixos, de nível consideravelmente superior ao oferecido pelo concessionário a todas as pessoas, no território nacional, no âmbito do transporte acelerado normal (ou seja, o serviço de entrega rápida), tanto no que diz respeito à rapidez de entrega, à sua garantia e à possibilidade de localizar o objecto durante o transporte (condição que designarei a seguir «condição de qualidade»); ii) devem prestar esse serviço por preço que não pode ser inferior a um mínimo fixado pelas autoridades públicas, a saber, 11,90 HFL para o transporte nos Países Baixos e com destino a outros Estados-membros da Comunidade e 17,50 HFL para o transporte internacional com destino a países fora da Comunidade (a seguir «regra do preço mínimo»), e iii) devem estar previamente registadas e declarar anualmente as tarifas e condições de entrega por si aplicadas (a seguir «condição de registo») [7]. Na decisão impugnada, a Comissão parte do pressuposto (cujo fundamento veremos mais adiante) de que estas

4 — Para uma descrição dos serviços de correio acelerado «em sentido estrito», ver, nomeadamente, a réplica dos PTT no processo C-66/90, n.° 50.

5 — Ver as normas conjugadas dos artigos 2.° e 12.°, n.° 1, da lei do serviço postal de 1988.

6 — Ver o artigo 12.°, n.° 2, da lei do serviço postal de 1988.

7 — A obrigação de efectuar anualmente a declaração das tarifas aplicadas foi instituída no Regeling registratie koeriersdiensten (regulamento relativo ao registo dos serviços de correio acelerado) de 12 de Maio de 1989, *Staatscourant*, 1989, 109.

três condições cumulativas não são aplicáveis aos PTT-Post BV, na hipótese dessa empresa também se entregar a actividades de correio acelerado — o que aliás passou efectivamente a fazer a partir de 1 de Janeiro de 1990.

O Governo neerlandês declarou, durante a fase pré-contenciosa do processo bem como durante a tramitação no Tribunal de Justiça, que estas três condições são necessárias para garantir a qualidade e a continuidade do serviço de transporte cuja prestação é imposta pela lei aos PTT-Post BV, uma obrigação que é mais ampla do que a concessão exclusiva. Com efeito, os PTT-Post BV estão obrigados a garantir o transporte, em todo o território, de cartas e pequenos pacotes com peso não superior a 10 kg e que respeitem determinadas dimensões (quer se trate de um transporte normal, quer de um transporte efectuado no âmbito do serviço de entrega rápida). O Governo neerlandês sustenta que, sem essas três condições, a concessão exclusiva dos PTT-Post BV não pode ser protegida de modo eficaz e, em especial, as empresas privadas de correio acelerado poderiam esvaziar a concessão de sentido, ao desenvolverem as suas actividades igualmente para os destinos rentáveis (por exemplo, nas grandes cidades), abandonando assim as obrigações deficitárias aos PTT (que, em razão da sua obrigação de transporte, efectivamente, as não podem abandonar).

2. *Decisão impugnada*

4. Conforme já afirmei, as condições a que está sujeita a prestação de serviços de correio acelerado nos Países Baixos e que esbocei no número precedente foram declaradas, pela decisão impugnada, incompatíveis com o artigo 90.°, conjugado com o artigo 86.° do Tratado CEE[8]. A decisão é impugnada em diversos domínios e o exame dos fundamentos invocados pelos recorrentes dar-nos-á a possibilidade de analisar mais pormenorizadamente os seus aspectos pertinentes. Como introdução à minha análise, limitar-me-ei a fazer uma síntese da decisão.

A decisão impugnada parte do pressuposto de que existem dois mercados distintos, embora próximos: o mercado dos serviços postais de base e o mercado dos serviços de correio acelerado[9]. A decisão declara, em seguida, que a concessão exclusiva aos PTT-Post BV da correspondência com peso não superior a 500 g lhes confere uma posição dominante no mercado dos serviços postais de base[10]. Ao impor às empresas privadas de correio acelerado, para o transporte de correspondência até 500 g, três condições de que estão isentos os PTT-Post BV, a lei do serviço postal de 1988 leva, no entender da Comissão, a um abuso dessa posição dominante em três aspectos. Em primeiro lugar, porque a regra do preço mínimo tem como efeito reservar uma parte do mercado dos serviços de correio acelerado para os PTT-Post BV, com risco de eliminar totalmente a concorrência nesse segmento de mercado[11]; em segundo lugar, porque a regra do preço mínimo tem por efeito impor aos serviços de correio acele-

8 — É verdade que, conforme resulta da parte decisória da decisão impugnada, a declaração de incompatibilidade diz unicamente respeito à regra do preço mínimo e à condição de registo, e não à condição de qualidade, embora, conforme se pode ler na fundamentação da decisão (ver o n.° 14), esta última condição também viole o artigo 90.°, conjugado com o artigo 86.° Trata-se, aparentemente, de um lapso que, embora tenha consequências para as obrigações que resultam para o Governo neerlandês da decisão impugnada, é irrelevante para a apreciação dos argumentos relativos à fundamentação e à legalidade da decisão.

9 — Ver o n.° 3 da decisão impugnada.

10 — Ver o n.° 10 da decisão impugnada.

11 — Ver o n.° 11 da decisão impugnada.

rado preços e condições não equitativas [12]; em terceiro lugar, porque a regra do preço mínimo e a condição de qualidade têm como efeito restringir a oferta no mercado dos serviços de correio acelerado [13]. A Comissão retira daqui a conclusão de que existe uma violação do artigo 90.°, n.° 1, conjugado com o artigo 86.° do Tratado, e além disso afirma que essa violação não pode ser justificada com base no artigo 90.°, n.° 2, do Tratado, ou seja, por outras palavras, que a manutenção do regime de concorrência que existia no mercado dos serviços de correio acelerado no momento da entrada em vigor da nova lei do serviço postal não obsta às obrigações de interesse geral que os Países Baixos impuseram aos PTT-Post BV [14].

B — Admissibilidade do recurso no processo C-66/90

5. É pacífico que a decisão impugnada diz directa e individualmente respeito aos PTT-Post BV, embora estes não sejam o seu destinatário. No entanto, a Comissão põe em dúvida a admissibilidade do seu recurso, uma vez que os próprios PTT-Post BV declararam não retirar qualquer benefício da legislação declarada incompatível com o Tratado na decisão impugnada [15], pelo que não têm interesse processual.

Não creio que a Comissão esteja no bom caminho. Contesta com insistência, precisamente, o facto de os PTT-Post BV não retirarem qualquer benefício da legislação neerlandesa; o benefício que, no entender da Comissão, a lei neerlandesa confere aos PTT-Post BV é uma das bases importantes da afirmação, na decisão impugnada, segundo a qual a nova legislação neerlandesa leva a um abuso de posição dominante por parte dos PTT-Post BV. Além disso, os PTT-Post BV sustentaram, em especial, que a decisão impugnada (que declara parte da lei do serviço postal incompatível com as normas do Tratado directamente aplicáveis) coloca as empresas privadas de correio acelerado, que, ao contrário dos PTT-Post BV, não estão sujeitas a uma obrigação de transporte, numa posição concorrencial em relação aos PTT-Post BV, o que pode abalar o equilíbrio financeiro desta última, deixando de poder cumprir a obrigação de transporte que lhe é imposta na lei. O interesse processual dos PTT-Post BV não pode ser, pois, seriamente contestado.

C — Exame dos fundamentos de anulação «formais» articulados contra a decisão

6. Os fundamentos invocados pelos recorrentes são na maior parte idênticos, ainda que não estejam sempre estruturados do mesmo modo. Por conseguinte, agrupei-os em dois capítulos para o efeito da minha análise. Esta parte das minhas conclusões será consagrada ao exame dos fundamentos de anulação «formais» que dizem respeito, respectivamente, ao poder da Comissão de adoptar a decisão impugnada (a seguir capítulo C, ponto 1), à violação dos direitos da defesa (a seguir capítulo C, ponto 2) e à fundamentação da decisão impugnada (a seguir capítulo C, ponto 3). Na parte das con-

12 — Ver o n.° 12 da decisão impugnada.

13 — Ver os n.os 13 e 14 da decisão impugnada.

14 — Ver os n.os 16, 17 e 18 da decisão impugnada.

15 — Retomarei posteriormente (nos n.os 28 a 31) este ponto que se liga à possibilidade de aplicação aos PTT-Post BV das três condições em que os serviços de correio acelerado podem ser prestados no caso de correspondência com peso inferior a 500 g (ver acima o n.° 3).

clusões que se lhe segue (capítulo D), examinarei o mérito da decisão impugnada.

A minha análise do capítulo C, pontos 1 e 2, leva à conclusão de que o artigo 90.°, n.° 3, do Tratado confere efectivamente um poder de decisão à Comissão, embora esta o não tenha exercido, no presente caso, com o devido respeito pelos direitos da defesa. Deste modo, o meu exame nos capítulos C, ponto 3, e D é apresentado unicamente a título subsidiário para a hipótese de o Tribunal de Justiça não compartilhar do meu entendimento sobre as questões tratadas nos capítulos C, pontos 1 e 2.

1. *Abuso do poder conferido pelo artigo 90.°, n.° 3*

7. Os recorrentes sustentam que, ao adoptar a decisão impugnada, a Comissão abusou do poder que lhe é conferido pelo artigo 90.°, n.° 3, do Tratado. Com efeito, sustentam que, quando pretenda agir contra alegadas violações do Tratado por parte dos Estados-membros, a Comissão deve observar o processo previsto no artigo 169.° do Tratado CEE, excepto quando o Tratado institua uma derrogação expressa, como é o caso, por exemplo, dos artigos 93.°, n.° 2, 100.°-A, n.° 4, e 225.° Por outras palavras, ao adoptar a decisão impugnada, a Comissão desviou do seu objectivo o poder de adoptar decisões que lhe é expressamente conferido pelo artigo 90.°, n.° 3, e isto — retomando as palavras do Governo neerlandês — a fim de exercer uma fiscalização repressiva sobre um Estado-membro (no caso concreto, os Países Baixos). De acordo com os recorrentes, a utilização do processo «normal» previsto no artigo 169.° impunha-se tanto mais quanto a decisão impugnada diz respeito a normas legais no sentido estrito do termo. Com efeito, uma decisão adoptada com base no artigo 90.°, n.° 3, é dotada de efeito jurídico imediato e o recurso dessa decisão não tem efeito suspensivo; em contrapartida, um processo instaurado com base no artigo 169.° não é acompanhado de efeitos tão severos: a legislação em causa continua a produzir efeitos jurídicos, tanto durante a fase pré-contenciosa como contenciosa do processo no Tribunal de Justiça.

8. Esta afirmação não me convence. Se examinarmos, antes de mais, a sua segunda parte, que diz respeito ao *efeito jurídico* imediato *e* aos *efeitos severos* que acompanham uma decisão adoptada com base no artigo 90.°, n.° 3, há que relativizar a diferença entre aquele processo e o instaurado com base no artigo 169.° Este último pode, eventualmente, culminar com um acórdão do Tribunal de Justiça que não pode ser contestado, uma vez que não é susceptível de recurso (ver o artigo 171.°). Em contrapartida, uma intervenção da Comissão com base no artigo 90.°, n.° 3, tem toda uma série de outras consequências jurídicas: culmina com uma decisão, ou seja, um acto vinculativo, mas susceptível de ser impugnado. Com efeito, quando o Estado-membro, a quem se dirige a decisão, entenda que esta é incompatível com as regras formais ou materiais de direito comunitário, pode interpor no Tribunal de Justiça recurso de anulação com base no artigo 173.° do Tratado CEE e, se o desejar, pedir a suspensão da execução do acto em questão com base no artigo 185.° do Tratado.

Também é verdade que o poder de adoptar decisões conferido à Comissão pelo artigo 90.°, n.° 3, permite uma intervenção mais eficaz do que o processo previsto no artigo 169.°: ao contrário de um «parecer fundamentado», na acepção do artigo 169.°, n.° 1, uma decisão adoptada com base no artigo 90.°, n.° 3, produz efeitos jurídicos imediatos, ainda que seja objecto de um recurso de anulação (sem prejuízo de uma decisão do Tribunal de Justiça que ordene a suspensão da execução). No entanto, esta é consequência lógica e inevitável do poder de fiscalização, válido para um domínio específico, conferido à Comissão pelo artigo 90.°, n.° 3, e uma consequência do facto desse poder conferido por esta norma poder ser exercido, nomeadamente, por meio de decisões. Ora, no recente acórdão que proferiu no processo 226/87 [16], o Tribunal de Justiça confirmou expressamente que uma decisão adoptada com base no artigo 90.°, n.° 3, faz parte da categoria genérica de decisões, na acepção do artigo 189.°, sendo, desse modo, obrigatória em todos os seus elementos para o Estado-membro a que é dirigida. De acordo com o Governo neerlandês, essas decisões apenas podem incluir «indicações», nas quais se exponha aos Estados-membros o modo como devem conceber as obrigações que lhes incumbem por força do artigo 90.°, n.° 1. Esta interpretação do Governo neerlandês é indefensável, uma vez que reduz as decisões a «recomendações» ou a «pareceres» não vinculativos, na acepção do artigo 189.° De resto, esta afirmação não é nova: igualmente, nos processos 226/87 [17] e C-202/88 [18], o Tribunal de Justiça rejeitou o argumento segundo o qual o artigo 90.°, n.° 3, apenas permite à Comissão proferir «pareceres» ou «recomendações» [19]. (Retomarei de imediato o processo C-202/88, no qual se tratava do poder da Comissão de adoptar *directivas* com base no artigo 90.°, n.° 3).

9. O que é que se deve pensar do argumento principal do Governo neerlandês, a saber, que, ao recorrer a decisões baseadas no artigo 90.°, n.° 3, para declarar incompatíveis com o Tratado normas de direito nacional, ou seja, para utilizar as palavras do Governo neerlandês, que, ao fazer uso «repressivo» da sua competência para adoptar essas decisões, a Comissão é culpada de *abuso* de poder? Não me parece que o Governo neerlandês esteja no bom caminho, baseando-me para tanto numa indicação significativa que figura no processo 226/87, já citado [20]. Este processo tem por objecto uma acção proposta pela Comissão contra a República Helénica, com base no artigo 169.°, por desrespeito de uma sua decisão, proferida com base no artigo 90.°, n.° 3, pela qual tinha declarado a incompatibilidade de uma lei grega com os artigos 52.°, 54.°, 5.°, segundo parágrafo, e 3.°, alínea f), do Tratado. O Governo grego contestou a legalidade da decisão no Tribunal, mas este recusou examinar esse fundamento de contestação, uma vez que o Governo grego não tinha solicitado a anulação da decisão no prazo imposto pelo artigo 173.° O Go-

16 — Ver o acórdão de 30 de Junho de 1988, Comissão/Grécia, n.os 11 e 12 (226/87, Colect., p. 3611).

17 — Citado na nota precedente.

18 — Acórdão de 19 de Março de 1991, França/Comissão (Colect., p. I-1223).

19 — Ver os n.os 10 a 12 do acórdão de 30 de Junho de 1988, já referido, 226/87, em que o Tribunal afasta a argumentação do Governo grego, segundo o qual uma decisão da Comissão, proferida com base no artigo 90.°, n.° 3, é, na realidade, um simples «parecer». Ver, igualmente, o n.° 16 do acórdão de 19 de Março de 1991, já referido, C-202/88, em que se reproduz a afirmação do Governo francês, segundo o qual o artigo 90.°, n.° 3, permite unicamente à Comissão «indicar aos Estados-membros, no caso de as condições de compatibilização com o Tratado não serem evidentes, os mecanismos a utilizar para a assegurar». Este argumento foi rejeitado pelo Tribunal no n.° 17.

20 — Ver, acima, a nota 16 e a parte do texto a que se refere.

verno helénico ainda replicou a essa excepção

«... que, no caso *sub judice,* e para responder a uma exigência fundamental da ordem jurídica comunitária, o Tribunal deveria, não obstante, exercer o seu controlo, por via de excepção, da decisão de 24 de Abril de 1985. Com efeito, esta viola o princípio fundamental da repartição de competências entre a Comunidade e os Estados-membros, estando portanto desprovida de qualquer fundamento jurídico na ordem comunitária» (n.° 15 do acórdão).

O Tribunal afastou, no entanto, este argumento, observando que essa objecção do Governo grego

«... só poderia ser acolhida se o acto em causa estivesse afectado de vícios particularmente graves e evidentes que fizessem com que fosse qualificado como acto inexistente (acórdão de 26 de Fevereiro de 1987, Consorzio Cooperative d'Abruzzo, 15/85, Colect., p. 1005). Porém, da argumentação exposta pela República Helénica não consta qualquer elemento preciso susceptível de qualificar dessa forma a decisão da Comissão. Ela própria considerou, aliás, que a decisão de 24 de Abril de 1985 não era inexistente ao anunciar, ao longo do processo pré-contencioso, a sua intenção de a executar» (n.° 16 do acórdão).

Parece que os vícios susceptíveis de afectar um acto, a ponto de o tornar inexistente, na acepção da citação precedente, incluem também a incompetência da Comissão para proferir uma decisão com base no artigo 90.°, n.° 3. Assim, o Tribunal reconheceu tacitamente, embora sem qualquer incerteza, que essa norma confere à Comissão o poder de declarar, por via de decisão, a incompatibilidade de uma lei nacional com o Tratado.

10. O Governo neerlandês sustenta, no entanto, que a sua afirmação tem abonamento no acórdão de 19 de Março de 1991, C-202/88 [21]. Nesse processo, o Governo francês tinha contestado a competência da Comissão para declarar, com base no artigo 90.°, n.° 3, a incompatibilidade de normas legais nacionais com o Tratado, por meio de uma *directiva;* de acordo com o Governo francês, essa declaração apenas podia ser efectuada por intermédio do processo instituído no artigo 169.° O Tribunal rejeitou esta tese com base nos seguintes fundamentos:

«... o n.° 3 do artigo 90.° do Tratado confere à Comissão o poder de especificar genericamente, por meio de directivas, as obrigações que resultam do n.° 1 do artigo. A Comissão utiliza esse poder quando, sem tomar em consideração a situação especial que existe nos diferentes Estados-membros, concretiza as obrigações que a estes se impõem por força do Tratado. Tal poder não pode servir, pela sua própria natureza, para declarar que um Estado-membro deixou de cumprir determinada obrigação que lhe incumbe por força do Tratado.

Ora, resulta do conteúdo da directiva em causa no presente processo que a Comissão se limitou a determinar, em termos genéricos, obrigações que, em conformidade com o Tratado, se impõem aos Estados-membros. Consequentemente, não pode ser in-

21 — Já referido, nota 18.

terpretada como declarando incumprimentos concretos dos Estados-membros de obrigações resultantes do Tratado...» (n.os 17 e 18 do acórdão).

Esta passagem inspira-me duas observações. *Antes de mais,* quero salientar que o Tribunal se pronunciou unicamente quanto à adopção de *directivas* e que o fundamento avançado pelo Governo francês foi rejeitado em razão do carácter de aplicabilidade geral da directiva impugnada nesse processo, pelo que não se tratava de uma utilização «repressiva» do poder da Comissão. Em contrapartida, o acórdão não se pronuncia sobre a questão de saber se a Comissão tem o poder de declarar a incompatibilidade com o Tratado de uma norma de direito nacional, *por meio de uma decisão.* Por conseguinte, é impossível afirmar que esse acórdão sustenta o argumento do Governo neerlandês. Além disso, a passagem acima mencionada do acórdão não pode ser interpretada no sentido de que o artigo 90.°, n.° 3, permite à Comissão declarar a incompatibilidade de normas de direito nacional, unicamente por meio de directivas, *em razão do carácter de aplicabilidade geral de uma directiva:* com efeito, à semelhança de uma decisão, uma directiva pode ser dirigida a um único Estado-membro [22]. Por outras palavras, o carácter essencial de uma directiva *não* é o alcance geral, *mas sim* o facto de impor ao Estado-membro ou aos Estados-membros aos quais se dirige um «resultado a alcançar», embora lhes deixe a liberdade de escolher a forma e os meios para alcançar esse resultado.

Em segundo lugar, observo que, na passagem citada, o Tribunal circunscreve a extensão da competência que o artigo 90.°, n.° 3, confere à Comissão, por remissão para o artigo 90.°, n.° 1: compete à Comissão esclarecer ou concretizar as obrigações que o artigo 90.°, n.° 1, impõe aos Estados-membros. O artigo 90.°, n.° 1, é uma norma que se refere a outras e que proíbe aos Estados-membros, no que diz respeito às empresas públicas ou às empresas a que concedam direitos especiais ou exclusivos, tomar medidas contrárias às regras do Tratado. Ora, não vejo por que razão as obrigações que, por força do Tratado, incumbem a um Estado-membro determinado não podem ser precisadas por meio de uma decisão, atendendo a que o artigo 90.°, n.° 3, autoriza *explicitamente* a Comissão a exercer o seu poder de vigilância por meio de decisões.

11. Em qualquer caso, em meu entender, não pode ser acolhida qualquer objecção contra a utilização de uma decisão quando, como é o caso da decisão em litígio, a Comissão declare a incompatibilidade de uma norma de direito nacional com uma norma do Tratado *directamente aplicável,* como o artigo 90.°, n.° 1, conjugado com o artigo 86.° [23], ou seja, uma norma do Tratado que

22 — Esta solução resulta já do texto do artigo 189.° que dispõe que, ao contrário de um regulamento que «tem carácter geral» e é «directamente aplicável em todos os Estados-membros», uma directiva apenas vincula «o Estado-membro destinatário» quanto ao resultado a alcançar. Na doutrina, chegou-se a suscitar a questão de saber se uma directiva tem um alcance geral *überhaupt.* Ver Von der Groeben, H., von Boeckh, H., Thiesing, J., e Ehlermann, C.-D.: *Kommentar zum EWG-Vertrag,* Baden-Baden, 1983, p. 562, n.° 39. Aliás, o Conselho e a Comissão dirigem, regularmente, directivas a um único Estado-membro, nomeadamente quando se trate de um problema específico que só a este diz respeito. Ver, por exemplo, a Directiva 79/174/CEE do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1979, relativa ao programa de protecção contra as inundações no vale do Hérault (JO L 38, p. 18), cujo único destinatário era a República Francesa; a Directiva 81/6/CEE do Conselho, de 1 de Janeiro de 1981, que autoriza a República Helénica a comunicar e a aplicar os seus planos nacionais de erradicação acelerada da brucelose e da tuberculose dos bovinos (JO L 14, p. 22); e a Directiva 81/1060/CEE do Conselho, de 14 de Dezembro de 1981, que derroga, em favor do Reino dos Países Baixos, à Directiva 73/403/CEE relativa à sincronização dos recenseamentos gerais da população (JO L 385, p. 34).

23 — O Tribunal já confirmou no seu acórdão de 30 de Abril de 1974, Sacchi, n.° 17 (155/73, Recueil, p. 409), que a obrigação imposta no artigo 90.°, n.° 1, conjugado com o artigo 86.°, tem efeito directo.

confere aos particulares direitos que estes podem invocar directamente contra o Estado-membro em causa, sem que seja necessária qualquer intervenção de uma instituição comunitária ou de uma autoridade nacional. Neste caso, uma decisão da Comissão é meramente declarativa e não tem qualquer carácter constitutivo, ou seja, esclarece uma obrigação já existente sem impor uma nova. Não vejo de que modo, à luz dos termos do artigo 90.°, n.° 3, se pode recusar essa competência à Comissão. Também não é possível sustentar que essa decisão tem natureza «repressiva», na medida em que a incompatibilidade das normas de direito nacional não resulta da decisão, mas sim *directamente da norma do Tratado em causa*[24]. Não é relevante o facto de a regra nacional em questão ser de natureza legislativa, visto que a primazia das normas de direito comunitário dotadas de efeito directo também é válida em relação às regras nacionais de natureza legal.

12. Em apoio da sua interpretação restritiva da competência de decisão referida no artigo 90.°, n.° 3, o Governo neerlandês também se baseia no facto de, ao contrário do artigo 93.°, n.° 2 (que autoriza a Comissão a recorrer directamente ao Tribunal de Justiça contra um Estado-membro que não cumpra uma decisão desfavorável a um auxílio estatal), o artigo 90.°, n.° 3, não derrogar ao artigo 169.° do Tratado.

Este argumento também não pode ser acolhido. Com efeito, o facto de o artigo 90.°, n.° 3, não incluir qualquer referência ao artigo 169.° não serve de argumento para restringir o *alcance* do poder que o artigo 90.°, n.° 3, confere à Comissão para agir por via de decisão. A inexistência de referência significa apenas que — ao contrário do que pode fazer para assegurar a aplicação das decisões adoptadas com base no artigo 93.°, n.° 2 — a Comissão não pode, para assegurar a *aplicação* das decisões ou directivas adoptadas com base no artigo 90.°, n.° 3, recorrer directamente ao Tribunal de Justiça com base em violação de uma medida adoptada pela Comissão, sem recorrer ao processo pré-contencioso instituído no artigo 169.°[25].

13. Os recorrentes invocam ainda um último argumento: o n.° 3 do artigo 90.° não permite à Comissão arrogar-se um poder de acção por via de decisão, uma vez que esta norma não oferece qualquer garantia processual ao Estado-membro em causa. A este argumento, a Comissão replica que a inexistência de garantias processuais escritas, em caso nenhum, pode ser decisiva para dirimir a questão de saber se um artigo do Tratado pode constituir a base jurídica de um acto de uma instituição comunitária (ou seja, a base jurídica da *competência* dessa instituição).

24 — Embora o Tribunal não tenha que se pronunciar quanto a esta questão no processo em causa, parece-me lógico que a Comissão pode, igualmente, com base no artigo 90.°, n.° 3, impor a um Estado-membro que assegure a compatibilidade de uma regra de direito nacional com uma norma do Tratado destituída de efeito directo [como os artigos 3.°, alínea f), e 5.° — aliás, citados na decisão a que o processo 226/87 dizia respeito]. Essa medida *não* tem então por efeito afastar automaticamente a aplicação obrigatória da regra nacional em questão, mas unicamente obrigar o Estado-membro a alterar essa regra. Uma directiva dirigida ao Estado-membro em causa parece ser o instrumento mais adequado para o efeito.

25 — Ver, igualmente, a seguir, a nota 27.

Em princípio, compartilho do ponto de vista da Comissão. Com efeito, a inexistência de garantias escritas não obsta à vinculação da Comissão, nas suas intervenções, aos princípios gerais de direito comunitário, que incluem o respeito pelos direitos da defesa (em especial, o princípio do contraditório) e o respeito pelo princípio da boa administração. Aliás, o Tribunal nunca hesitou em impor à Comissão o respeito por esses princípios, mesmo na falta de um texto escrito. Foi o caso, por exemplo, da protecção da correspondência confidencial entre o mandatário e o seu cliente, direito que não é conferido pelo Regulamento n.° 17 [26].

Embora a inexistência de garantias processuais escritas normalmente não obste, pois, ao poder da Comissão, não quero deixar de salientar que, em razão do efeito jurídico, em princípio, imediato, das medidas que pode adoptar quando declare verificada a violação de uma norma do Tratado, medidas, de qualquer modo, susceptíveis de recurso, a Comissão deve exercer as suas atribuições, esforçando-se muito especialmente por respeitar os direitos da defesa e o princípio da boa administração, pelo menos quando (como é o caso) a sua decisão tenha igualmente por efeito alterar directa e individualmente a situação jurídica de empresas (públicas). Isto é tanto mais exacto quanto, em apoio do direito que reivindica de poder livremente intervir, por via de decisão, com base no artigo 90.°, n.° 3, a Comissão invoca o poder de decisão de que já dispõe no âmbito dos artigos 85.° e 86.°, por um lado, e do artigo 92.°, por outro, e afirma, a esse propósito, que o seu poder de fiscalização não pode ser afectado por qualquer lacuna no que diz respeito às medidas estatais relativas a empresas públicas e a empresas que disponham de direitos especiais ou exclusivos. Se se aceitar este argumento, tal como em princípio o aceito [27], também se deve logicamente aceitar que, no exercício desse poder, a Comissão está vinculada por regras processuais que levam a um respeito semelhante pelos direitos da defesa. Tirarei as consequências necessárias no âmbito do exame do fundamento seguinte.

26 — Ver o acórdão de 18 de Maio de 1982, AM & S/Comissão (155/79, Recueil, p. 1575).

2. *Violação dos direitos da defesa*

14. Ambos os recorrentes criticam a Comissão por ter violado os direitos da defesa durante o processo que antecedeu a adopção da decisão impugnada. É certo que os seus argumentos apresentam algumas divergências: o Governo neerlandês, a quem se dirige a decisão, queixa-se de não ter sido suficientemente ouvido durante a fase pré-contenciosa do processo acerca das objecções suscitadas pela Comissão contra as novas regras relativas aos serviços de correio acelerado. Os PTT-Post BV, que não são o destinatário da decisão, mas aos quais esta diz directa e individualmente respeito (ver acima o n.° 5), sustentam que têm um direito *próprio* a serem ouvidos pela Comissão sobre as referidas objecções.

27 — Quero, no entanto, observar a este respeito que o poder de intervir, por via de decisão, de que dispõe a Comissão, para garantir o respeito pelos artigos 85.° e 92.°, é mais amplo do que o poder de decisão que lhe é conferido pelo artigo 90.°, n.° 3, em questão no presente processo. Trata-se aqui, conforme afirmei mais acima (no n.° 10), de uma decisão que declara a incompatibilidade de normas nacionais com normas do Tratado directamente aplicáveis. No caso dos artigos 92.°, n.° 3, e 85.°, n.° 3 (ao contrário dos artigos 85.°, n.° 1, e 86.°), trata-se de decisões destinadas a garantir a aplicação de normas do Tratado não directamente aplicáveis, conferindo-lhes, pois, efeito directo em relação a determinadas medidas sobre auxílios estatais ou sobre acordos ou práticas concertadas de empresas.

Examinarei, em primeiro lugar, a argumentação dos *PTT-Post BV* que me parece destituída de fundamento. As decisões adoptadas pela Comissão com base no artigo 90.° do Tratado são-no no exercício da sua competência de fiscalização dos *Estados-membros* e dirigem-se contra medidas dos *Estados-membros* que respeitam a empresas públicas ou a empresas às quais estes concedem direitos especiais ou exclusivos. O artigo 90.° impõe obrigações unicamente aos Estados-membros, de modo que as decisões adoptadas com base nesse artigo apenas podem precisar as obrigações que incumbem aos Estados-membros e não as obrigações impostas às empresas por outras normas do Tratado [28]. Estas decisões podem, evidentemente, ter repercussão nos interesses das referidas empresas, pelo que, em alguns casos, lhes dizem directa e individualmente respeito (tal como sucede com os PTT-Post BV no presente caso). Este elemento não significa, no entanto, que a Comissão tem formalmente obrigação de ouvir essas empresas antes de adoptar a sua decisão. Esta solução resulta *a contrario* do texto do artigo 93.°, n.° 2, que impõe efectivamente à Comissão, antes de adoptar uma decisão em matéria de auxílios estatais, a obrigação de notificar os «interessados» para apresentarem as suas observações. Em meu entender, a diferença entre as garantias processuais pode ser explicada pela natureza distinta das relações das autoridades públicas, por um lado, com as empresas públicas e as empresas titulares de direitos especiais ou exclusivos e, por outro, com as empresas que beneficiam do auxílio estatal. Pode pensar-se que as empresas da primeira categoria estão estreitamente ligadas ao Estado, pelo menos para a prossecução da missão que lhes foi confiada [29]. Por conseguinte, é legítimo pensar que aquelas terão sido informadas de qualquer processo pendente, o que torna supérflua a obrigação de proceder à sua audição em separado. Não é necessariamente o caso das empresas que recebem um auxílio estatal.

Ainda que não tenha a obrigação formal de proceder à audição dessas empresas, a Comissão deve tomar especialmente em consideração os interesses destas quando examina as observações do Estado-membro em causa, nomeadamente, quando sabe ou deva saber que os seus interesses podem ser directa e individualmente afectados pela decisão a adoptar. No que diz concretamente respeito ao presente processo, a Comissão indicou, sem que tivesse sido desmentida, i) que os PTT-Post BV tinham conhecimento dos contactos entre o Governo neerlandês e os serviços da Comissão; ii) que teve lugar, em 5 de Outubro de 1988, uma concertação (informal), entre funcionários dos PTT-Post BV e da Comissão, a propósito da nova lei do serviço postal, e iii) que a Comissão enviou aos PTT, em 7 de Novembro, uma carta em que punha em dúvida a compatibilidade do projecto de lei com o Tratado e anunciava ao Governo neerlandês que lhe iria enviar uma outra carta na qual esclareceria as suas objecções [30]. Por conseguinte, os PTT podiam ter optado por se expressar independentemente do Governo neerlandês e por apresentar à Comissão um

28 — Isto foi expressamente confirmado no acórdão de 19 de Março de 1991, já referido (nota 18), n.os 24 e 55, nos quais o Tribunal salientou que o artigo 90.° só confere poder de fiscalização à Comissão relativamente a medidas tomadas pelos Estados, e que os comportamentos anticoncorrenciais adoptados por iniciativa das próprias empresas só podem ser postos em causa através de decisões individuais tomadas em conformidade com os artigos 85.° e 86.° do Tratado.

29 — Se isto é óbvio no caso das empresas públicas, também o é no das empresas dotadas de direitos especiais ou exclusivos que, no artigo 90.°, estão em pé de igualdade com as empresas públicas, uma vez que o estatuto de privilégio que lhes foi conferido pelas autoridades públicas (mas que, por hipótese, também lhes pode ser retirado) as torna especialmente dependentes destas. Ver o acórdão de 6 de Julho de 1982, França, Itália e Reino Unido/Comissão, n.° 12 (188/80 a 190/80, Recueil, p. 2545).

30 — Trata-se do telex de 29 de Novembro de 1988, que abordarei de imediato.

ponto de vista próprio, que esta estaria então obrigada a ter devidamente em conta. Contudo, no estado actual do direito comunitário, não é possível censurar a Comissão por não ter tomado a iniciativa de convidar os PTT a comunicar-lhe essa posição.

15. O *Governo neerlandês* entende que os seus direitos processuais foram espezinhados porque a Comissão o não ouviu suficientemente. Mais precisamente, censura a Comissão por ter adoptado a decisão sem o ter contactado de novo, apesar de lhe ter enviado uma carta em 16 de Janeiro de 1989; sustenta que nunca ocorreu uma verdadeira troca de opiniões (oral ou escrita) entre si e a Comissão. Entende igualmente susceptível de crítica que, após ter recebido a sua carta de 16 de Janeiro de 1989, a Comissão tenha ainda contactado um determinado número de organizações de correio acelerado sem lhe comunicar o resultado desses contactos.

16. A apreciação deste fundamento deve tomar estritamente em consideração a tramitação processual que antecedeu a adopção da decisão impugnada. Com base nos autos, essa tramitação pode ser esboçada do seguinte modo.

Em 5 de Outubro de 1988, a Comissão manteve contactos informais com os representantes dos PTT a propósito do projecto da nova lei do serviço postal; é pacífico que esses contactos também versaram sobre a situação jurídica das empresas de correio acelerado nos Países Baixos. No seu seguimento, a Comissão enviou aos PTT, em 7 de Novembro de 1988, uma carta na qual declarou, a propósito do artigo 12.°, n.° 2, do projecto de lei (mais especialmente, no que diz respeito à regra projectada de um preço mínimo para os serviços de correio acelerado), que essa norma «(parece ser) incompatível com o Tratado CEE» [31]. Deu igualmente a conhecer nessa carta que «irá comunicar oficialmente ao Governo neerlandês as suas objecções a estas normas através de uma outra carta». Esta carta tomou a forma de um telex datado de 29 de Novembro de 1988 [32]. Através desse telex, o Governo neerlandês é informado de que os serviços da Comissão entendem, «no termo de um primeiro inquérito», que os artigos 2.° e 12.° do projecto da nova lei do serviço postal são incompatíveis com o artigo 90.° do Tratado CEE, conjugado com os artigos 30.°, 59.°, 85.° e 86.° do Tratado, em razão de a nova lei do serviço postal submeter a prestação dos serviços de correio acelerado

«a condições restritivas que prejudicam consideravelmente as empresas (de correio acelerado) em causa em relação ao serviço de correio acelerado dos PTT (serviço EMS) e as impedirá de continuar a prestar alguns dos seus serviços, nomeadamente os fornecidos a preço inferior ao mínimo fixado por decreto.

A condição estipulada no artigo 12.°, n.° 2, alínea a), não oferece a menor segurança jurídica aos serviços de correio acelerado internacionais.

A condição estabelecida na alínea b) [33] da mesma norma impossibilita qualquer concorrência em matéria de preços em numero-

31 — Ver o anexo 6 da petição inicial do Governo neerlandês no processo C-48/90.

32 — Ver o anexo 3 da petição inicial do Governo neerlandês no processo C-48/90.

33 — Na versão definitiva da lei do serviço postal, a regra do preço mínimo foi incluída no artigo 12.°, n.° 2, alínea a), ponto 2.

sos casos e tem o mesmo efeito que um acordo sobre os preços proibido pelas regras do Tratado».

No seu telex, a Comissão toma igualmente posição quanto à eventual aplicação do artigo 90.°, n.° 2: com base nos elementos de facto de que dispunha, a Comissão afirmou que os rendimentos obtidos pelos PTT com os objectos entregues pelo serviço acelerado só tinham importância secundária para estes e que a aplicação das regras de concorrência não os impedia, por conseguinte, de prosseguir as missões que lhes tinham sido confiadas. O telex conclui convidando o Governo neerlandês a dar a conhecer o seu ponto de vista e indica que, caso fossem confirmados os elementos enunciados no telex, a Comissão poderia ser levada a tomar uma decisão nos termos do artigo 90.°, n.° 3.

O Governo neerlandês respondeu a esse telex por carta datada de 16 de Janeiro de 1989. Após receber essa carta, a Comissão concertou-se com um determinado número de empresas de correio acelerado relativamente à resposta do Governo neerlandês e relativamente aos «efeitos previsíveis das normas... da nova lei do serviço postal sobre as actividades (de correio acelerado) directamente em causa» [34]. A decisão impugnada foi posteriormente adoptada, em 20 de Dezembro de 1989, sem outra concertação com o Governo neerlandês.

17. Tendo em conta os elementos que acabei de apresentar e mais precisamente o teor do telex da Comissão e os contactos posteriormente mantidos entre a Comissão e as organizações de correio acelerado, condidero que tem fundamento o argumento do Governo neerlandês.

O telex da Comissão parece-me insuficientemente fundamentado no plano jurídico para poder ser recebido enquanto documento susceptível de informar correctamente o Governo neerlandês das considerações que levaram finalmente a Comissão a declarar, através da decisão impugnada, a lei do serviço postal incompatível com o direito comunitário. A este respeito, quero chamar a atenção para o facto de essa declaração de incompatibilidade da lei do serviço postal, *através da decisão impugnada*, se fundar exclusivamente no argumento da violação, por parte da lei do serviço postal, do artigo 90.°, n.° 1, conjugado com o artigo 86.° (e já não com os artigos 30.°, 59.° e 85.°, que eram igualmente citados no telex). A Comissão indica a este propósito, na decisão adoptada, que os PTT ocupam uma posição dominante no mercado dos serviços postais de base e que a lei do serviço postal tem por consequência: i) que essa posição dominante se estende aos mercados do serviço de correio acelerado, tendo como risco a eliminação de toda a concorrência nesse mercado, ii) que são impostos preços e condições não equitativas aos utentes dos serviços de correio acelerado e iii) que é limitada a oferta no mercado dos serviços de correio acelerado. O *telex de 29 de Novembro de 1988* não faz a menor referência a esta fundamentação. Sugere, é certo, que o projecto de lei do serviço postal viola o artigo 90.°, conjugado com o artigo 86.°, mas esta afirmação não é sustentada por qualquer argumento jurídico. O único fundamento com carácter jurídico relativo à aplicação das regras de concorrência do Tratado (a saber, que a tarifa mínima «tem o mesmo efeito que um acordo sobre os preços proibido pelas regras do Tratado») diz respeito à aplicação do artigo 85.° e não à do artigo 86.°

34 — Ver a tréplica da Comissão no processo C-48/90, n.° 32, p. 19.

A inexistência de qualquer argumento relativo a este ponto parece-me tanto mais grave quanto a decisão impugnada (tal como a própria Comissão reconhece sem reservas) não é uma aplicação de rotina das regras de concorrência, constituindo, pelo contrário, uma nova fase na aplicação das normas conjugadas dos artigos 90.° e 86.°, fase baseada numa aplicação por analogia do acórdão Telemarketing [35], que não é sequer mencionado no telex. Depois de tudo ponderado, há que declarar, pois, que a argumentação jurídica na qual assenta a decisão impugnada foi elaborada *após* o envio do telex em questão, ou seja, por outras palavras, que o Governo neerlandês não foi verdadeiramente notificado para tomar posição sobre essa argumentação. Por conseguinte, entendo que é despropositado a Comissão afirmar, no preâmbulo da decisão, ter dado oportunidade às autoridades neerlandesas de apresentarem as suas observações sobre as acusações formuladas pela Comissão a propósito dos artigos 2.° e 12.° do projecto da nova lei do serviço postal. Aliás, é sintomático que, na tréplica, a Comissão contesta ter qualificado o seu telex de 29 de Novembro de comunicação das acusações [36]. Apesar disso, continua sem indicar o documento pelo qual procedeu efectivamente à sua comunicação das acusações.

18. Os contactos mantidos entre a Comissão e as organizações de correio acelerado, após o envio da carta do Governo neerlandês de 16 de Janeiro de 1989, também dão que pensar. A própria Comissão reconhece que essa concertação dizia respeito, nomeadamente, aos efeitos da nova lei do serviço postal sobre a prestação dos serviços de correio acelerado nos Países Baixos e que as organizações de correio acelerado tiveram então oportunidade de comentar a carta do Governo neerlandês. Nestas condições, não é possível contestar razoavelmente que o princípio *audi alteram partem* impunha à Comissão a obrigação quer de associar o Governo neerlandês a essa concertação, quer pelo menos de o informar das conclusões por ela retiradas dessa concertação quanto à compatibilidade da nova lei do serviço postal com o Tratado. Entre a data da reacção do Governo neerlandês ao telex de 29 de Novembro de 1988 (16 de Janeiro de 1989) e a data da decisão impugnada (20 de Dezembro de 1989), a Comissão dispôs de tempo suficiente para organizar essa concertação. O facto de, segundo as declarações da Comissão, essa concertação apenas poder dizer respeito a documentos acessíveis ao público é irrelevante para o efeito.

19. Os elementos que acabo de apresentar levam à conclusão de que i) os direitos do Governo neerlandês foram violados em dois aspectos: pela falta de uma comunicação em que as acusações da Comissão fossem expostas com os argumentos jurídicos bastantes e pelo desrespeito do princípio *audi alteram partem*, e ii) essa violação privou o Governo neerlandês da oportunidade de definir e defender o seu ponto de vista com conhecimento de causa. Deste modo, entendo que se está em presença de uma violação das regras relativas às formalidades essenciais, pelo que a decisão da Comissão deve ser anulada com este fundamento. Caso o Tribunal entenda, no entanto, que a Comissão respeitou efectivamente os direitos de defesa do Governo neerlandês, há ainda que examinar os restantes fundamentos articulados pelos recorrentes.

35 — Acórdão de 3 de Outubro de 1985, CBEM (311/84, Recueil, p. 3261).

36 — Ver o n.° 32, *in fine*, da sua tréplica no processo C-48/90.

3. *Argumentos relativos à fundamentação da decisão impugnada*

20. Os argumentos articulados no âmbito deste fundamento pelo Governo neerlandês e pelos PTT-Post BV podem ser agrupados em quatro partes:

i) *terminologia:* a decisão está insuficientemente fundamentada, se não incompreensível, porque a Comissão confunde noções essenciais; as «rectificações» de 2 de Fevereiro de 1990 não trouxeram qualquer solução, pois constituem alterações substanciais da decisão impugnada;

ii) a decisão é *incompreensível*, porque não tem a necessária inteligibilidade quanto às normas e serviços em causa;

iii) a decisão é *factualmente infundada*, porque assenta em dados de facto inexactos;

iv) a *parte decisória* é demasiado ampla, porque não é sustentada pela fundamentação da decisão; além disso, é demasiado vaga, pois não esclarece de que modo o Governo neerlandês deve cumprir as obrigações que lhe incumbem por força do Tratado.

Estes argumentos devem ser apreciados com base na jurisprudência constante do Tribunal, segundo a qual a obrigação que o artigo 190.° do Tratado impõe ao Conselho e à Comissão de fundamentar os seus actos tem por objectivo, por um lado, permitir aos interessados apreciar se o acto enferma de um vício com base no qual a sua legalidade pode ser contestada e, por outro, permitir a sua fiscalização judicial. Por esta razão, a fundamentação da instituição que adoptou o acto em causa deve ser apresentada de modo claro e sem ambiguidade, de forma a que os interessados e o Tribunal possam apreender os fundamentos que levaram à adopção da medida [37].

Tenho que consagrar explicações bastante longas a este propósito, uma vez que os fundamentos invocados tornam necessária uma análise pormenorizada e, por vezes, matizada. Se fosse costume, poderia limitar-me, para grande parte das explicações que apresentarei até ao n.° 34, inclusive, a uma exposição em poucas (se não muito poucas) linhas.

a) Terminologia utilizada na decisão e rectificações

21. De acordo com o Governo neerlandês e os PTT-Post BV, a fundamentação da decisão impugnada é incompreensível, uma vez que utiliza de modo incorrecto e/ou ambíguo as noções essenciais de serviço postal de base, correio expresso (ou serviço de entrega rápida) e serviço de correio acelerado. Entendem que este facto é corroborado sobretudo, mas não exclusivamente, pela circunstância de a Comissão ter entendido necessário publicar um determinado número de «rectificações» dessa decisão, algum tempo após a sua adopção [38]. Essas «rectificações», publicadas apenas na versão neerlandesa do *Jornal Oficial das Comunidades*

37 — Ver, por exemplo, os acórdãos de 30 de Setembro de 1982, Amylum/Conselho, n.° 19 (108/81, Recueil, p. 3107), e de 14 de Julho de 1983, Nebe/Comissão, n.° 21 (176/82, Recueil, p. 2475).

38 — As rectificações foram publicadas na versão neerlandesa do *Jornal Oficial das Comunidades Europeias* de 2.2.1990, p. 46.

Europeias, não foram adoptadas sob forma de decisão (o que, de resto, não era intenção da Comissão). Deste modo, quando impliquem alterações substanciais em relação à decisão impugnada (conforme afirmado pelo Governo neerlandês e pelos PTT-Post BV), as rectificações não podem ser tomadas em consideração para dirimir a questão de saber se a decisão está correctamente fundamentada [39]. O Governo neerlandês pediu mesmo expressamente a anulação dessas rectificações, porque, em seu entender, se trata de uma nova decisão da Comissão, adoptada sem respeitar a devida tramitação processual.

22. Devo declarar, desde já, que a argumentação dos recorrentes quanto à repercussão das rectificações no teor da decisão impugnada não me convence completamente. Na minha opinião, no presente caso, há que distinguir entre três tipos de rectificações. Um *primeiro* tipo consiste em precisões ou correcções de erros de língua manifestos — como é o caso das duas últimas rectificações, a saber, a substituição da expressão «De artikelen 2 en 12» («os artigos 2.° e 12.°») [40] por «De bepalingen van de artikelen 2 en 12» («as disposições dos artigos 2.° e 12.°»), bem como a correcção de «opgelegt» por «opgelegd». Estes erros de língua não constituem, evidentemente, lacunas na fundamentação da decisão.

23. Um *segundo* tipo de rectificação tem por objectivo dar maior uniformidade à terminologia utilizada na decisão [em especial, a substituição da expressão «expressepost» («correio expresso») por «koeriersdiensten» ou «koeriersdienst» («serviço de correio acelerado») nos n.os 11 e 17], ou corrigir a terminologia utilizada [ver o n.° 3, no qual a expressão «expressepost» («correio expresso») é substituída pela expressão «koeriersdienst» («serviço de correio acelerado»), bem como o n.° 9, em que a expressão «de verzending van expressebrieven» («o envio de cartas expresso») é substituída pela expressão «de versnelde verzending van brieven door koeriersdiensten» («o envio acelerado de cartas por serviços de correio acelerado»)].

Ao contrário do que pensa o Governo neerlandês, estas rectificações também não alteraram o teor da decisão impugnada. As precisões ou correcções terminológicas introduzidas pelas rectificações limitam-se a confirmar o que já resultava do contexto da decisão. Aliás, a este respeito, é preciso não perder de vista que o significado e a definição recíproca das noções de «expressepost» («correio expresso») ou «expressevervoer» («transporte expresso»), ou ainda «expressedienst» («serviço expresso»), «spoedbesteldienst» («serviço de entrega rápida») e «koeriersdienst» («serviço de correio acelerado») não são muito claras e que o eram ainda menos no momento em que a decisão impugnada foi adoptada. Isto deve-se ao facto de se tratar de noções que se referem a serviços, alguns dos quais só foram criados recentemente e que, muitas vezes, se caracterizam por uma evolução contínua e rápida, pelo que não é sempre fácil distingui-los uns dos outros. As denominações utilizadas para designar esses serviços estão, pois, longe de ser designações consagradas. Isto é válido, em especial, para as expressões «expressepost», «expressevervoer» e «expressedienst», por um lado, e «koeriersdienst»,

39 — Ver o acórdão de 23 de Fevereiro de 1988, Reino Unido/ /Conselho, n.os 31 a 39 (131/86, Colect., p. 905).

40 — É pacífico que esta alteração foi inserida a pedido do Governo neerlandês, que pretendia que fosse esclarecido que *nem todas* as normas dos artigos 2.° e 12.° da lei do serviço postal de 1988 *eram* objecto da declaração de incompatibilidade.

por outro. Com efeito, as primeiras expressões são ambíguas, uma vez que são utilizadas como sinónimos para designar tanto o «spoedbesteldienst» (ou seja, o serviço de transporte acelerado oferecido no âmbito do serviço postal de base), como o «koeriersdienst» (ou seja, os serviços — múltiplos e variados — de transporte acelerado e individualizado de correspondência que, inicialmente, eram oferecidos apenas por empresas privadas e que mais tarde o foram também pelos PTT). Precisamente devido a esta ambiguidade, os PTT-Post BV optaram por renunciar totalmente à utilização, nos seus articulados, da expressão «expressepost». No entanto, na prática, utilizam este último termo, a saber, para designar o seu próprio serviço de entrega rápida, conforme resulta da fotocópia do sobrescrito que a Comissão apensou como anexo II à contestação que apresentou no processo C-66/90 [41]. Além disso, a Comissão observa [42], sem que os PTT a contradigam neste ponto, que, em Dezembro de 1989 (ou seja, imediatamente antes da adopção da decisão), os PTT anunciaram que iriam prestar serviços de correio acelerado tanto sob a designação «EMS Express» como sob a designação «EMS Courier» [43]. Entendo, por conseguinte, que a ambiguidade que resulta da utilização confusa das expressões «expressepost», «spoedbesteldienst» e «koeriersdienst» não pode ser imputada à Comissão neste processo e que as rectificações destinadas a estabelecer uma distinção mais clara entre a expressão «expressepost» (na acepção de «spoedbesteldienst») e a expressão «koeriersdienst» não fazem qualquer alteração substancial na decisão impugnada.

Além disso — sendo isto, no final de contas, o que está em causa —, nenhuma das expressões corrigidas pelo segundo tipo de rectificação é susceptível de tornar incompreensível a fundamentação da decisão. Com efeito, resulta sempre claramente do contexto que o termo «expressepost» se refere aos «koeriersdiensten» («serviços de correio acelerado») e não aos «spoedbesteldiensten» («serviços de entrega rápida»). Por outras palavras, as rectificações limitaram-se a esclarecer o que já era possível deduzir do contexto da própria decisão.

24. Existe ainda um *terceiro* tipo de rectificação, a saber, a rectificação no n.° 4, segunda linha, em que a expressão «spoedbestelling» («entrega rápida») é substituída pela expressão «koeriersdienst» («serviço de correio acelerado»). É óbvio que o texto original da decisão apresentava um erro terminológico que, desta vez, não encontra qualquer circunstância atenuante na confusão existente entre as expressões «expressepost» e «koeriersdienst». Em contrapartida, não me parece que se possa afirmar com seriedade que este erro terminológico torna incompreensível a fundamentação da decisão. Com efeito, este erro surge na primeira frase do *n.° 4* da decisão, que se limita a desenvolver [ver a utilização da palavra «eveneens» («igualmente»)] a distinção que

41 — Na terminologia «oficial» da União Postal Universal, as noções de serviço de entrega rápida e de correio expresso também são utilizáveis indiferentemente, conforme observam os PTT-Post BV na réplica que apresentaram no processo C-66/90.

42 — Ver a parte final do n.° 30 da contestação no processo C-66/90.

43 — Na nota 24 da réplica que apresentaram no processo C-66/90, os PTT sustentam, é certo, que a *entrada em serviço* efectivo desses «serviços rápidos» só se verificou em 1 de Junho de 1990, ou seja, após a adopção da decisão. No entanto, não contestam que a campanha de publicidade que lhe diz respeito foi lançada a partir do mês de Dezembro de 1989.

tinha acabado de ser feita no *n.° 3* entre serviço postal de base e serviço de correio acelerado. Embora seja incontestavelmente lamentável, o erro terminológico da Comissão não constitui — tendo em conta o contexto — um obstáculo à compreensão da fundamentação da decisão impugnada relativamente a esse ponto.

As considerações precedentes levam-me a concluir que, ao contrário do afirmado pelo Governo neerlandês e pelos PTT-Post BV, as rectificações não indicam que a fundamentação da decisão impugnada era insuficientemente clara ou até incompreensível. Pelo contrário, daqui deduzo que as rectificações em questão devem ser consideradas *quer* correcções gramaticais ou de estilo manifestas, *quer* precisões terminológicas que eliminam ambiguidades conceptuais não imputáveis à Comissão, *quer* correcções de erros terminológicos, não obstando qualquer uma destas rectificações à compreensão da fundamentação da decisão impugnada. Por conseguinte, para a apreciação da decisão impugnada não é de grande importância saber se é possível tomar em consideração estas rectificações. No que diz respeito ao pedido distinto do Governo neerlandês, destinado a obter a anulação das rectificações, este parece-me infundado na medida em que se refere ao terceiro tipo da rectificação, a saber, a substituição, no n.° 4, da expressão «spoedbestelling» pela expressão «koeriersdienst». Em meu entender, no que diz respeito às restantes rectificações, não é possível considerar que alteram materialmente o teor da decisão.

25. Os recorrentes afirmam, além disso, que a fundamentação da decisão é incompreensível em razão de um determinado número de confusões conceptuais *não* corrigidas pela Comissão.

No entanto, o que aparentemente está em causa é a utilização constante dos termos «expressepost» ou «expressedienst» para designar *quer* serviços de correio acelerado (ver os n.^{os} 4, 14 e 15, bem como o artigo 1.°, da decisão), *quer* o serviço «EMS», proposto pelos PTT no momento da adopção da decisão, e que (na época) podia, em certa medida, mas não completamente, ser comparado aos serviços de correio acelerado propostos por empresas privadas (ver os n.^{os} 5, 6, 14 e 17 da decisão). Por conseguinte, basta repetir o que já declarei acima (no n.° 23): dado que as expressões «expressepost» ou «expressedienst» são igualmente utilizadas para designar serviços de correio acelerado, a utilização destes termos não pode ser qualificada como erro terminológico. Entendo igualmente que a utilização destes termos não torna ainda mais incompreensível a fundamentação da decisão impugnada. Por conseguinte, não procede a primeira parte do terceiro fundamento.

b) Ininteligibilidade das normas e serviços em causa?

26. São principalmente os PTT-Post BV que, neste ponto, expressam críticas em relação à decisão adoptada. Os seus argumentos não me parecem no entanto, muito convincentes. Assim, os PTT-Post BV censuram à Comissão o facto de os ter designado, na

decisão impugnada, como sendo titulares da concessão exclusiva do transporte de correspondência (em vez de designar a sua sociedade-mãe, a Koninklijke PTT Nederland NV), e o ter afirmado, sem razão, que a tarifa máxima dos serviços obrigatórios de transporte aplicada pelos PTT se eleva a 4,50 HFL em vez de 14 HFL, que é a tarifa máxima para a entrega rápida de uma carta com destino a um outro Estado-membro da Comunidade. Não me parece que estes erros sobre pormenores tornem incorrecta ou incompreensível a fundamentação da decisão impugnada.

27. Num plano mais fundamental, os PTT afirmam ainda que a decisão está incorrectamente fundamentada i) porque a Comissão compreendeu mal a *ratio legis* da regra do preço mínimo dos serviços de correio acelerado e ii) porque, na sua análise, não tomou em consideração o facto de as empresas de correio acelerado oferecerem, cada vez mais, serviços que concorrem directamente com os propostos pelos PTT no âmbito da sua obrigação legal de transporte.

No que diz respeito à aplicação do artigo 190.° do Tratado, esta crítica não nos parece de forma alguma pertinente. Com efeito, não tem por fim demonstrar que a fundamentação do acto impugnado é ambígua, imprecisa ou incompreensível. Com efeito, o fundamento baseado na incompreensão da *ratio legis* da regra do preço mínimo está estreitamente ligado ao mérito do processo: trata-se da questão de saber se, na decisão impugnada, a Comissão tinha razão ao considerar que a regra do preço mínimo não é necessária para a manutenção do serviço postal de base [44]. Examinarei esta questão posteriormente (nos n.os 48 a 52). O argumento baseado no alargamento da gama de serviços oferecidos pelas empresas de correio acelerado tende, na realidade, a afirmar que a apreciação da Comissão não tomou em consideração um elemento de facto essencial, pelo que é incorrecta. Tudo ponderado, o que está de novo em causa não é tanto uma irregularidade processual, mas um fundamento quanto ao mérito baseado em alegadas lacunas no exame dos factos (a saber, a relação de concorrência entre os PTT-Post BV e as empresas privadas de correio acelerado) e nas conclusões jurídicas baseadas nesse exame. Este argumento deve ser examinado no âmbito dos fundamentos quanto ao mérito articulados pelos recorrentes [45].

c) A decisão é factualmente infundada?

28. Nesta parte do terceiro fundamento, os recorrentes sustentam que a decisão impugnada é factualmente infundada, porque afirma, incorrectamente, que as condições impostas pela lei do serviço postal de 1988 para a prestação de serviços de correio acelerado com origem ou destino no território neerlandês (ver acima o n.° 3) não são aplicáveis aos PTT-Post BV quando esta empresa ofereça serviços dessa natureza.

Quero salientar, desde já, que este é um ponto de importância essencial para a composição dos litígios em questão. Com efeito, a isenção de que beneficiam os PTT (e, por outras palavras, a discriminação de que são, pois, vítimas as empresas privadas de correio acelerado) constitui a base da apreciação da

44 — Ver os n.os 17 e 18 da decisão.

45 — Ver o acórdão de 3 de Julho de 1991, AKZO/Comissão, n.os 25 e 26 (C-62/86, Colect., p. I-3359).

Comissão, quando declara que se está em presença de três tipos de práticas abusivas na acepção do artigo 86.° do Tratado [46]. Por outras palavras, caso o Tribunal entenda que a Comissão cometeu um erro ao erigir a isenção dos PTT em pressuposto, desaparece simultaneamente um elemento de facto indispensável para a apreciação jurídica da decisão, pelo que se deveria dar provimento ao recurso de anulação.

29. Recordo, além disso, que *não* se trata aqui da interpretação (objectivamente) correcta da legislação neerlandesa em causa, a qual só o juiz nacional tem competência para fazer. O que o Tribunal deve examinar de preferência é a questão de saber se, no momento em que adoptou a decisão, a Comissão *podia razoavelmente supor* que as três condições impostas pela lei não eram aplicáveis aos PTT [47]. Ora, tendo em conta a formulação da lei do serviço postal de 1988 e a situação de facto existente no momento da adopção da decisão impugnada, o ponto de vista da Comissão parece-me plausível.

A principal indicação a este respeito é a de que, tal como mostram a sua economia e os termos em que está redigida, a lei do serviço postal se destina a instituir *dois* regimes jurídicos distintos, a saber, o regime para o «titular da concessão» (ou seja, os PTT Nederland NV e, em seguida, os PTT-Post BV [48]), por um lado, e um regime para as «outras empresas que não os titulares da concessão», por outro. Esta diferença de «estatuto jurídico» resulta, em especial, do artigo 12.°, n.° 2, alínea a), da lei do serviço postal que proíbe às «outras empresas que não o titular da concessão» assegurar o transporte de correspondência até 500 g, se não preencherem as três condições que já referi (condição de qualidade, regra do preço mínimo e condição do registo) [49].

Esta diferença surge igualmente no artigo 12.°, n.° 2, alíneas b) e d), que institui outras derrogações ao monopólio postal para a correspondência «transportada por ordem do titular da concessão» ou «manifestamente destinada a ser transportada pelo titular da concessão ou a ser entregue após ter sido por ele transportada» [a expressão «vervoer» («transporte») parece referir-se tanto ao transporte normal como ao transporte acelerado].

A interpretação dada pelos recorrentes pressupõe que a expressão «outras empresas que

46 — Ver o resumo da decisão impugnada que figura acima no n.° 4. Voltarei a examinar pormenorizadamente, nos n.os 41 a 46, a questão de saber se a discriminação de que são vítimas as empresas privadas de correio acelerado implica efectivamente um abuso de posição dominante por parte dos PTT-Post BV.

47 — Ver o acórdão de 7 de Fevereiro de 1979, França/Comissão (15/76 e 16/76, Recueil, p. 321). Não se nega obviamente que, se, como era seu dever, a Comissão tivesse dado oportunidade ao Governo neerlandês de dar a conhecer o seu ponto de vista tanto quanto às acusações relativas à lei do serviço postal de 1988, que posteriormente considerou fundadas, como quanto às observações formuladas pelos serviços privados de correio acelerado a propósito da carta de resposta do Governo neerlandês de 16 de Janeiro de 1989, aquela teria finalmente chegado a outra conclusão quanto à questão de saber se os PTT-Post BV estavam sujeitos às condições estipuladas na lei do serviço postal de 1988. No entanto, uma vez que acima (no n.° 19) se concluiu que a violação dos direitos de defesa do Governo neerlandês constitui uma violação de formalidades essenciais, não é necessário examinar se esta violação teve, na prática, consequências desfavoráveis para a situação jurídica do Governo neerlandês. Nesta parte das conclusões, apresentadas, conforme afirmei, a título subsidiário, examino os argumentos relativos à sujeição efectiva dos PTT-Post BV às condições estipuladas na lei do serviço postal de 1988, partindo do princípio que a Comissão não violou formalidades essenciais e, *desse modo, não estava obrigada* a manter contactos mais extensos com o Governo neerlandês. Por outras palavras, a apreciação, referida no texto, do carácter razoável da atitude da Comissão, deve ser feita tendo em conta as informações de que esta efectivamente dispunha.

48 — A concessão exclusiva foi atribuída aos PTT Nederland NV; para a execução do serviço postal público, esta sociedade constituiu uma filial específica, a saber, os PTT-Post BV.

49 — A violação desta regra é punida pelo artigo 17.°, n.° 1, da lei do serviço postal.

não o titular da concessão» designa também os PTT-Post BV, quando esta empresa efectue serviços de correio acelerado. No entanto, esta interpretação é dificilmente conciliável com a economia e os termos da lei do serviço postal, uma vez que, no momento da adopção da lei (em 26 de Outubro de 1988), os PTT não ofereciam serviços de correio acelerado por intermédio de uma empresa que deles claramente se distinguisse (por exemplo, uma pessoa colectiva que fosse uma sociedade distinta e como tal administrada): os serviços de transporte acelerado que os PTT ofereciam no final do ano de 1988 estavam totalmente integrados nos próprios PTT, cuja infra-estrutura (estações de correio, viaturas postais, etc.), benefícios (isenção do imposto sobre o valor acrescentado para o tratamento dos envios no território neerlandês) e designação comercial utilizavam.

30. O ponto de vista da Comissão é igualmente corroborado pela formulação da condição de qualidade estipulada no artigo 12.°, n.° 2, alínea a), ponto 1, da lei do serviço postal, que impõe às empresas de correio acelerado prestar um serviço de «qualidade consideravelmente superior à do transporte acelerado normal oferecido pelo titular da concessão a qualquer pessoa no território». Ainda que se admita, ao contrário do que afirmei no número precedente, que esta condição também é aplicável aos serviços de correio acelerado propostos pelos PTT-Post BV, esta interpretação suscita problemas de aplicação praticamente insolúveis: com efeito, seria sempre necessário determinar, para qualquer serviço de transporte «rápido» prestado pelos PTT (e existiam, pelo menos, três serviços anunciados ou já operacionais no momento da adopção da decisão, a saber, os serviços EMS Express, EMS Time-Net e EMS Courier), se este deve ser considerado um serviço de entrega rápida (que faz parte da concessão exclusiva e, por conseguinte, não sujeito à condição) ou um serviço de correio acelerado na verdadeira acepção do termo. Darei um único exemplo para ilustrar a minha afirmação: é pacífico que, até ao mês de Junho de 1990, os PTT propuseram um serviço de entrega rápida *com recolha ao domicílio*. Tendo em conta esta prestação adicional, é lógico equiparar este serviço a um serviço de correio acelerado. Contudo, este serviço não parece satisfazer a condição de qualidade, em especial, a exigência de «localização durante o transporte», porque o serviço de entrega rápida com recolha ao domicílio não era efectuado com recurso ao que se chama commummente um sistema de «tracking and tracing». O sistema de «tracking and tracing» só entrou em serviço a partir de 1 de Junho de 1990, como os próprios PTT indicam [50], de modo que os outros serviços rápidos assegurados pelos PTT no momento da adopção da decisão (nomeadamente, o serviço EMS «versão antiga») também não respondiam à condição de qualidade [51]. Por conseguinte, em Dezembro de 1989, a Comissão considerava lógico concluir desta situação que os serviços rápidos dos PTT-Post BV, muito simplesmente, não estavam sujeitos à condição de qualidade.

50 — Ver a nota 24 da réplica apresentada pelos PTT no processo C-66/90, bem como a parte do texto a que ela se refere.

51 — As intervenientes NVIK e NOB apresentaram, além disso, um determinado número de documentos, dos quais parece resultar que, no momento da adopção da decisão, os PTT não cumpriam a regra do preço mínimo quanto aos serviços rápidos que prestavam (ver, nomeadamente, os anexos 21 e 24 das suas observações). Os PTT contestaram violentamente esta afirmação. Não considero necessário esclarecer este ponto (trata-se de uma questão de facto), uma vez que a não sujeição dos PTT às condições acima referidas resulta já, de modo suficientemente claro, do (in)cumprimento da condição de qualidade por parte dos serviços rápidos dos PTT.

31. O único elemento que concorda com a afirmação dos recorrentes é uma «nota van toelichting» («nota explicativa») do besluit minimumtarieven koeriersdiensten [52], assim como um extracto dos trabalhos preparatórios da lei [53]. No entanto, os trabalhos preparatórios estão longe de se apresentar isentos de qualquer ambiguidade. Assim, o mandatário *ad litem* das intervenientes NOB e NVIK observou na audiência que, durante os trabalhos parlamentares, o ministro dos Transportes e das Obras Públicas neerlandês propôs instituir, no artigo 13.° da lei, um sistema de derrogações individuais à concessão exclusiva, a favor dos serviços privados de correio acelerado. Só no fim dos trabalhos parlamentares é que o sistema foi alterado para uma excepção genérica, inscrita no artigo 12.°, n.° 2, pelo que da génese desta disposição não resulta certamente terem estas derrogações sido criadas tendo também em vista os serviços de correio acelerado que os próprios PTT eventualmente assegurassem. Além disso e sobretudo, a Comissão podia efectivamente partir do princípio que os trabalhos preparatórios não podem justificar, de forma alguma, uma interpretação *contra legem*. Aliás, é significativo o facto de, conforme indica na réplica que apresentou no processo C-48/90, o Governo neerlandês ir apresentar ao seu parlamento, «em razão das questões suscitadas», um projecto de lei tendente a alterar a lei do serviço postal «a fim de afastar qualquer outro mal-entendido quanto às obrigações dos PTT nesta matéria».

Por conseguinte, chego à conclusão de que a Comissão podia razoavelmente supor, na decisão impugnada, que os PTT-Post BV não estavam sujeitos às condições impostas pela lei do serviço postal de 1988 para a prestação de serviços de correio acelerado com origem ou com destino no território neerlandês. Isto significa que, nas observações que se seguem (n.os 35 e seguintes), terei de analisar o *mérito* da decisão, partindo da hipótese de existir efectivamente uma discriminação dos serviços privados de correio acelerado em relação aos PTT.

d) Dispositivo da decisão

32. O Governo neerlandês e os PTT-Post BV alegam, antes de mais, que a parte decisória é demasiado vaga, pois não apresenta qualquer indicação susceptível de dar a conhecer ao Governo neerlandês as medidas que deve adoptar para pôr fim à alegada violação do Tratado.

Este argumento não me parece ter fundamento. As decisões adoptadas com base no artigo 90.°, n.° 3, do Tratado conferem à Comissão o poder e a missão de precisar a compatibilidade com o Tratado de medidas estatais relativas a empresas públicas ou empresas às quais os Estados concedam direitos especiais ou exclusivos. Por conseguinte, trata-se da apreciação destas medidas à luz das normas do direito comunitário, que, na maior parte [54], são directamente aplicáveis. Em contrapartida, não faz parte da missão da Comissão definir a actuação necessária,

52 — Ver o anexo 2 da petição inicial do Governo neerlandês no processo C-48/90.

53 — Trata-se da «nota naar aanleiding van het eindverslag» (nota apresentada por ocasião do relatório definitivo), apensa como anexo 2 à petição dos PTT-Post BV no processo C-66/90.

54 — Ver acima o n.° 10 e a nota 24.

indicada ou possível nos termos do direito interno para fazer cessar as violações verificadas.

O argumento dos recorrentes apenas procederia se estas demonstrassem que a análise jurídica feita pela Comissão das medidas estatais em causa é de tal modo vaga e/ou confusa que se torna impossível para o Estado-membro em questão descobrir de que forma pode fazer cessar as infracções verificadas. No entanto, os recorrentes não demonstraram nada do género nos presentes processos. Com efeito, a decisão impugnada é dirigida contra o regime legal de privilégio de que beneficiam os PTT-Post BV na oferta de serviços de correio acelerado, tendo em conta as consequências que essa discriminação tem para a concorrência no mercado dos serviços de correio acelerado (ver as explicações pormenorizadas que figuram nos n.os 11 a 18, a propósito do abuso de posição dominante e das suas consequências para as trocas comerciais entre os Estados-membros e para a não aplicabilidade da derrogação prevista no artigo 90.°, n.° 2). Incumbe ao Governo neerlandês adoptar as medidas necessárias para fazer cessar essa violação do Tratado, caso o Tribunal negue provimento ao presente recurso. A medida mais óbvia consiste naturalmente em eliminar a discriminação existente e substituí-la por outras regras que não violem as normas conjugadas dos artigos 90.° e 86.° do Tratado. Conforme afirmei, não incumbe à Comissão, mas sim ao Governo neerlandês, definir com precisão em que é que devem consistir essas novas regras. Evidentemente, se assim o entender, o Governo neerlandês não está impedido de contactar e consultar a Comissão acerca da licitude das medidas projectadas ou até de a interrogar a propósito das dificuldades suscitadas pela aplicação da decisão e de lhe propor as alterações adequadas para o efeito[55]. Com efeito, o artigo 5.° do Tratado exige que a Comissão e os Estados-membros colaborem de boa fé para a solução dos eventuais problemas ligados à execução das obrigações que decorrem do direito comunitário[56].

33. Os recorrentes sustentam, além disso, que o dispositivo da decisão impugnada é demasiado amplo, uma vez que não é sustentado pela fundamentação em dois domínios. Queixam-se, em primeiro lugar, de que a parte decisória se dirige não só contra o preço mínimo (de 11,90 HFL) para os destinos situados na Comunidade, mas também contra o preço mínimo (de 17,50 HFL) para os destinos fora dela.

Este argumento parece-me ser efectivamente procedente. A parte da fundamentação da decisão impugnada que diz respeito à incompatibilidade da regra do preço mínimo com as normas conjugadas com os artigos 90.° e 86.° aplica-se especificamente à tarifa mínima em vigor para os destinos no território dos Países Baixos ou noutros Estados-membros da Comunidade (ver, em especial, o n.° 15). Embora se não deva excluir que esses fundamentos também se aplicam à tarifa mínima dos serviços do correio acele-

55 — Estas dificuldades também podem, eventualmente, dizer respeito ao *prazo* fixado na decisão em causa para a sua aplicação. É por esta razão que o Governo neerlandês afirma que o prazo fixado na decisão adoptada é «excessivamente curto».

56 — No domínio das medidas de auxílio, o Tribunal já confirmou este princípio em diversas ocasiões. Ver, por exemplo, os acórdãos de 2 de Fevereiro de 1989, Comissão/Alemanha, n.° 9 (94/87, Colect., p. 175), e de 15 de Janeiro de 1986, Comissão/Bélgica, n.° 16 (52/84, Colect., p. 89).

rado entre os Países Baixos e os países fora da Comunidade, a Comissão não está dispensada de fundamentar a sua decisão neste ponto. Isto vale, em especial, quando não seja evidente uma aplicação por analogia: assim, pode perguntar-se, por exemplo, se a tarifa mínima aplicável aos serviços de correio acelerado entre os Países Baixos e os países fora da Comunidade é susceptível de afectar o comércio *entre os Estados-membros.* A decisão impugnada, em especial, o n.° 15 dos fundamentos, não apresenta a menor indicação a este respeito, pelo que não pode ser considerada suficientemente fundamentada neste ponto.

34. De acordo com os recorrentes, o dispositivo da decisão impugnada também é demasiado amplo num segundo domínio, a saber, na medida em que, sem fundamentar devidamente a apreciação, declara incompatível com o Tratado a obrigação de as empresas de correio acelerado registarem previamente as suas tarifas.

Considero que este argumento também é pertinente. Na fundamentação da decisão impugnada, a obrigação de registo apenas é referida no último parágrafo do n.° 1. A Comissão afirma aí que a obrigação de registo

«tem por objectivo impedir qualquer flexibilidade na negociação de tarifas com clientes importantes e afecta sobretudo as empresas estabelecidas fora dos Países Baixos, que têm de registar anualmente, em Haia, todas as suas tarifas, independentemente do número de remessas recolhidas nos Países Baixos».

Por outras palavras, a decisão limita-se a descrever genericamente o impacto da obrigação de registo nas actividades das empresas privadas de correio acelerado. Se é certo que a fundamentação da decisão impugnada descreve esse impacto como sendo desfavorável, não dá dele qualquer interpretação jurídica. Com efeito, a parte da fundamentação relativa à violação das normas conjugadas dos artigos 90.° e 86.° do Tratado refere-se, exclusivamente, às tarifas mínimas e à condição de qualidade, sem consagrar uma única palavra à obrigação de registo. Ao contrário do que afirma a Comissão, esta análise jurídica não pode ser aplicada à obrigação de registo por analogia pura e simples: assim, por exemplo, se as razões não são explicitadas, não se vê porque é que esta obrigação tem por consequência reservar para os PTT-Post BV uma parte do mercado dos serviços de correio acelerado [57], impõe aos utentes dos serviços de correio acelerado o recurso aos serviços de correio rápido dos PTT-Post BV [58] ou ainda porque é que impede as empresas privadas de correio acelerado de oferecerem uma gama completa de serviços de correio acelerado [59].

É por isso que, na medida em que diz respeito à regra do preço mínimo para os destinos fora da Comunidade e à obrigação de registo imposta às empresas privadas de correio acelerado pela lei do serviço postal de

57 — Ver o n.° 11, primeiro parágrafo, da decisão impugnada.
58 — Ver o n.° 12 da decisão impugnada.
59 — Ver o n.° 14, primeiro parágrafo, da decisão impugnada.

1988, a decisão impugnada deve ser anulada por insuficiência de fundamentação [60].

D — Exame dos fundamentos quanto ao mérito

1. *Inexistência de comportamento de empresa*

35. De acordo com os recorrentes, na decisão impugnada, a Comissão aplica incorrectamente as normas conjugadas dos artigos 90.° e 86.° Com efeito, contestam que estas duas normas se possam aplicar a uma restrição da concorrência que não resulta de um comportamento de empresa, mas tão-só de uma medida das autoridades públicas.

Para a perfeita compreensão deste fundamento, é necessário examinar mais de perto a parte em causa da fundamentação da decisão (a saber, os n.os 6 a 18). De acordo com a Comissão, as já referidas normas da lei do serviço postal de 1988 violam os artigos 90.° e 86.°, lidos em conjugação, pois têm por efeito criar uma posição dominante dos PTT-Post BV no mercado dos serviços de correio acelerado. O ponto de partida desta afirmação é o de que os PTT-Post BV dispõem de uma posição dominante no mercado dos serviços postais de base graças à concessão exclusiva que a lei lhes confere para o transporte de correspondência até 500 g [61]. No entender da Comissão, o abuso consiste no facto de a lei do serviço postal estender a posição dominante ao mercado dos serviços de correio acelerado, o que acarreta o risco de eliminar por completo a concorrência nesse mercado [62]. A decisão impugnada afirma, além disso, que a posição dominante assim criada para os PTT-Post BV no mercado dos serviços de correio acelerado implica dois abusos suplementares. Em primeiro lugar, são impostos preços e condições não equitativas às empresas que pretendam continuar a utilizar os serviços de empresas privadas de correio acelerado, uma vez que devem pagar uma tarifa mínima por esses serviços ou porque só podem obter os serviços abaixo da tarifa mínima junto dos PTT-Post BV [63]. Em segundo lugar, a oferta no mercado dos serviços de correio acelerado é limitada pelo facto de os serviços de elevado valor acrescentado, oferecidos pelas empresas privadas do correio acelerado, apenas poderem ser propostos à tarifa mínima e de a condição de qualidade impedir as empresas privadas de correio acelerado de oferecerem uma gama completa de serviços rápidos [64]. É pacífico que as restrições de concorrência identificadas na decisão impugnada não resultam, em primeira linha, do comportamento dos PTT-Post BV; a decisão impugnada considera antes que estas restrições são consequência do facto de, ao contrário das empresas privadas de correio acelerado, aquela empresa não estar sujeita às três condições impostas pela lei do serviço postal para a prestação dos serviços de correio acelerado. Por outras palavras, estas restrições resultam da intervenção directa, na estrutura da concorrência, do legislador neerlandês, que sujeita a actividade de uma em-

60 — Por outras palavras, não penso que as duas insuficiências de fundamentação constatadas afectem a validade de toda a decisão. Com efeito, as tarifas mínimas aplicáveis aos destinos situados na Comunidade ou aos destinos localizados em países terceiros podem ser consideradas distintamente e aplicadas independentemente uma da outra. No que diz respeito à obrigação de registo, resulta da fundamentação da decisão (ver os n.os 11 a 14) que as consequências da lei do serviço postal de 1988, que têm por efeito restringir a concorrência, resultam da regra do preço mínimo e da condição de qualidade, fazendo-se sentir mesmo que não existisse qualquer condição de registo. Se se compartilhar da opinião da Comissão, esta condição de registo constitui, de certa forma, um «factor agravante».

61 — Ver o n.° 10 da decisão impugnada.

62 — Ver o n.° 11 da decisão impugnada.

63 — Ver o n.° 12 da decisão impugnada.

64 — Ver os n.os 13 e 14 da decisão impugnada.

presa determinada (os PTT-Post BV) a um regime mais favorável do que o dos seus concorrentes. De acordo com a Comissão, esta intervenção na estrutura da concorrência tem o mesmo efeito no mercado comunitário que um comportamento de empresa proibido pelo artigo 86.°, o que é suficiente para justificar a aplicação do artigo 90.° Nas considerações que se seguem (nos n.os 36 a 46), examinarei, antes de mais, esta questão de princípio, que é de saber se o artigo 90.° permite igualmente à Comissão intervir contra distorções da concorrência que resultem, em primeira linha, da intervenção de um Estado-membro.

36. Antes de passar em revista a jurisprudência do Tribunal pertinente na matéria, quero, antes de mais, delimitar a questão em litígio. É pacífico que as normas do artigo 90.° se dirigem *aos Estados-membros* (embora digam respeito a medidas que os Estados-membros adoptam *em relação a empresas).* Também é pacífico que o artigo 90.° confere à Comissão o poder de intervir contra as medidas estatais que falseiam o jogo da concorrência no mercado comunitário, independentemente de qualquer comportamento de empresa. É o caso quando medidas estatais relativas a empresas públicas ou empresas que beneficiam de direitos especiais ou exclusivos violam as regras do Tratado relativas à livre circulação de pessoas, de mercadorias e de capitais. Por exemplo, no acórdão de 19 de Março de 1991, C-202/88[65], o Tribunal afirmou que o artigo 90.°, n.° 3, confere à Comissão o poder de impor aos Estados-membros (no caso, através de uma directiva) a abolição de direitos especiais e exclusivos por eles atribuídos a empresas para a comercialização e manutenção de aparelhos terminais de telecomunicações, por esses direitos constituírem uma violação do artigo 30.° do Tratado. Do mesmo modo, a Comissão tinha base legal para declarar, na decisão impugnada, que a condição de registo estipulada na lei do serviço postal é incompatível com o artigo 90.°, conjugado com o artigo 59.°, tendo em conta as graves restrições que essa condição impõe às empresas de correio acelerado estabelecidas noutros Estados-membros que pretendam oferecer os seus serviços no território dos Países Baixos. No entanto, a Comissão optou por fazer passar a lei do serviço postal pelo crivo de uma norma do Tratado (a saber, o artigo 86.°), que, se nos reportarmos aos seus texto e alcance, diz respeito ao comportamento de empresas e não às medidas legais ou administrativas adoptadas pelos Estados-membros, tendo declarado, após essa confrontação, que a lei do serviço postal era incompatível com a referida norma. O artigo 90.° conferir-lhe-á esse poder? Esta é a questão precisa à qual se deve responder a seguir.

37. Reconhece-se, há já bastante tempo, na jurisprudência do Tribunal, que os artigos 85.° e 86.° podem ser igualmente aplicados a normas legais ou administrativas adoptadas pelos Estados-membros. Muito em especial, no acórdão de 16 de Novembro de 1977, GB Inno[66], o Tribunal afirmou que, embora os artigos 85.° e seguintes se dirijam às empresas, também é verdade que o Tratado impõe aos Estados-membros a não adopção ou a não manutenção em vigor de medidas susceptíveis de eliminar o efeito útil dessa norma[67]. O Tribunal estabelece um nexo entre essa obrigação e a que resulta do artigo 5.°, segundo parágrafo, do Tratado,

65 — Já referido, nota 18.

66 — 13/77, Recueil, p. 2115.

67 — Ver os n.os 30 e 31 do acórdão.

que prevê que os Estados-membros se absterão de tomar quaisquer medidas susceptíveis de pôr em perigo a realização do objectivo estabelecido no artigo 3.°, alínea f), do Tratado, a saber, o estabelecimento de um regime que garanta que a concorrência não seja falseada no mercado comum [68]. Por esta razão, é proibido aos Estados-membros adoptar ou manter em vigor medidas, ainda que de natureza legislativa ou regulamentar, susceptíveis de eliminar o efeito útil das regras de concorrência aplicáveis às empresas [69]. O artigo 90.° do Tratado constitui, em relação a esta regra geral, uma regra especial própria das empresas públicas e das empresas às quais os Estados-membros concedem direitos especiais ou exclusivos [70]. Por conseguinte, com este fundamento, o Tribunal decidiu que, ao contrário do que afirma o Governo neerlandês, um monopólio concedido por um Estado-membro ou uma empresa (ou o alargamento desse monopólio) pode ser incompatível com o artigo 90.° do Tratado, quando as suas modalidades de organização e de funcionamento violem as normas do Tratado, incluindo as regras da concorrência [71].

38. A jurisprudência do Tribunal circunscreveu, progressivamente, com maior precisão, as categorias de medidas estatais susceptíveis de eliminar o efeito útil das regras de concorrência aplicáveis às empresas. Em meu entender, podem distinguir-se quatro categorias de intervenções das autoridades públicas.

Em primeiro lugar, um Estado-membro pode *contribuir* para um comportamento de empresa proibido pelos artigos 85.° ou 86.° Trata-se das medidas estatais que *favorecem* ou *reforçam* os efeitos de comportamentos específicos de empresas (práticas concertadas ou abusivas). O Tribunal teve que dirimir um caso semelhante no acórdão de 11 de Abril de 1989, Ahmed Saaed [72], no qual considerou que a aprovação, pelas autoridades nacionais, de acordos tarifários incompatíveis com o artigo 85.°, n.° 1, celebrados entre sociedades de transporte aéreo, constitui uma violação do artigo 5.° e, eventualmente, do artigo 90.° do Tratado.

Em segundo lugar, um Estado-membro pode delegar em operadores privados a responsabilidade de adoptar decisões de intervenção no domínio económico e renunciar ao seu poder regulamentar. Deste modo, dá a empresas o *poder de elas próprias intervirem a título regulador* e, portanto, de falsearem o jogo da concorrência [73]. No processo Van Eycke, o autor no processo principal alegou, nomeadamente, ser esse o caso de uma regulamentação belga que outorgava uma isenção fiscal a favor da remuneração de depósitos de poupança, sob condição de o juro de base não ultrapassar um limite correspondente à taxa média mais baixa aplicável no mercado em causa, taxa que, em seu entender, na realidade, tinha sido determinada após concertação com os representantes das instituições financeiras e com a colaboração destes [74].

Em terceiro lugar, um Estado-membro pode *impor* às empresas um comportamento incompatível com os artigos 85.° e 86.° O

68 — Ver, por exemplo, o acórdão de 10 de Janeiro de 1985, Leclerc, n.os 13 e 14 (229/83, Recueil, p. 1).

69 — Ver, por exemplo, o acórdão de 21 de Setembro de 1988, Van Eycke, n.° 16 (267/86, Colect., p. 4769).

70 — Ver o acórdão GB Inno, já referido, n.° 32.

71 — Este princípio, então afirmado, genericamente, no acórdão de 30 de Abril de 1974, Sacchi, já referido, foi recentemente confirmado nos acórdãos C-202/88, n.os 22 e 34 a 44, já referido (nota 18), e de 18 de Junho de 1991, ERT, n.os 24 e 31 (C-260/89, Colect., p. I-2925).

72 — 66/86, Colect., p. 803.

73 — Ver o acórdão Van Eycke, n.° 16, já referido (nota 69).

74 — Ver os n.os 5 a 8 e 17 a 19 do acórdão.

Tribunal dirimiu um caso semelhante no acórdão de 4 de Maio de 1988, Bodson[75], no qual declarou que, ao impor a empresas que gozavam de uma posição dominante a aplicação de preços especialmente elevados pelos seus serviços, as autoridades municipais agiram em contravenção com o artigo 90.°, n.° 1, do Tratado[76]. Enquanto que, na segunda situação, as autoridades públicas permitiam a uma empresa adoptar medidas regulamentares *em seu lugar,* nesta terceira situação utilizam uma empresa como um «instrumento destituído de vontade», por meio do qual exercem *elas próprias* influência na estrutura da concorrência do mercado comunitário.

Em quarto lugar, uma medida estatal pode influenciar a estrutura da concorrência, de modo a *tornar inevitável* um comportamento proibido pelos artigos 85.° e 86.°, o que significa, por outras palavras, que uma empresa é levada a adoptar esse comportamento. O processo Höfner e Elser diz respeito a uma medida deste tipo[77], no qual o Tribunal teve de apreciar uma lei alemã que conferia a um serviço federal de emprego um direito exclusivo de mediação entre os candidatos a emprego e os empregadores (mediação que pode contribuir, nomeadamente, para a colocação de quadros e de dirigentes de empresa). O Tribunal considerou que esta legislação é incompatível com as normas conjugadas dos artigos 90.° e 86.°, sempre que o serviço federal de emprego não se encontre manifestamente em condições de satisfazer a procura no mercado de serviços de colocação de quadros ou de dirigentes e, simultaneamente, a legislação impeça empresas privadas de satisfazer essa procura (por exemplo, porque os contratos celebrados por essas empresas privadas são considerados nulos). O Tribunal declarou que, nestas circunstâncias, o legislador provoca uma situação em que é inevitável que *o serviço federal de emprego* aja em violação do artigo 86.° O acórdão de 18 de Junho de 1991, ERT, mais recente ainda[78], também diz respeito a esta categoria de medidas. Neste acórdão, o Tribunal estabeleceu a regra de que um Estado-membro viola as normas conjugadas dos artigos 90.° e 86.° do Tratado, quando atribua um direito exclusivo a uma empresa e crie, assim, uma situação em que esta é levada a violar o artigo 86.° do Tratado[79].

39. Na minha opinião, resulta desta jurisprudência que, no entender do Tribunal, as normas conjugadas dos artigos 90.°, 85.° e 86.° têm por objecto medidas estatais (que digam respeito às empresas públicas e às empresas às quais os Estados-membros concedem direitos especiais ou exclusivos) que favorecem, impõem ou tornam inevitável um comportamento de empresa proibido pelos artigos 85.° e 86.°, seja qual for a forma que este assuma, ou que delegam a empresas uma função de regulação da concorrência que compete às autoridades públicas. Esta jurisprudência articula-se à volta da ideia central de que essas medidas estatais, conjugadas com uma ou outra forma de comportamento de empresa, têm, para a estrutura da concorrência no mercado comunitário, as *mesmas consequências* que um comportamento de empresa desligado de uma intervenção das autoridades públicas. Além disso, resulta dessa jurisprudência que o comportamento de empresa, necessário, enquanto «factor de ligação», para permitir a aplicação do artigo 90.°, n.° 1, *em conju-*

75 — 30/87, Colect., p. 2479.

76 — Ver, em especial, os n.os 30, 33 e 34 do acórdão.

77 — Acórdão de 23 de Abril de 1991 (C-41/90, Colect., p. I-1979).

78 — Já referido, nota 71.

79 — N.° 37 do acórdão.

gação com os artigos 85.° ou 86.°, não tem necessariamente que preceder a intervenção das autoridades públicas, podendo também ser-lhe posterior, dela resultar ou até ser a sua consequência inevitável. Também não se exige que a própria empresa viole intencionalmente as regras de concorrência (por outras palavras, basta que se encontre numa situação em que não pode agir senão em restrição da concorrência). Nas conclusões que apresentou no processo Höfner e Elser 2 [80], o advogado-geral F. G. Jacobs observou, deste modo, que não podia ser feita qualquer crítica ao próprio serviço federal alemão de emprego: com efeito, nada existia no processo que sugerisse que este se não tinha esforçado o mais possível para satisfazer a procura no mercado de serviços de colocação de quadros e de dirigentes; ao limitar parcialmente o monopólio por sua iniciativa, procurou mesmo abrir, na medida do possível, o acesso ao mercado a outras empresas. No entanto, conforme salientou o advogado-geral, isso não impediu o monopólio instituído pelas autoridades públicas, combinado com a impossibilidade de o serviço federal de emprego responder à procura existente, de ter por *efeito* a impossibilidade de os consumidores obterem os serviços que estariam disponíveis num mercado concorrencial. Neste caso, no entender do advogado-geral, há uma violação das normas conjugadas dos artigos 90.° e 86.° [81]. No acórdão, o Tribunal compartilhou deste ponto de vista (que dá uma interpretação bastante ampla da noção de «efeito útil» do artigo 86.°) [82].

Por outro lado, do acórdão Höfner e Elser resulta também que as intervenções das autoridades públicas e o comportamento de uma empresa podem estar tão estreitamente ligados que chegam a confundir-se, uma vez que o acórdão admite que a intervenção de uma instituição pública, como o Bundesanstalt für Arbeit alemão, deve ser considerada um comportamento de empresa na acepção dos artigos 85.° e 86.°, por ser realizada por uma entidade que exerce uma actividade económica, ainda que esta esteja normalmente confiada a instituições públicas e não a empresas [83].

40. Tendo em conta todos os elementos que acabei de apresentar, entendo que o argumento dos recorrentes não tem vencimento, na medida em que tem por objectivo excluir a aplicação do artigo 90.° aos comportamentos de empresas que, à semelhança das actividades dos PTT-Post BV, são, para a empresa em causa, a consequência inevitável de medidas estatais e (conjugadas com as referidas medidas) têm exactamente as mesmas consequências, para a concorrência no mercado comunitário, que um comportamento de empresa proibido pelos artigos 85.° e 86.°, independente de qualquer intervenção das autoridades públicas. Com base nesta conclusão, torna-se necessário examinar a questão de saber se, na decisão impugnada, é correcta a apreciação da Comissão de que a lei do serviço postal de 1988, conjugada com o comportamento dos PTT-Post BV que inevitavelmente dela resulta — comportamento cuja existência não é contestada, visto que os PTT-Post BV, efectivamente, se esforçaram e se esforçam ainda por propor um serviço de correio acelerado integral no âmbito da lei do serviço postal —, tem as mesmas consequências, para a concorrência no mercado dos serviços de correio acelerado, que um abuso de posição dominante proibido pelo artigo 86.° Conforme declarei anteriormente (no

80 — Ver as conclusões que apresentou em 15 de Janeiro de 1991, n.° 45 (Colect. 1991, p. I-1994).

81 — Ver os n.os 46 e 47 das conclusões.

82 — N.° 31 do acórdão.

83 — N.os 20 a 23.

n.° 31), este exame parte do pressuposto que os PTT-Post BV não estão sujeitos às condições estabelecidas na lei do serviço postal de 1988, no que diz respeito à prestação de serviços de correio acelerado.

2. *Inexistência de abuso de posição dominante*

a) Extensão da posição dominante

41. É impossível contestar de modo sério que a atribuição de uma concessão exclusiva conferiu aos PTT e PTT-Post BV uma posição dominante no mercado dos serviços postais de base nos Países Baixos[84]. Parece-me que a Comissão também tem razão quando considera distintos o mercado dos serviços postais de base e o mercado dos serviços de correio acelerado (embora próximos). Os serviços de correio acelerado apresentam um valor acrescentado mais elevado e satisfazem necessidades diferentes dos serviços postais de base; estes dois tipos de serviço não podem, pois, substituir-se um ao outro[85].

De acordo com a decisão impugnada, o primeiro elemento constitutivo de abuso é o de que a lei do serviço postal de 1988 implica a extensão da posição dominante dos PTT-Post BV do mercado dos serviços postais de base ao dos serviços de correio acelerado. Essa extensão consiste no facto de «grande parte» do mercado dos serviços de correio acelerado, a saber, o mercado das remessas com preço inferior a 11,90 HFL, ser reservado para os PTT-Post BV, enquanto que, antes disso, os correios concorriam com as empresas privadas de correio acelerado nesse segmento de mercado. De acordo com a decisão impugnada, o facto de continuar a existir concorrência na parte residual do mercado dos serviços de correio acelerado em nada altera o processo, porque, no segmento de mercado de remessas de preço inferior a 11,90 HFL, os correios podem definir a sua estratégia sem ser pressionados pela concorrência, visto que os eventuais concorrentes, ainda que na prática possam exercer actividade nessa parte do mercado, não podem oferecer reduções de preços abaixo da tarifa legal mínima de 11,90 HFL[86].

42. Este fundamento não me convence, embora, acrescente-se desde já, admita ser fundada a argumentação jurídica em que se baseia. A Comissão assenta os seus argumentos jurídicos no acórdão CBEM (a seguir «acórdão Telemarketing»)[87] e declara que constitui um abuso de posição dominante «o facto de uma empresa que detém uma posição dominante num determinado mercado reservar para si ou para uma empresa pertencente ao mesmo grupo uma actividade acessória que poderia ser exercida por outra empresa no âmbito das suas actividades num mercado próximo, embora distinto, com risco de eliminar toda a concorrência por parte desta última empresa». Segundo a Comissão, tal é precisamente o efeito da lei do serviço postal[88].

Estou, em princípio, de acordo com este argumento. Com efeito, do acórdão Telemarketing resulta que, no entender do Tribunal,

84 — Ver o n.° 10 da decisão impugnada.

85 — Ver os n.os 3 e 4 da decisão impugnada.

86 — Ver o n.° 11 da decisão.

87 — Já referido, nota 35.

88 — Ver o n.° 11, primeiro parágrafo, da decisão impugnada.

existe abuso de posição dominante, quando uma empresa, que detenha essa posição no mercado de um certo serviço (a saber, o mercado de teledifusão de espaços publicitários) que é *indispensável* para as actividades de uma outra empresa num mercado próximo, embora distinto (a saber, o mercado de *marketing* telefónico através da televisão) [89], utilize efectivamente a posição dominante no primeiro mercado para reservar igualmente para si os serviços do segundo mercado, com risco de eliminar completamente a concorrência neste último mercado [90]. Por outras palavras, a extensão de uma posição dominante foi *possível* pelo facto de o segundo mercado apenas poder funcionar por intermédio do primeiro (no qual a empresa possui uma posição dominante). Ao adoptar esta atitude, o acórdão Telemarketing vem expressamente na linha do acórdão Commercial Solvents/Comissão [91] que dizia respeito a uma situação análoga, embora aqui se tratasse não de mercados de serviços, mas de mercados de produtos. O Tribunal afirmou nesse acórdão que uma empresa que disponha de posição dominante num mercado de matérias-primas e se recuse a fornecer uma empresa que exerce actividade num mercado a jusante (um mercado de produtos derivados), a fim de reservar essas matérias-primas para a sua produção de derivados, explora de *forma abusiva* a sua posição dominante no mercado das matérias-primas, se esse comportamento implicar o risco de eliminar toda a concorrência por parte de um cliente no mercado dos produtos derivados. Característico destes dois acórdãos é o facto de ambos considerarem que uma «refusal to deal» (recusa de fornecimento), pela empresa que goza de uma posição dominante, deve ser considerada abusiva, não só quando a recusa tenha por finalidade obter vantagens não equitativas da posição dominante (por exemplo, preços de venda exageradamente elevados), como também quando tenha por finalidade reforçar essa posição dominante, estendendo-a a um mercado próximo, embora distinto, e, por esse facto, adquirir também aí uma posição dominante. Neste sentido, esta jurisprudência vem no seguimento do acórdão Continental Can/Comissão [92], no qual o Tribunal reconheceu, pela primeira vez, que um abuso na acepção do artigo 86.° pode consistir não só num comportamento no mercado, mas também num comportamento que altere a estrutura do mercado, tornando-a menos competitiva. No caso em concreto, tratava-se não de um outro mercado de produtos, mas de um mercado diferente no plano geográfico [93].

O facto de, no presente processo, o mercado ao qual se estendeu a posição dominante ser um mercado «próximo, embora distinto», e não (como nos processos Telemarketing ou Commercial Solvents) um mercado «derivado» — pelo que a posição dominante dos PTT-Post BV no mercado dos serviços postais de base não mantém uma relação de causalidade com a aquisição de uma posição dominante no mercado dos serviços de correio acelerado —, não me parece pertinente para a aplicação do artigo 86.° No acórdão Continental Can/Comissão, o Tribunal já tinha decidido que não era necessário existir um nexo de causalidade entre a posição dominante de uma empresa e o abuso por esta cometido, atendendo a que o reforço da posição dominante de uma empresa pode, independentemente dos meios ou dos comportamentos utilizados para o efeito, constituir um abuso *em si mesmo* (e, deste modo, ser proibido

89 — Ver o n.° 26, primeira frase, do acórdão.

90 — Ver o n.° 26, segunda e terceira frases, do acórdão.

91 — Acórdão de 6 de Março de 1974 (6/73 e 7/73, Recueil, p. 223).

92 — Acórdão de 21 de Fevereiro de 1973 (6/72, Recueil, p. 215).

93 — No processo Continental Can/Comissão, uma empresa que detinha uma posição dominante numa parte substancial do mercado comunitário tinha estendido essa posição dominante ao adquirir uma participação que lhe conferia poder de controlo numa sociedade concorrente que operava noutra parte do mercado comunitário.

pelo artigo 86.°), a saber, quando o referido reforço entrave a concorrência de tal modo que só podem subsistir no mercado empresas dependentes, no seu comportamento, da empresa dominante[94]. Ora, é precisamente o efeito da lei do serviço postal neerlandesa, que a decisão impugnada declarou incompatível com as normas conjugadas dos artigos 86.° e 90.°, n.° 1.

43. Se os fundamentos da decisão impugnada relativos à existência de um abuso não me convencem, tal não se deve, por conseguinte, à argumentação jurídica, mas sim à apreciação dos factos em que esta se baseia. Com efeito, a apreciação dos factos parte da ideia de que o mercado dos serviços de correio acelerado com tarifa inferior a 11,90 HFL, para expedição de correspondência cujo peso não pode exceder 500 g, constitui uma importante parte do mercado dos serviços de correio acelerado. O abuso consiste em estender o monopólio de que os correios dispõem no mercado dos serviços postais de base a essa importante parte do mercado dos serviços de correio acelerado, permitindo aos correios adquirir uma posição dominante também neste último mercado. Penso que esta apreciação dos factos deixa muito a desejar. O mercado dos serviços de correio acelerado é constituído, segundo a decisão impugnada, por três submercados: o mercado de remessas cujo peso excede 500 g, o mercado de remessas com peso igual ou inferior a 500 g tratadas contra remuneração superior a 11,90 HFL, e o mercado de remessas com peso máximo de 500 g, tratadas contra remuneração inferior a 11,90 HFL. O primeiro submercado não está regulamentado, o segundo está regulamentado, mas encontra-se aberto à concorrência, e apenas o terceiro (que se distingue do segundo tão-só em razão da tarifa mínima fixada) está fechado à concorrência. O abuso alegado pela Comissão diz exclusivamente respeito a este terceiro submercado. A decisão impugnada afirma que, ao reservar este último (sub) mercado para os PTT-Post BV, a lei do serviço postal estendeu a posição dominante que estes detêm no mercado dos serviços postais de base a «grande parte» do mercado de serviços de correio acelerado. No entanto, não é fornecido qualquer dado quantificado em apoio desta afirmação. O Governo neerlandês indica, fundamentadamente, que a tarifa mínima de 11,90 HFL foi estabelecida a um nível muito baixo. Embora resulte de indicações sérias que é *possível* prestar serviços de correio acelerado contra remuneração inferior à tarifa mínima (por exemplo, por meio de redução de preços em função das quantidades), parece difícil negar que esses serviços são uma parte muito pequena do mercado, pelo menos durante o período em causa no litígio[95]; aliás, nada indica que essa situação se alterará num futuro próximo. Tendo em consideração o carácter módico da tarifa mínima, também não é possível supor, razoavelmente, que o submercado reservado para os PTT-Post BV lhes garantem rendimentos que lhes permitam definir a sua atitude noutros submercados, sem ter de contar com os concorrentes.

Destes elementos resulta, por conseguinte, que i) a extensão, alegada pela Comissão, do monopólio dos PTT-Post BV ao mercado dos serviços de correio acelerado *não* abrange os principais submercados (remessas com peso superior a 500 g e remessas com

94 — Ver os n.os 26 e 27 do acórdão.

95 — O anexo I da petição inicial apresentada pelos PTT-Post BV no processo C-66/90 é interessante a este propósito. Trata-se de um quadro no qual se apresenta um determinado número de preços praticados por empresas privadas de correio acelerado. Dele resulta que a tarifa mais baixa para a remessa de uma carta de Amsterdão para Roterdão é de 30 HFL.

peso inferior a 500 g, tratadas contra remuneração superior a 11,90 HFL) e ii) a Comissão não fez prova bastante de que o terceiro submercado, que é *efectivamente* abrangido por essa extensão, constitui uma parte tão importante do mercado dos serviços de correio acelerado que os PTT-Post BV têm, desse modo, a possibilidade de eliminar em larga medida a concorrência dos seus rivais presentes e futuros. Nestas circunstâncias, entendo que a Comissão não carreou provas factuais bastantes quanto à existência da primeira forma de abuso.

b) Imposição de preços e de condições não equitativas; limitação da oferta

44. Podem ser consideradas conjuntamente três outras formas de abuso designadas pela epígrafe na decisão impugnada. De acordo com a Comissão, o facto de sujeitar, de forma discriminada, as empresas privadas de correio acelerado à tarifa mínima tem por consequência i) que as empresas que anteriormente optaram por utilizar os serviços das empresas de correio acelerado (por entenderem que, devido aos seus preços ou à sua qualidade, os serviços dos correios não correspondem tão bem às suas necessidades no domínio) são obrigadas, a partir da entrada em vigor da lei do serviço postal de 1988, a recorrer aos serviços de correio acelerado dos PTT-Post BV para as remessas até 500 g da categoria de preço até 11,90 HFL, nas condições fixadas pelos PTT-Post BV, independentemente de estas corresponderem ou não às suas necessidades [96]. Essa discriminação tem, igualmente, por consequência ii) que o número de prestadores de serviços na referida categoria de preços se limita a um único e que a qualidade dos serviços oferecidos nessa categoria se encontra em diminuição, dado que, no momento da adopção da decisão, os PTT-Post BV ainda não ofereciam, no âmbito do seu serviço EMS, qualquer serviço de correio acelerado na verdadeira acepção do termo. Se os consumidores quiserem beneficiar de uma qualidade superior, têm que se dispor a pagar a tarifa mínima, em vez da tarifa mais reduzida anteriormente aplicada [97]. A lei do serviço postal de 1988 impede, além disso, iii) os concorrentes dos correios, que prestem serviços de correio acelerado para remessas com peso superior a 500 g, de oferecerem uma gama completa de serviços de correio acelerado (a saber, pelo menos tanto quanto compreendi, nos três segmentos de mercado: remessas até 500 g, tratadas contra remuneração inferior a 11,90 HFL, remessas até 500 g, tratadas contra remuneração superior a 11,90 HFL, e remessas com peso superior a 500 g, tratadas a preços reais). Com efeito, ao contrário dos correios, não podem «imputar... unicamente aos serviços não incluídos no monopólio» (sic) as despesas que efectuem com o tratamento de correspondência com peso superior a 500 g (ou seja, na parte não regulamentada do mercado) [98].

45. O efeito na concorrência da medida em litígio, tal como descrito na decisão impugnada, parece ser, à primeira vista, análogo ao efeito da legislação alemã que, no acórdão Höfner e Elser (já referido, n.os 38 e 39), o Tribunal considerou abusiva na acepção do artigo 86.° Com efeito, a lei do serviço postal também estabelece um monopólio numa parte do mercado de serviços de correio acelerado e pune as violações dessa exclusividade. Em consequência, os consumidores que pretendam utilizar os serviços de correio acelerado são obrigados *ou* a recorrer a uma empresa que, no plano qualita-

96 — Ver o n.° 12 da decisão impugnada.

97 — Ver o n.° 13 da decisão impugnada.

98 — Ver o n.° 14, primeiro parágrafo, da decisão impugnada.

tivo, não corresponde tão bem às suas necessidades, *ou* (quando pretendam melhor qualidade) a pagar por esses serviços um preço mais elevado do que o que resultaria do jogo normal da oferta e da procura. No entanto, a situação hoje existente é diferente da que é objecto no processo Höfner e Elser, no sentido de que, conforme vimos anteriormente, a legislação neerlandesa não confere aos PTT uma posição dominante em todo o mercado dos serviços de correio acelerado (tão-pouco num seu submercado importante; em todo o caso, não foi feita prova bastante), mas unicamente no mercado dos serviços postais de base. Ora, na ausência de uma posição dominante no mercado dos serviços de correio acelerado, também não é questão, por analogia com a situação existente no processo Höfner e Elser, de um abuso de posição dominante *nesse* mercado, na acepção do artigo 86.°

46. Por último, tenho ainda que examinar uma quarta forma de abuso denunciada na decisão impugnada, ou seja, o facto de a condição relativa à qualidade dos serviços colocar as empresas de correio acelerado numa situação de insegurança jurídica: se tomarmos à letra a lei, quando os «serviços rápidos» dos PTT-Post BV (a saber, os serviços «EMS») alcançarem, no futuro, um nível de qualidade comparável, as actividades das empresas privadas de correio acelerado serão proibidas, com excepção das remessas com peso superior a 500 g[99].

A argumentação até agora desenvolvida é a de que a lei do serviço postal de 1988 oferece aos PTT-Post BV a possibilidade de relegar os seus concorrentes para a ilegalidade, através da melhoria da qualidade dos seus serviços rápidos *no âmbito do serviço EMS*, no que diz respeito aos envios rápidos de correspondência até 500 g. Embora o facto de eliminar concorrentes possa ser, em princípio, considerado um comportamento abusivo, a decisão perde de vista o facto de que a condição de qualidade se limita a impor às empresas privadas de correio acelerado a prestação de um serviço de melhor qualidade do que o «transporte acelerado normal» oferecido pelos PTT-Post BV, ou seja, um serviço de melhor qualidade do que o *serviço de entrega rápida*. Deste modo, a decisão denuncia um perigo para a concorrência que, na realidade, não existe.

c) Conclusão

47. Embora a decisão impugnada parta de pressupostos correctos, faz, no entanto, uma aplicação do artigo 86.° factualmente errada, uma vez que não faz prova bastante de que a lei do serviço postal de 1988 leva ou pode levar os PTT-Post BV a estender a sua posição dominante do mercado de serviços postais de base a todo o mercado dos serviços de correio acelerado. Na ausência desta extensão da posição dominante, o simples facto de a lei do serviço postal de 1988 reservar para os PTT parte do mercado dos serviços de correio acelerado não pode ser qualificado de abuso, tal como os outros efeitos, denunciados pela Comissão, da regra do preço mínimo e da condição de qualidade não podem ser qualificados de abuso de posição dominante no mercado de serviços de correio acelerado. Poderia encerrar a minha análise com esta constatação — para o caso de o Tribunal disso ter necessidade para a sua argumentação —, contudo, irei examinar sumariamente a questão de saber se um eventual abuso pode ser justificado nos termos do artigo 90.°, n.° 2, do Tratado.

99 — Ver o n.° 14, segundo parágrafo, da decisão impugnada.

3. *Aplicação do artigo 90.°, n.° 2*

48. Na decisão impugnada, a Comissão parte do princípio que compete ao Estado-membro em causa demonstrar que estão efectivamente preenchidas as condições da isenção prevista no artigo 90.°, n.° 2 [100] O Governo neerlandês contesta energicamente este ónus da prova, em meu entender, sem razão. Embora a Comissão tenha a obrigação de *examinar* se se deve ou não aplicar o artigo 90.°, n.° 2 [101], não é possível exigir-lhe de forma razoável que estude, por sua iniciativa, todas as circunstâncias que possam eventualmente dar lugar à aplicação da derrogação prevista no artigo 90.°, n.° 2.

49. O n.° 17 da decisão impugnada diz respeito a um facto que, no entender do Governo neerlandês, exclui a aplicação das regras de concorrência. Com efeito, os Países Baixos invocaram o facto de a concorrência entre as empresas privadas de correio acelerado e os PTT, no domínio dos serviços de correio acelerado, levar os PTT a ter de se contentar com destinos que geram resultados financeiros menos atraentes, tornando-lhes impossível obter os rendimentos necessários para cumprir, nos devidos termos, a obrigação de transporte que lhes é imposta.

A decisão impugnada rejeita a afirmação do Governo neerlandês com base em três fundamentos que examinarei sumariamente a seguir.

50. Antes de mais, a decisão refere a evolução favorável do volume de negócios e dos lucros durante os anos que antecederam a adopção da decisão. A Comissão deduz daí não ter sido demonstrado que «a manutenção da situação concorrencial existente até à entrada em vigor da nova lei causasse prejuízo ao serviço postal de base e que a medida em questão fosse decisiva para o equilíbrio financeiro dos correios» [102].

O Governo neerlandês objecta, em primeiro lugar, que «o simples facto de se obter lucros não elimina, necessariamente, a possibilidade de invocar o artigo 90.°, n.° 2» [103]. Esta objecção ignora o elemento essencial da argumentação da Comissão que, com efeito, conclui pela inaplicabilidade do artigo 90.°, n.° 2, neste contexto, a partir da *importância* dos lucros obtidos pelos correios, que, em seu entender, indica que uma situação concorrencial, como a existente no momento da entrada em vigor da nova lei, não é uma ameaça para o funcionamento do serviço postal de base nem para o equilíbrio financeiro dos correios.

O Governo neerlandês sustenta, além disso, que a Comissão se baseou sem razão em dados relativos ao período que antecedeu a entrada em vigor da lei do serviço postal. Esta crítica também é destituída de funda-

100 — Ver o n.° 16, *in fine*, da decisão impugnada.

101 — Para mais amplos desenvolvimentos, ver os n.os 26 a 28 das minhas conclusões de 19 de Setembro de 1991, no processo Merci Convenzionali Porto di Genova, C-179/90.

102 — Ver o n.° 17, segundo parágrafo, da decisão impugnada.

103 — Ver a petição inicial no processo C48/90, p. 21.

mento: com efeito, é evidente que, para apreciar a aplicabilidade do artigo 90.°, n.° 2, a Comissão deve analisar os dados susceptíveis de fornecer indicações sobre o dinamismo concorrencial dos PTT, no momento da entrada em vigor da nova lei. O facto de, até esse momento, os PTT beneficiarem de um monopólio teórico dos serviços de correio acelerado para a correspondência até 500 g não impede que, na véspera da entrada em vigor da nova lei, existisse, na prática, uma forte concorrência neste segmento do mercado. Por conseguinte, os dados utilizados pela Comissão são efectivamente pertinentes.

51. Em segundo lugar, a Comissão entendeu, na decisão impugnada, que o artigo 90.°, n.° 2, não era aplicável, porque os correios dispunham já, na prática ou por efeito da lei, de vantagens não negligenciáveis para o cumprimento das suas atribuições, pelo que a extensão da sua posição dominante ao mercado do correio acelerado não podia objectivamente constituir uma necessidade para o exercício dessa missão. As partes estão em total desacordo quanto ao verdadeiro impacto dessas vantagens, embora essa discussão não pareça ter grande importância: com efeito, ficou provado que as isenções e economias de escala de que beneficiam os PTT (em especial, isenções das obrigações decorrentes da lei relativa ao transporte rodoviário e do decreto relativo à duração de viagem; economias de escala resultantes da utilização do mesmo pessoal e da mesma infra-estrutura para diferentes serviços postais) têm, desde logo, por efeito reforçar a sua posição concorrencial em relação aos concorrentes privados, assim como a sua situação financeira. Tendo em consideração o factor acima invocado, a saber, os lucros obtidos pelos correios, não parece que a prossecução da missão de interesse geral confiada aos PTT-Post BV necessite da concessão de uma vantagem concorrencial suplementar.

52. Em terceiro e último lugar, o facto de os correios não estarem obrigados a oferecer os seus serviços em todo o território neerlandês a tarifa idêntica, que, aliás, não praticam, visto que concedem a alguns clientes descontos importantes (designados «descontos contratuais»), demonstra, de acordo com a decisão impugnada, que os PTT-Post BV estão perfeitamente preparados para defrontar a concorrência das empresas privadas. Uma vez mais, as partes estão em total desacordo relativamente à importância desses descontos, sendo, no entanto, pacífica a sua existência [104]. Em meu entender, na decisão impugnada, a Comissão deduz fundamentadamente da existência desses descontos a possibilidade de os PTT terem em conta as diferenças de custos aquando da fixação das suas tarifas, exactamente como os seus concorrentes. Isto também significa que a execução da obrigação de transporte imposta aos PTT-Post BV os não impede de poder reagir com discernimento face à evolução do mercado.

Deste modo, compartilho do ponto de vista da Comissão quanto à inaplicabilidade do artigo 90.°, n.° 2, bem como da sua apreciação segundo a qual o monopólio dos PTT-Post BV numa parte do serviço postal de base é suficiente para garantir a manutenção das obrigações de serviço público de interesse geral (ver o n.° 18 da decisão impugnada).

104 — Ver, por exemplo, a petição inicial apresentada pelo Governo neerlandês no processo C-48/90, p. 21.

E — Síntese e conclusão

53. A minha análise leva-me a concluir que a decisão impugnada pode ser justificada pelo poder que o artigo 90.°, n.° 3, do Tratado confere à Comissão para declarar a incompatibilidade de uma lei nacional com uma norma do Tratado dotada de efeito directo. No entanto, no presente caso, a Comissão não utilizou esse poder com o devido respeito pelos direitos da defesa. Por esta razão, proponho, a título principal, que o Tribunal anule a Decisão 90/16/CEE da Comissão, relativa à prestação do serviço de correio rápido nos Países Baixos, e condene a Comissão nas despesas.

A título subsidiário, entendo que procedem alguns dos outros fundamentos de anulação invocados pelos recorrentes. Assim, concluiu-se acima que, indevidamente, a Comissão declarou verificada uma violação das normas conjugadas dos artigos 90.° e 86.° do Tratado, pois não fez prova bastante de que os PTT-Post BV adquiriram ou ameaçam adquirir, por via da lei do serviço postal de 1988, uma posição dominante em todo o mercado dos serviços de correio acelerado, de modo que não é possível concluir pela extensão de uma posição dominante nem por um abuso de posição dominante no mercado dos serviços de correio acelerado. Além disso, considero que a decisão impugnada é insuficientemente fundamentada, na medida em que declara incompatíveis com as normas conjugadas dos artigos 90.° e 86.° i) a regra do preço mínimo para os destinos fora da Comunidade e ii) a obrigação de as empresas de correio acelerado registarem previamente as suas tarifas. Não é necessário decidir em separado quanto ao pedido de anulação das rectificações, uma vez que a própria decisão deve ser anulada.