# CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL M. POIARES MADURO apresentadas em 1 de Outubro de 2009[1]

## I — Antecedentes factuais e jurídicos

1. Uma das missões mais difíceis, mas, simultaneamente, fundamentais, do Tribunal de Justiça é a de fiscalizar os limites das acções da União. Isto é fundamental para a conservação do equilíbrio de poderes entre os Estados e a União. É igualmente vital para a manutenção de um equilíbrio de poderes adequado entre as próprias instituições da União. Além disso, o exercício da fiscalização das acções da União é importante para garantir uma responsabilidade política adequada dentro dos Estados-Membros (porque a União afecta o equilíbrio interno de poderes dos Estados) e a adequada distribuição dessa responsabilidade política entre a União e os Estados (de modo a que os cidadãos saibam quem é efectivamente responsável por quê). Porém, a fiscalização judicial não é o único meio de fiscalizar as competências da União e, em especial, da Comunidade. Os processos decisórios a que as competências da Comunidade estão sujeitas e a participação que concedem aos Estados-Membros e a diferentes instituições comunitárias são, frequentemente, o meio mais eficaz de fiscalizar essas competências. Pode afirmar-se sem problemas que, durante muito tempo, o Tribunal não foi chamado a desempenhar um papel predominante na fiscalização das competências da Comunidade precisamente porque já tinham sido consagrados grandes limites a essas competências nos respectivos processos decisórios. Porém, com o aumento das competências comunitárias e as alterações nos processos decisórios relevantes, o Tribunal tem vindo a ser chamado, com uma frequência crescente, a desempenhar esse papel. Uma das áreas mais difíceis diz respeito ao âmbito das competências no contexto do mercado comum e, em especial, ao âmbito da autoridade da Comunidade para legislar com base no artigo 95.º CE. O caso vertente é um bom exemplo: está centrado na questão de saber se a Comunidade pode regular preços ao abrigo do artigo 95.º CE e, se assim for, até que ponto e em que condições. Não há dúvida nenhuma de que, no contexto do funcionamento do mercado interno, a Comunidade tem autoridade para intervir no que diz respeito tanto aos preços fixados pelas empresas (ao abrigo das normas sobre concorrência) como aos preços fixados pelos Estados-Membros (nomeadamente, ao abrigo das normas sobre a livre circulação). Mas pode a própria Comunidade adoptar, com base no artigo 95.º CE, legislação que estabeleça, por exemplo, determinados limites de preços? Se assim for, em que circunstâncias pode fazê-lo? A resposta que o Tribunal tem de dar depende do nosso entendimento geral da finalidade do artigo 95.º CE. Em meu entender, a interpretação que o Tribunal deu ao artigo 95.º CE deixa claro que esta não é uma disposição destinada a dar à Comunidade um poder genérico de regulação do mercado interno. Contudo, ao mesmo tempo, o Tribunal não circunscreveu o artigo 95.º CE à atribuição, à Comunidade, das competências necessárias para eliminar obstáculos ao funcionamento do mercado interno. O motivo para isso pode ser encontrado na natureza dupla dessa disposição. É uma disposição que

1 — Língua original: inglês.

se destina à adopção de medidas que têm por objecto a criação e o funcionamento do mercado interno, mas substituem medidas dos Estados que prosseguem vários objectivos de regulação do mercado. O facto de se ter tornado necessária a intervenção da Comunidade para efeitos do mercado interno não deverá afectar a prossecução desses outros objectivos de regulação. Qualquer interpretação a dar ao artigo 95.º CE deve conservar este equilíbrio. A justificação para a intervenção da Comunidade provém do objectivo da integração do mercado, mas essa intervenção da Comunidade deve conservar a liberdade política de optar entre várias políticas de regulação do mercado. É esta preocupação subjacente que deve servir de orientação para a interpretação e aplicação do artigo 95.º CE no caso vertente.

2. O caso vertente diz respeito à impugnação do Regulamento (CE) n.º 717/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Junho de 2007, relativo à itinerância nas redes telefónicas móveis públicas da Comunidade e que altera a Directiva 2002/21/CE (JO L 171, p. 32, a seguir «regulamento sobre a itinerância»), o qual alterou o Quadro Regulamentar Comum (a seguir «QRC»), para estabelecer preços máximos em toda a Comunidade (designados por «eurotarifa») para a itinerância [2] nas redes públicas de telefonia móvel dos Estados-Membros. O QRC consiste numa série de medidas comunitárias que estabeleceram um conjunto de procedimentos harmonizados que regem o quadro regulamentar dos serviços de comunicações electrónicas na União. O QRC, antes da aprovação do regulamento sobre a itinerância, não atribuía às instituições comunitárias o poder de fixar preços máximos em toda a Comunidade para a itinerância.

3. A Vodafone e o. propuseram uma acção na High Court of Justice of England and Wales, em que impugnam a validade do regulamento sobre a itinerância. O tribunal nacional, ao abrigo do artigo 234.º CE, submeteu ao Tribunal de Justiça as seguintes questões:

«1) O Regulamento [CE] n.º 717/2007 é inválido, no todo ou em parte, devido à inadequação do artigo 95.º CE como base jurídica?

2 — A «itinerância» (*roaming*) refere-se à utilização da rede de um fornecedor de telecomunicações móveis num Estado-Membro diferente do da rede do telefone móvel do utilizador.

2) O artigo 4.º do Regulamento [CE] n.º 717/2007 [em conjugação com os artigos 2.º, alínea a), e 6.º, n.º 3, na medida em que se referem à eurotarifa e a obrigações relativas à eurotarifa] é inválido, pelo facto de a imposição de um preço máximo para as tarifas retalhistas de itinerância infringir o princípio da proporcionalidade e/ou da subsidiariedade?»

4. Como estas questões indicam, a impugnação do regulamento assenta na asserção de que o regulamento sobre a itinerância é inválido, com o fundamento de que o artigo 95.º CE não proporciona uma base jurídica adequada para uma acção comunitária, e de que, mesmo que assim não fosse, a imposição, pelo regulamento, de controlos sobre os preços de venda a retalho constituía uma violação dos princípios da proporcionalidade e da subsidiariedade. Proponho-me começar por abordar a questão da base jurídica antes de passar à apreciação das questões que se suscitam quanto à proporcionalidade e à subsidiariedade.

5. Os trechos do artigo 95.º CE que para aqui relevam dispõem:

«1. Em derrogação do artigo 94.º e salvo disposição em contrário do presente Tratado, aplicam-se as disposições seguintes à realização dos objectivos enunciados no artigo 14.º O Conselho, deliberando de acordo com o procedimento previsto no artigo 251.º, e após consulta do Comité Económico e Social, adopta as medidas relativas à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros, que tenham por objecto o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno.

2. O n.º 1 não se aplica às disposições fiscais, às relativas à livre circulação das pessoas e às relativas aos direitos e interesses dos trabalhadores assalariados.

3. A Comissão, nas suas propostas previstas no n.º 1 em matéria de saúde, de segurança, de protecção do ambiente e de defesa dos consumidores, basear-se-á num nível de protecção elevado, tendo nomeadamente em conta qualquer nova evolução baseada em dados científicos. No âmbito das respectivas competências, o Parlamento Europeu e o Conselho procurarão igualmente alcançar esse objectivo.»

6. Os trechos do artigo 14.º que para aqui relevam dispõem:

«1. A Comunidade adoptará as medidas destinadas a estabelecer progressivamente o mercado interno durante um período que termina em 31 de Dezembro de 1992, nos termos do disposto no presente artigo, nos artigos 15.º e 26.º, no n.º 2 do artigo 47.º, nos artigos 49.º, 80.º, 93.º e 95.º e sem prejuízo das demais disposições do presente Tratado.

2. O mercado interno compreende um espaço sem fronteiras internas no qual a livre circulação das mercadorias, das pessoas, dos serviços e dos capitais é assegurada de acordo com as disposições do presente Tratado.»

A — *Base jurídica*

7. Como o Tribunal afirmou repetidamente, o artigo 95.º CE pode ser utilizado como base jurídica quando existirem disparidades ou disparidades potenciais entre as legislações nacionais «susceptíveis de colocar entraves às liberdades fundamentais ou originar distorções de concorrência e ter, assim, uma influência directa no funcionamento do mercado interno» [3]. As medidas aprovadas com essa base jurídica só são confirmadas «quando resulte objectiva e efectivamente [do] acto jurídico que o seu objecto consiste na melhoria das condições de estabelecimento e de funcionamento do mercado interno» [4]. O artigo 95.º CE não proporciona uma base para uma competência geral para regular o mercado interno [5]. Por isso, a legislação baseada no artigo 95.º CE não se pode limitar a regular o mercado de uma forma tida como desejável pelo legislador comunitário. Como o Tribunal declarou anteriormente, permitir semelhante utilização do artigo 95.º CE seria contrário à redacção concreta desse artigo e violaria o importante princípio constitucional de que as competências da Comunidade se restringem às que lhe são especificamente atribuídas [6]. Além do mais, conflituaria com a existência de outras bases jurídicas no Tratado que especialmente atribuem competências à Comunidade para regular aspectos específicos do mercado.

8. Isto não significa que a legislação adoptada ao abrigo do artigo 95.º CE não possa prosseguir objectivos de regulação independentes. Na verdade, se o artigo 95.º CE fosse interpretado no sentido de que apenas concede à Comunidade as competências necessárias para eliminar obstáculos à integração do mercado, a intervenção comunitária subordinaria sempre outros objectivos de regulação do mercado ao estritamente necessário para eliminar obstáculos à livre circulação. Equivaleria à asserção de que a Comunidade só poderia tomar medidas que procurem suscitar reconhecimento mútuo, dado que essas medidas seriam sempre suficientes para evitar o surgimento ou subsistência de obstáculos à livre circulação. Qualquer outra medida seria excessiva se o legislador comunitário, quando actuasse ao abrigo do artigo 95.º CE com o fito de eliminar restrições à livre circulação, nunca pudesse ir além do suficiente para eliminar obstáculos à livre circulação. Isto implicaria que o artigo 95.º CE só pode promover a integração do mercado através da desregulamentação dos mercados nacionais. Semelhante interpretação consagraria, no artigo 95.º CE, uma preferência específica em termos de política, quando nada há no Tratado que corrobore essa interpretação. Como explicou o advogado-geral N. Fennelly, «a jurisprudência [do Tribunal de Justiça] não impõe que os artigos 7.º-A, 57.º, n.º 2, e 100.º-A do Tratado CE [actuais artigos 14.º CE, 47.º, n.º 2, CE e 95.º CE] sejam interpretados como

3 — Acórdão de 10 de Fevereiro de 2009, Irlanda/Parlamento e Conselho, dito «Conservação de dados» (C-301/06, Colect., p. I-593, n.os 63 e 64).

4 — Acórdão de 2 de Maio de 2006, Reino Unido/Parlamento e Conselho (C-217/04, Colect., p. I-3771, n.º 42).

5 — Acórdão de 5 de Outubro de 2000, Alemanha/Parlamento e Conselho (C-376/98, Colect., p. I-8419, n.º 83).

6 — *Ibidem*.

uma espécie de carta liberal que permita uma harmonização no nível mais baixo ou mesmo num qualquer nível médio relativamente aos níveis preexistentes de regulamentação nacional dos Estados-Membros» [7]. Em vez disso, uma leitura adequada do artigo 95.º CE tem de distinguir entre aquilo que desencadeia a harmonização a nível comunitário (o risco de restrições à livre circulação ou de distorções da concorrência) e o alcance e conteúdo dessa harmonização. Esta última deve poder prosseguir os vários objectivos de política habitualmente prosseguidos pelas medidas nacionais que serão substituídas pela legislação comunitária. Por outras palavras, o artigo 95.º CE deve ser interpretado no sentido de que permite ao legislador comunitário prosseguir e ponderar vários objectivos de regulação quando a sua competência é desencadeada pela necessidade de harmonizar uma área determinada.

9. Com efeito, o artigo 95.º CE pode proporcionar a base para uma intensificação da regulação, a par de medidas de desregulamentação. Em princípio, isso deve ser decidido pelo processo político. Com efeito, o artigo 95.º, n.º 3, CE dispõe especificamente que a legislação que serve de base jurídica deve prosseguir um elevado nível de protecção da saúde, da segurança, do ambiente e dos consumidores. No entanto, semelhantes objectivos têm de ser parte integrante de um quadro legislativo geral que tenha por objecto a criação e funcionamento do mercado interno através da aproximação e harmonização das leis, regulamentos ou actos administrativos dos Estados-Membros. Por outras palavras, a medida comunitária deve contribuir para a integração do mercado, mesmo que não tenha de ser limitada ao estritamente necessário para aprofundar a integração do mercado. Embora o aprofundamento da integração do mercado seja um requisito necessário para que a Comunidade tenha competência ao abrigo do artigo 95.º CE, o exercício da sua competência não deve ser limitado ao objectivo da integração do mercado. Se o fosse, isso poria em causa a prossecução de outros objectivos de regulação legítimos que os Estados-Membros já não poderiam prosseguir por si próprios.

10. Este ponto constitui o núcleo da impugnação do regulamento com fundamento na sua base jurídica. A Vodafone afirma que, uma vez que o QRC já proporcionava uma ampla harmonização das regulamentações nacionais relativas ao sector da telefonia móvel, o regulamento sobre a itinerância não podia ter por objecto a harmonização de normas nacionais nessa área. Assim sendo, o regulamento dizia respeito a uma utilização inadmissível do artigo 95.º CE para efeitos de regulação do mercado interno.

11. No entanto, como o Tribunal salientou repetidamente, o facto de, anteriormente, ter sido adoptada uma extensa harmonização com base no artigo 95.º CE «não implica de forma alguma que o legislador comunitário não possa modificar ou adaptar essas regras

7 — *Ibidem*. Conclusões do advogado-geral N. Fennelly, n.º 85.

e, se necessário, introduzir novas regras para melhor prosseguir os objectivos» das medidas de harmonização iniciais [8]. Como acima se referiu, esses objectivos não têm de ser limitados à integração do mercado, mesmo que esta seja necessária para justificar o exercício da competência comunitária. Defender o contrário significaria que a Comunidade não poderia remediar defeitos de medidas de harmonização baseadas no artigo 95.º CE. Quando o legislador comunitário actua com base no artigo 95.º CE, fá-lo de uma forma que reflecte opções políticas específicas. Isto implica a selecção de um nível específico de protecção do consumidor, por exemplo, e a rejeição de outras opções que proporcionem um nível superior ou inferior dessa protecção. Estas opções podem ter consequências negativas imprevistas ou, como sucede nas sociedades democráticas, maiorias políticas em mudança podem sentir que uma decisão anterior fez uma ponderação inadequada dos vários interesses envolvidos. Seria absurdo e não democrático impossibilitar o legislador comunitário de rever opções políticas anteriores tomadas no contexto de legislação aprovada com base no artigo 95.º CE, para reflectir alterações na opinião pública e progressos do conhecimento ou para remediar consequências negativas imprevistas das medidas de harmonização. Mesmo quando uma medida de harmonização como o QRC se revela eficaz na prevenção das distorções à concorrência e dos entraves à livre circulação e se pode considerar que assegura a criação e funcionamento do mercado interno, o legislador comunitário tem de continuar a poder adaptar essa medida em consonância com os progressos do conhecimento ou as preferências políticas [9]. Nesse sentido, não tem razão de ser a objecção à aprovação do regulamento sobre a itinerância, com o fundamento de que o QRC já proporcionava a harmonização da área em causa.

12. Os autores da acção de impugnação do regulamento sobre a itinerância sugeriram ainda que, uma vez que o mesmo regulamento adoptou uma abordagem que diverge consideravelmente da estabelecida no QRC [10], aquele não pode ser tido como uma alteração deste. A possível dissonância entre a medida de alteração e a abordagem adoptada no QRC não altera o facto de aquela ser uma alteração. As alterações podem introduzir aditamentos e complementos a uma medida de harmonização [11]. Também podem modificá-la. Na verdade, a necessidade da alteração pode dever-se precisamente ao facto de se ter passado a considerar que determinadas medidas de harmonização operam de modo

8 — Acórdão de 8 de Novembro de 2007, Gintec (C-374/05, Colect., p. I-9517, n.º 29).

9 — Acórdão de 10 de Dezembro de 2002, British American Tobacco (Investments) e Imperial Tobacco (C-491/01, Colect., p. I-11453, n.º 80), em que o Tribunal declarou que, de resto, a evolução dos conhecimentos científicos não é o único motivo pelo qual o legislador comunitário pode decidir adaptar a legislação comunitária uma vez que lhe incumbe, no exercício do poder discricionário de que dispõe na matéria, ter em conta também outras considerações, tais como a importância acrescida dada no plano político e social à luta contra o tabagismo.

10 — O QRC tem em vista a intervenção dos reguladores nacionais, geralmente em circunstâncias em que se demonstre que um determinado operador do mercado tem um «poder de mercado significativo». O regulamento sobre a itinerância diz respeito à fixação de preços para toda a Comunidade mesmo em circunstâncias em que não se demonstrou que existe um poder de mercado significativo.

11 — V. nota 4 *supra*.

insatisfatório e por isso carecem de alterações que não estão em consonância com a abordagem inicial [12]. O Tribunal deixou claro que as medidas harmonizadas podem ser adaptadas com base em alterações das visões políticas, declarando, relativamente a alterações ao regime comunitário harmonizado dos produtos de tabaco, que «o legislador comunitário só pode executar [...] a sua missão de velar pela protecção dos interesses gerais reconhecidos pelo Tratado [...] se puder adaptar a legislação comunitária relevante a qualquer alteração das circunstâncias ou a qualquer evolução dos conhecimentos» [13]. A evolução dos conhecimentos pode exigir alterações que divirjam da abordagem adoptada na medida de harmonização inicial. O facto de o regulamento sobre a itinerância ter adoptado uma abordagem dissonante da estabelecida no QRC não significa que aquele não possa ser considerado uma alteração a este. Os indubitáveis limites à competência atribuída à Comunidade pelo artigo 95.º CE não podem funcionar de modo a exigirem que a União adira a uma forma de harmonização mesmo quando essa harmonização já não seja considerada adequada.

13. Por outro lado, o legislador comunitário, embora seja livre de rever, mediante normas de alteração, as opções de política feitas em medidas de harmonização tomadas ao abrigo do artigo 95.º CE, não pode atribuir a si próprio autoridade para legislar sobre assuntos que escapam ao âmbito do artigo 95.º CE mediante a simples descrição dessas medidas como alterações. Legislação relativa, por exemplo, a uma área diferente da medida de harmonização inicial, tal como uma alteração ao QRC no sentido de, por exemplo, estabelecer quotas de pesca, não pode ser considerada uma alteração válida [14]. Em meu entender, isso é também o que sucederia com uma medida legislativa comunitária que, para tomar um exemplo absurdo, proibisse totalmente a prestação de serviços de itinerância [15]. Nem a Comunidade pode, mediante a simples identificação de uma medida determinada como alteração, aprovar validamente legislação que harmoniza áreas abrangidas pela competência dos Estados-Membros sem cumprir o requisito de que essa legislação visa eliminar disparidades ou potenciais disparidades entre regras nacionais, «susceptíveis de colocar entraves às liberdades fundamentais ou originar distorções de concorrência» [16].

12 — V. nota 9 *supra*, n.º 80.

13 — *Ibidem,* n.º 77.

14 — Isto não se aplica no caso vertente. A competência para fixar preços máximos para os serviços de itinerância integra claramente a área abrangida pelas medidas de harmonização iniciais, que se centravam nos serviços de comunicações electrónicas nos Estados-Membros.

15 — Contudo, no seu acórdão de 14 de Dezembro de 2004, Swedish Match (C-210/03, Colect., p. I-11893), o Tribunal admitiu que uma medida comunitária que proibia totalmente o comércio de um determinado produto podia ser tomada ao abrigo do artigo 95.º CE, desde que houvesse o risco de diferentes leis nacionais darem origem a obstáculos ao comércio desse produto. O Tribunal parece admitir que o risco de obstáculos ao comércio desse produto pode justificar a proibição comunitária total da venda desse produto. Mesmo que se questione em que medida essa proibição continua a manter uma relação com os objectivos do artigo 95.º CE (poderá ser melhor haver uma livre circulação limitada do que não haver nenhuma livre circulação), o caso vertente não exige que o Tribunal discuta novamente este assunto. No entanto, como adiante ficará claro, defendo que a adopção de qualquer medida (incluindo de uma medida alterada) não exige simplesmente, como ponto de partida, a verificação de disparidades entre leis nacionais que são susceptíveis de levantar obstáculos ao comércio para que essa medida seja justificada ao abrigo do artigo 95.º CE. A medida tem de contribuir para os objectivos do artigo 95.º CE. Não se exige, porém, que a medida se restrinja a esses objectivos.

16 — Acórdão «Conservação de dados», referido na nota 3, n.ºs 63 e 64.

Por outras palavras, a alteração em si mesma não precisa de ser justificada pela necessidade de eliminar obstáculos ao comércio ou distorções à concorrência, mas a medida alterada tem de continuar a prosseguir os objectivos do artigo 95.º CE. No entanto, determinar como estes princípios se aplicam em casos concretos não é tarefa fácil.

14. Em meu entender, essa determinação exige que o Tribunal coloque a alteração no contexto da legislação geral, de modo a avaliar se se pode continuar a considerar que essa legislação (na versão resultante da alteração) aprofunda a integração do mercado e, consequentemente, cumpre os requisitos para a aplicação do artigo 95.º CE. A alteração pode também ser justificada se for necessária para corrigir um problema específico que as medidas harmonizadas iniciais impedem os Estados-Membros de tratar eficazmente.

15. No caso vertente, uma abordagem para encontrar, no artigo 95.º CE, uma base para a presente legislação, conforme alterada, seria demonstrar que existia o risco de medidas nacionais divergentes de controlo dos preços. Porém, esse risco não pode ser avaliado à luz da situação posterior à adopção do QRC e dos possíveis limites por este imposto à adopção de medidas nacionais de controlo dos preços. Se pudesse sê-lo, seria impossível ao legislador alterar qualquer medida que, na sua forma original, fosse eficaz para eliminar obstáculos ao comércio, mesmo que o impacto dessa medida noutros objectivos de política pudesse agora justificar uma forma de regulação diferente. Isto seria inaceitável pelas razões acima referidas: a adopção de medidas ao abrigo do artigo 95.º CE tem de conservar a liberdade política de optar entre várias políticas de regulação do mercado. O juízo a fazer no âmbito do artigo 95.º CE não consiste em inquirir se a alteração é necessária, no contexto da legislação alterada, para evitar obstáculos ao comércio, mas sim se a legislação alterada continua a servir para evitar obstáculos ao comércio. Para isso, há que considerar qual seria a situação se não existisse nenhuma regulação comunitária nessa matéria. É óbvio que os potenciais obstáculos ao comércio resultantes de medidas nacionais de controlo dos preços [17] podem ser evitados ou através da imposição de limites às normas nacionais sobre preços ou através da regulação dos preços a nível comunitário. O facto de o legislador comunitário possivelmente ter escolhido inicialmente a primeira destas abordagens para evitar obstáculos ao comércio não deve impedir a posterior adopção de uma abordagem diferente se outros objectivos de política o exigirem. Isto não significa que a opção entre duas formas diferentes de proteger os objectivos do artigo 95.º CE seja totalmente livre para o legislador comunitário. Poderá não o ser, face a outras regras comunitárias, como os princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade. Porém, isto é uma questão diferente de determinar se uma dessas abordagens é aceitável (como normal original ou alterada) à luz do artigo 95.º CE. Este artigo apenas exige a existência de disparidades legislativas nacionais susceptíveis

17 — V., por exemplo, acórdão de 5 de Dezembro de 2006, Cipolla e o. (C-94/04 e C-202/04, Colect., p. I-11421).

de criar obstáculos ao comércio ou distorções da concorrência e que a medida comunitária sirva para os evitar. Não impõe uma opção de regulação específica quanto à forma como devem ser evitados.

16. A este respeito, continua por determinar se, no caso vertente, na falta de legislação comunitária, se verificava de facto um risco de haver diferentes medidas nacionais de controlo de preços e essas medidas eram susceptíveis de criar obstáculos ao comércio e justificar a adopção de medidas comunitárias de controlo de preços. Por outras palavras, na falta do QRC, verificava-se o risco de obstáculos aos serviços de itinerância, resultante de medidas nacionais de controlo de preços diferentes?

17. Está bem demonstrado na jurisprudência do Tribunal que as medidas nacionais de controlo de preços podem gerar restrições ao comércio. Embora essas medidas «não constitu[a]m[, por si só,] uma [medida de efeito equivalente a uma] restrição quantitativa», as mesmas «podem produzir esse efeito quando os preços se situem a um nível tal que os produtos importados fiquem desfavorecidos em relação aos produtos nacionais análogos» [18]. No contexto da fixação de preços, isto ocorre «quando os preços se situ[a]m a um nível tal que a venda dos produtos importados se torna ou impossível, ou mais difícil que a dos produtos nacionais» [19]. É o que sucede quando os preços máximos são fixados em montantes tão baixos que os fornecedores estrangeiros não conseguem obter um lucro razoável [20], quando os fornecedores estrangeiros se defrontam com custos mais elevados que não foram levados em conta na fixação do preço máximo ou quando o limiar máximo para os preços impede a correcta remuneração de serviços de qualidade superior prestados por fornecedores estrangeiros [21].

18. Contudo, nem todas as medidas nacionais de controlo de preços têm potencial para

18 — Acórdão de 13 de Novembro de 1986, Edah (80/85 e 159/85, Colect., p. 3359, n.º 11). V., também, acórdãos de 26 de Fevereiro de 1976, Tasca (65/75, Recueil, p. 291, Colect., p. 135); de 24 de Janeiro de 1978, Van Tiggele (82/77, Colect., p. 15); e de 7 de Maio de 1991, Comissão/Bélgica (C-287/89, Colect., p. I-2233, n.º 17).

19 — Acórdão de 19 de Março de 1991, Comissão/Bélgica (C-249/88, Colect., p. I-1275, n.º 15).

20 — Acórdão referido na nota 19, n.º 17.

21 — V. n.os 69 a 75 das minhas conclusões no processo Cipolla e o., referido na nota 17.

criar obstáculos ao comércio e o surgimento desses obstáculos tem de ser verosímil [22]. Em meu entender, o legislador comunitário não demonstrou, nem à data da adopção da medida inicial nem da alteração, que esse risco existia. Paradoxalmente, o mais forte argumento no sentido da existência desse risco poderia ser extraído do argumento das demandantes de que o QRC, na versão inicialmente aprovada pelo legislador comunitário, ao exigir que se verificasse a existência de um «poder de mercado significativo» (PMS) antes de poder ter lugar uma intervenção reguladora *ex ante*, restringia a capacidade dos Estados-Membros de estabelecer controlos dos preços no sector das comunicações móveis. Com base nessa premissa, haveria que partir do princípio de que o QRC estava a reagir ao perigo de a fixação de preços máximos ou mínimos diferentes pelas autoridades dos Estados-Membros provocar o surgimento de obstáculos e distorções da concorrência no mercado comum. Se assim fosse, o legislador, ao elaborar o QRC, ter-se-ia deparado com a opção de abordar este perigo através da limitação da capacidade dos Estados-Membros de fixar preços neste sector ou através da fixação de preços para toda a União (a avaliação desta opção para efeitos do cumprimento dos princípios da proporcionalidade e da subsidiariedade seria uma questão totalmente diferente). Qualquer uma das opções contribuiria efectivamente para o funcionamento do mercado interno. O legislador, ao exigir a verificação da existência de um PMS previamente a uma intervenção reguladora *ex ante*, escolheu a primeira opção. O facto de esta escolha ser eficaz para evitar o surgimento de obstáculos ao comércio e de distorções da concorrência não deve impedir a adopção de uma abordagem reguladora diferente, desde que essa abordagem diferente continue a evitar obstáculos ao comércio e as distorções da concorrência. Contudo, a realidade é que a imposição, pelo QRC, de limites à intervenção reguladora dos Estados-Membros foi feita em termos gerais e não se destinava especificamente a evitar diferenças nos controlos nacionais de preços nem assentava na constatação específica da verosimilhança do surgimento de obstáculos ao comércio decorrentes dos futuros controlos nacionais de preços. Como tal, não posso admitir que a existência do risco de possíveis diferenças, no futuro, entre controlos nacionais de preços que geram obstáculos ao comércio foi demonstrada ao ponto de justificar a adopção de medidas comunitárias de controlo de preços ao abrigo do artigo 95.º CE.

22 — Acórdãos de 12 de Dezembro de 2006, Alemanha/Parlamento e Conselho, C-380/03, Colect., p. I-11573, n.º 37; British American Tobacco (Investments) e Imperial Tobacco, referido na nota 9, n.º 61; Swedish Match, referido na nota 15, n.º 30; de 12 de Julho de 2005, Alliance for Natural Health e o. (C-154/04 e C-155/04 Colect., p. I-6451, n.º 29); e «Conservação de dados», referido na nota 3, n.º 64.

19. Contudo, acredito que o legislador comunitário podia regular os preços da itinerância,

ao abrigo do artigo 95.º CE, por um motivo diferente: nomeadamente, a eliminação de restrições à livre circulação decorrentes de um comportamento de particulares que desfavorece a actividade económica transfronteiriça. É razoável considerar que as diferenças de preços entre as chamadas efectuadas no Estado-Membro do utilizador e as efectuadas em itinerância desencorajam a utilização de serviços transfronteiriços como a itinerância [23]. O método escolhido pelo legislador para resolver o problema dos custos elevados das chamadas em itinerância foi estabelecer limites máximos para os preços em toda a Comunidade. Este método tem de ser justificável à luz dos objectivos do artigo 95.º CE. Como o texto deste artigo deixa claro, esses objectivos são «o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno» [24], sendo o mercado interno «um espaço sem fronteiras internas no qual a livre circulação das mercadorias, das pessoas, dos serviços e dos capitais é assegurada de acordo com as disposições do presente Tratado» [25]. O desfavorecimento das actividades transfronteiriças tem o potencial de impedir o estabelecimento de um mercado interno em que é garantida a livre circulação de bens, serviços e capitais quando os consumidores são dissuadidos de exercer actividades económicas transfronteiriças como a utilização de serviços de itinerância. Não haverá, porventura, no sector das telecomunicações móveis, uma actividade económica mais claramente transfronteiriça do que a própria itinerância. Pode legitimamente entender-se que a imposição de um limiar máximo para os preços dos serviços de itinerância prossegue o objectivo da criação do mercado interno através da eliminação de obstáculos às actividades económicas transfronteiriças.

20. Embora a imposição desse limiar máximo para os preços tenha implicado a imposição de regulação a nível comunitário aos particulares, definidos por oposição aos organismos públicos, a aceitação dessa medida não confere à Comunidade uma «carta branca» para utilizar o artigo 95.º CE para regular qualquer actividade económica. O regulamento sobre a itinerância consiste numa intervenção do legislador comunitário destinada a tratar, não meros actos de particulares que produziram resultados indesejados, mas actos de particulares que desfavoreceram directamente uma actividade económica transfronteiriça (a itinerância), por comparação com uma actividade económica intra-estatal (uso interno de serviços de telefonia móvel). As acções, incluindo as de particulares, que desfavorecem directamente actividades transfronteiriças podem mais facilmente ser caracterizadas como restrições ao estabelecimento do mercado interno. Naturalmente, a maioria das acções dos particulares no mercado não têm o potencial de restringir a livre circulação e, como tal, não podem, por si só, justificar a aprovação de legislação ao abrigo do artigo 95.º CE. Só quando as acções dos particulares implicam directamente actividades transfronteiriças e estes estão em posição de efectivamente restringir essas actividades transfronteiriças e a livre circulação é que uma actuação da Comunidade para regular essas acções pode ter por base o artigo 95.º CE.

23 — Como já assinalei em várias conclusões, as mais recentes das quais são as apresentadas em 22 de Abril de 2009, no processo ČEZ (C-115/08, ainda pendente, n.º 12), a atribuição, a situações transfronteiriças, de um tratamento menos favorável do que o dado a situações puramente internas pode constituir uma restrição aos direitos de livre circulação de que o mercado interno depende.

24 — Artigo 95.º CE.

25 — Artigo 14.º CE.

21. A este respeito, apenas peço ao Tribunal que aplique as consequências lógicas da sua jurisprudência sobre a aplicação horizontal das regras sobre livre circulação à sua análise do artigo 95.º CE. Neste contexto, o Tribunal reconheceu que, em determinadas circunstâncias, as acções de particulares podiam constituir restrições à livre circulação. Foi o que sucedeu, por exemplo, nos acórdãos International Transport Workers' Federation e Finnish Seamen's Union [26] e Laval un Partneri [27], em que estavam em causa acções dos sindicatos que impediram um armador de registar o seu navio sob o pavilhão de outro Estado-Membro e uma empresa de construção de prestar serviços noutro Estado-Membro. As acções dos sindicatos interferiram directamente na liberdade de estabelecimento e na livre prestação de serviços e o Tribunal entendeu que as regras sobre a livre circulação eram directamente aplicáveis aos sindicatos, apesar de serem entidades privadas. Para chegar a esta conclusão, o Tribunal alicerçou-se em acórdãos anteriores, em que reconhecera o impacto directo que actos de protesto de particulares podiam ter na livre circulação de bens, nos casos em que aqueles actos impediam o transporte destes bens [28]. O artigo 95.º CE proporciona ao legislador uma base para actuar em circunstâncias em que assegurar apenas que as instituições estatais não praticam actos que comprometam as liberdades fundamentais é insuficiente para garantir o funcionamento do mercado interno [29]. Deste modo, é muito natural que essas restrições à livre circulação sejam também susceptíveis de regulação ao abrigo do artigo 95.º CE.

22. Num caso célebre, o Tribunal decidiu, por exemplo, que determinadas normas de associações de futebol que regulavam, entre outros aspectos, a transferência transfronteiriça de jogadores de futebol restringiam a livre circulação dos trabalhadores. Parece-me claro que isto não só justificaria a proibição comunitária dessas normas como também a adopção de normas comunitárias ao abrigo do artigo 95.º CE [30]. Se a Comunidade pode proibir uma determinada acção de um particular, então devia ser competente para sim-

26 — Acórdão de 11 de Dezembro de 2007 (C-438/05, Colect., p. I-10779).

27 — Acórdão de 18 de Dezembro de 2007 (C-341/05, Colect., p. I-11767).

28 — V., também, acórdãos de 9 de Dezembro de 1997, Comissão/França (C-265/95, Colect., p. I-6959), e de 12 de Junho de 2003, Schmidberger (C-112/00, Colect., p. I-5659).

29 — Sobre esta questão, v. Bogdany, A. von, e Bast, J. — «The Vertical Order of Competences», *Principles of European Constitutional Law,* Hart Publishing, Oxford, 2006. V., também, Somek, A. — *Individualism,* Oxford University Press, 2008, p. 128, que afirma, não sem um tom crítico, que a recente jurisprudência do Tribunal sobre o artigo 95.º CE «reconhe[ce] que as liberdades fundamentais e o poder legislativo da União prosseguem um e o mesmo objectivo» (*NT:* tradução livre). V., também, Weiler, J. — «The Constitution of the Common Market Place: The Free Movement of Goods», *The Evolution of EU Law,* editado por Paul Craig and Gráinne de Búrca, Oxford University Press, 1999. Contudo, não defendo necessariamente um paralelismo tão estrito. O que afirmo é que, pelo menos nalguns casos, os fundamentos para aplicar as regras sobre livre circulação aos particulares podem ser alargados ao artigo 95.º CE.

30 — Saber se essa competência pode ser exercida, de que forma e com que finalidade é uma questão diversa, sobre a qual o Tribunal não tem de se pronunciar no caso vertente.

plesmente regular essa acção. Isso não implica a atribuição, à Comunidade, de competência para regular todas as acções dos particulares. Semelhante competência apenas existe quando essas acções, como acima se referiu e em paralelo com o alcance horizontal da aplicação das normas sobre livre circulação, implicam directamente actividades transfronteiriças e esses particulares estão em situação de efectivamente restringir essas actividades transfronteiriças e a livre circulação. Ao invés, medidas como a tentativa de regular os preços de malas ou de refeições nos restaurantes, por exemplo, não implicam a regulação de um desfavorecimento directo de actividades económicas transfronteiriças e, consequentemente, não logram demonstrar o grau de impacto na livre circulação e na criação do mercado interno necessários para determinar a jurisdição legislativa da Comunidade ao abrigo do artigo 95.º CE.

23. Tal como as condições para a aplicação das normas sobre livre circulação aos particulares são mais rigorosas do que as aplicáveis às entidades públicas, a legislação comunitária aprovada ao abrigo do artigo 95.º CE para regular acções de particulares que afectam a criação do mercado interno deverá cumprir condições específicas. Como sucede no caso vertente, essas acções têm de desfavorecer directamente uma actividade transfronteiriça. A partir do momento em que as acções de particulares restringem efectivamente uma actividade transfronteiriça, essas acções são susceptíveis de ficar sujeitas a regulação comunitária.

24. Talvez a posição que defendo fique ainda mais clara se for caracterizada por implicar também a acção (ou inacção) do Estado. Seria possível dizer que a mesma consiste na «aceitação», pelos Estados, da prática, pelos seus operadores, de preços discriminatórios [31] entre chamadas nacionais e em itinerância, prática essa que restringe as comunicações móveis transfronteiriças. Como tal, seria possível justificar a intervenção comunitária ao abrigo do artigo 95.º CE com fundamento no facto de as normas nacionais não evitarem o tratamento discriminatório das comunicações móveis transfronteiriças.

25. Tenho ainda uma observação a fazer sobre a questão da base jurídica. Como acima referi, a alteração pode ser justificada se for necessária para corrigir um problema específico que a medida de harmonização inicial impede os Estados-Membros de remediar eficazmente. Tal como a Vodafone alega e o quarto e nono considerandos do regulamento sobre a itinerância dispõem, o quadro regulamentar estabelecido pelo QRC determinava a intervenção *ex ante* dos reguladores nacionais apenas se se verificasse o exercício de um «poder de mercado significativo» («PMS») por operadores de mercado determinados. Consequentemente, na falta dessa verificação, não era possível a intervenção dos reguladores nacionais, no âmbito do

31 — A expressão «preços discriminatórios» tem de ser usada com cautela neste contexto por diversas razões, uma das quais, mas nem por isso a menos importante, é o facto de, na verdade, poder haver justificações legítimas para diferenças de preços entre chamadas nacionais e em itinerância. O que parece líquido é que não há uma justificação clara para as diferenças de preços existentes e que foi esse o fundamento para a intervenção comunitária.

sistema estabelecido. Dado que a Comissão [32] e o Grupo de Reguladores Europeus [33] tinham julgado excessivos os custos dos serviços de itinerância, mesmo em mercados em que não se considerava que fosse exercido um PMS, o próprio QRC era um obstáculo à capacidade dos reguladores nacionais ou comunitários de estabelecer um quadro regulamentar que levasse à baixa dos custos dos serviços de itinerância. Uma vez que identificou falhas do mercado e custos sociais que existem no contexto do regime regulamentar harmonizado e, na verdade, têm origem nesse regime regulamentar, o legislador comunitário tem, pelos motivos supramencionados e expostos pelo Tribunal nos acórdãos Gintec e British American Tobacco (Investments) e Imperial Tobacco [34], de ter competência para resolver essa situação e atribuir competências a nível nacional ou comunitário para alterar um quadro regulamentar que considerou que não funcionava eficazmente.

intensidade da regulação e do nível a que a mesma tem lugar. A aprovação de legislação ao abrigo do artigo 95.º CE enquanto alteração de um diploma de harmonização anterior não a isenta dos vínculos de competência da Comunidade inerentes a esse artigo e aos princípios gerais do direito comunitário. Uma das limitações à utilização do artigo 95.º CE como base jurídica é o requisito de a competência que essa legislação atribui à Comunidade dever ser exercida de forma proporcionada aos objectivos que prossegue e esse exercício dever ser justificado à luz do princípio da subsidiariedade.

B — *Subsidiariedade*

26. Consequentemente, a Comunidade tem competência para resolver a questão dos preços elevados dos serviços de itinerância mediante a alteração do QRC. Não obstante, como acima se referiu, há que fazer uma distinção entre, por um lado, a competência para regular e, por outro, as questões da

27. A decisão do legislador comunitário de estabelecer preços máximos para toda a Comunidade tanto ao nível da venda por grosso como ao nível da venda a retalho suscita, efectivamente, sérios problemas quanto ao princípio da subsidiariedade. No que respeita aos preços de venda por grosso, pode facilmente verificar-se por que motivo foi necessária a acção ao nível comunitário. As tarifas de venda por grosso são cobradas por fornecedores fora do Estado-Membro do cliente. Consequentemente, o regulador nacional do Estado do cliente não poderá actuar contra os fornecedores do Estado visitado pelo cliente

32 — V. COM (2006) 382 final, de 12 de Julho de 2006.

33 — Resposta do GRE, de 22 de Março de 2006, à consulta da Comissão ao mercado internacional da itinerância, pedindo observações sobre a sua proposta de regulamento comunitário.

34 — Referidos nas notas 8 e 9, respectivamente.

que cobram tarifas excessivas à rede do país do cliente. Além disso, os reguladores nacionais não têm incentivos para fiscalizar as tarifas de venda por grosso que serão cobradas aos fornecedores estrangeiros e aos clientes desses fornecedores estrangeiros.

28. A regulação dos preços de venda a retalho é algo mais problemática. Uma vez fixados os preços máximos de venda por grosso e eliminado o requisito da constatação da existência de um PMS antes de poder ter lugar uma intervenção reguladora, a Comunidade podia ter atribuído aos reguladores nacionais competência para fixar preços máximos de venda a retalho para os serviços de itinerância se considerassem excessivos os preços de venda a retalho cobrados, nos respectivos Estados, pelos fornecedores. Em vez disso, no regulamento sobre a itinerância, optou-se por estabelecer um limite máximo para os preços de venda a retalho para toda a Comunidade. Esta decisão de regular uma matéria a nível comunitário e não a nível nacional exige uma justificação à luz da subordinação do ordenamento jurídico comunitário ao princípio da subsidiariedade. O princípio da subsidiariedade, conforme está estabelecido no artigo 5.º CE, determina que a Comunidade apenas pode actuar se e na medida em que os objectivos da acção encarada não puderem ser suficientemente realizados pelos Estados-Membros, e puderem pois, devido à dimensão ou aos efeitos da acção prevista, ser melhor alcançados ao nível comunitário. Por outras palavras, haverá que demonstrar que o legislador comunitário estava em melhor posição do que o legislador nacional para regular os preços de venda a retalho dos serviços de itinerância. Embora, no caso dos preços de venda por grosso, pareça claro que existia um problema de actuação colectiva que carecia de intervenção a nível comunitário, ao nível dos preços de venda a retalho isso não parece óbvio (uma vez fixados, a nível comunitário, os preços de venda por grosso, os Estados-Membros poderão, em princípio, livremente e efectivamente fixar os respectivos preços de venda a retalho). Poderá haver outro problema que afecte a capacidade dos Estados-Membros de resolver o problema dos elevados custos da itinerância ao nível retalhista?

29. A principal justificação apresentada no regulamento sobre a itinerância é a de que os seus objectivos de garantir uma protecção adequada do consumidor e assegurar que não são cobrados aos clientes preços excessivos «não podem ser suficientemente alcançados pelos Estados-Membros de forma segura, harmonizada e oportuna e podem, pois, ser mais bem alcançado[s] ao nível comunitário» [35].

30. O Conselho argumenta que o princípio da subsidiariedade é, essencialmente, um princípio político e subjectivo [36]. Seguindo este raciocínio, o Conselho realça a intenção do legislador comunitário e que o objectivo prosseguido era, como se dispõe no

35 — Regulamento sobre a itinerância, trigésimo oitavo considerando.

36 — V., sobre esta questão, Armin von Bogdany e Jürgen Bast, *op. cit.* na nota 29.

preâmbulo do regulamento, introduzir «uma abordagem comum para garantir que os utilizadores de redes telefónicas móveis públicas, ao viajarem na Comunidade, não paguem preços excessivos pelos serviços de itinerância comunitária quando efectuarem ou receberem chamadas de voz, alcançando-se assim um nível elevado de protecção do consumidor e preservando-se simultaneamente a concorrência entre operadores móveis» [37]. A meu ver, nem o objectivo prosseguido pelo regulamento nem a intenção do legislador são decisivos para efeitos de apreciar a observância do princípio da subsidiariedade. Primeiro, a apreciação a fazer no âmbito do princípio da subsidiariedade não é sobre o objectivo prosseguido, mas sobre se a prossecução desse objectivo exige a acção da Comunidade. Determinados objectivos comunitários (que, por si só, justificam a existência de uma competência comunitária) podem ser melhor prosseguidos pelos Estados-Membros (com a consequência de não ser justificado o exercício dessa competência). Segundo, a intenção do legislador comunitário não basta para demonstrar a observância do princípio da subsidiariedade. Este exige uma justificação razoável para a afirmação de que era necessária a actuação da Comunidade [38]. Isto tem de ser corroborado por algo mais do que o mero destaque dos benefícios decorrentes da acção comunitária. Implica também que sejam determinados os possíveis problemas ou custos que decorrem de deixar a resolução do problema aos Estados-Membros. Ao exigir isto, o Tribunal não está a substituir o juízo do legislador comunitário pelo seu, mas apenas a obrigá-lo a levar a sério o princípio da subsidiariedade.

31. Embora, como referido, houvesse uma clara actuação colectiva que justificava a actuação comunitária ao nível dos preços de venda por grosso, não parece haver nenhum argumento vigoroso e imediato a favor da harmonização dos preços de venda a retalho. Pelo contrário, como as demandantes argumentam, as autoridades reguladoras nacionais parecem estar em melhor posição para decidir da necessidade de controlos de preços (e, nesse caso, quais os preços) nos diferentes mercados nacionais. No entanto, a Comissão argumenta, nas suas observações escritas, que deixar a resolução desse problema aos Estados-Membros teria gerado distorções da concorrência porque diferentes operadores de comunicações móveis ficariam sujeitos,

37 — Regulamento sobre a itinerância, décimo sexto considerando.

38 — O Parlamento e o Conselho sublinham, nas respectivas observações, que a decisão de regular a nível comunitário foi apoiada pelos Estados-Membros, através do GRE. Pode argumentar-se que, quanto mais for contestada a necessidade da intervenção comunitária, mais difícil é ao legislador comunitário justificar essa acção. Por outro lado, mesmo o apoio unânime, no Conselho, de todos os Estados-Membros não deverá ser considerado decisivo para efeitos da apreciação da existência e do exercício de uma competência comunitária. Recorde-se que os Estados-Membros são representados no Conselho pelos respectivos governos nacionais. Por este motivo, o exercício de uma determinada competência a nível comunitário afecta o equilíbrio de poderes nacional dos Estados-Membros e os respectivos mecanismos de responsabilidade política. A interpretação e aplicação de normas de competência tem igualmente de levar em conta estes interesses.

em Estados-Membros diferentes, a limiares máximos de preços diferentes. Este argumento não pode ser acolhido. Existem diferenças de preços entre os Estados-Membros em quase todos os domínios. Essas diferenças de preços podem ou não acarretar vantagens concorrenciais para os operadores económicos de alguns Estados-Membros. Isso pode simplesmente significar que os preços variam de Estado-Membro para Estado-Membro. Neste aspecto, parece não haver nenhuma diferença clara relativamente ao mercado das chamadas nacionais, em que os operadores económicos também podem ficar sujeitos a limiares máximos de preços diferentes. Além disso, nem todas as vantagens concorrenciais podem ser necessariamente qualificadas de distorção da concorrência. O legislador comunitário teria de desenvolver um argumento para corroborar esta conclusão, mas não o fez [39].

32. Por outro lado, atendendo a que se pretendia que o regulamento sobre a itinerância expirasse três anos após a sua aprovação, o argumento de que a imposição atempada de preços máximos era necessária para garantir que os objectivos do regulamento eram alcançados tem um certo peso. Isto tem um nexo com um argumento a favor da eficiência legislativa. Atendendo à necessidade da intervenção comunitária ao nível dos preços de venda por grosso, poder-se-ia argumentar que seria mais expedito e mais adequado regular simultaneamente os preços de venda a retalho. Os preços de venda por grosso poderiam ser fixados em função dos preços de venda a retalho pretendidos e vice-versa e os consumidores poderiam ver imediatamente os resultados da intervenção comunitária.

33. No entanto, o argumento decisivo decorre da natureza transfronteiriça da actividade económica que se pretende regular. Mesmo que não haja um problema de actuação colectiva suficientemente significativo ao nível dos preços de venda a retalho, pode acreditar-se legitimamente que a Comunidade pode estar em melhor posição do que os Estados-Membros para resolver o problema dos preços de venda a retalho dos serviços de itinerância. Devido à natureza transfronteiriça da actividade económica em questão (a itinerância), a Comunidade pode estar mais disponível para resolver o problema e em melhor posição para ponderar todos os custos e benefícios, para o mercado interno, da acção pretendida.

34. É a própria natureza transfronteiriça da actividade económica que torna o legislador comunitário potencialmente mais apto para a regular, mesmo ao nível dos preços de venda a retalho. Dado que estava em causa a invocação de direitos conferidos pelo direito

39 — Nada disto deve ser confundido com o facto, acima apontado, de que os limiares máximos de preços podem impor restrições ao acesso aos mercados nacionais. O argumento das distorções da concorrência diz respeito à concorrência no mesmo mercado sob regras de preços diferentes, não ao facto de a imposição de determinados limiares máximos de preços num mercado nacional poder evitar que concorrentes provenientes de fora do Estado concorram com êxito (atendendo à qualidade superior ou aos preços inferiores dos produtos que potencialmente poderiam oferecer se não existissem os limiares máximos de preços em questão).

comunitário, o legislador comunitário poderá razoavelmente ter concluído que as entidades reguladoras nacionais poderão não ter dado a esses direitos o grau de prioridade que o legislador comunitário considerava necessário. De facto, como foi explicado em diferentes pontos das observações e na audiência, por diferentes partes, frequentemente os preços pelos serviços de itinerância são estabelecidos pelos operadores de comunicações móveis como parte de um pacote que inclui outros serviços como as comunicações nacionais. Além disso, a itinerância constitui uma pequena parte desses serviços e a procura da itinerância é inferior à das comunicações nacionais [40]. Pode esperar-se que os reguladores nacionais, ao regularem este mercado, se centrem nos custos e outros aspectos das comunicações nacionais e não nos custos da itinerância. Dada a natureza transfronteiriça da itinerância, é a Comunidade que tem especial interesse em proteger e promover essa actividade económica. Este é precisamente o tipo de situação em que o processo democrático nos Estados-Membros é susceptível de levar a uma falha na protecção das actividades trans fronteiriças [41]. Assim sendo, compreende-se a razão de ser da intervenção do legislador comunitário.

35. O legislador comunitário sugere, no essencial, que a questão dos preços de venda a retalho não poderia ter sido deferida para nível nacional, pois os 27 reguladores nacionais diferentes levariam demasiado tempo a introduzir um controlo efectivo dos preços de venda a retalho. Embora isso não seja mencionado no preâmbulo, pode defender-se também que o atraso por parte dos reguladores nacionais seria infinito. Os reguladores nacionais poderão não ter dado o mesmo destaque à resolução da questão dos custos da itinerância e à dos custos das comunicações nacionais. Dado que o regulamento sobre a itinerância actua no sentido de facilitar as actividades transfronteiriças e de auxiliar o funcionamento do mercado interno, através da garantia da adequada facilitação e protecção do exercício dos direitos de livre circulação conferidos pelo direito comunitário, era necessária uma actuação a nível comunitário para garantir que era dada a esses direitos a necessária prioridade.

36. Finalmente, como o Conselho nota, o estabelecimento de um limiar máximo para

40 — V., por exemplo, Posição Comum do GRE sobre a Análise Coordenada dos Mercados de Venda por Grosso de Serviços de Itinerância Internacional, de Junho de 2005, ponto 59 (em que se discute a procura); resposta do GRE, referida na nota 33, pontos 3.10 a 3.11 (em que se discute a possibilidade de as poupanças nos custos por grosso dos serviços de itinerância virem a ser utilizadas para reduzir os custos dos serviços nacionais).

41 — Alguns comentadores argumentam que a União Europeia retira a sua legitimidade democrática, em parte, da sua capacidade de proteger os operadores móveis cujos interesses não seriam adequadamente representados nos processos democráticos em determinados Estados-Membros. V., mais recentemente, Somek, A. — «The Argument from Transnational Effects I: Representing Outsiders Through Freedom of Movement», U. Iowa Legal Studies Research paper n.º 9-23, Maio de 2009.

os preços permite que as variações nacionais sejam levadas em conta para determinar os preços abaixo desse limiar. Como tal, o regulamento comunitário ainda deixa alguma margem para a intervenção dos Estados-Membros. À luz de todas as considerações supramencionadas, não se pode considerar que o regulamento comunitário viole o princípio da subsidiariedade.

C — *Proporcionalidade*

37. Quanto à questão da proporcionalidade, o Tribunal tem de apreciar se a decisão do legislador quanto à forma de resolver o problema dos elevados custos da itinerância era proporcionada face aos objectivos do artigo 95.º CE quanto ao estabelecimento do mercado interno e ao objectivo político da protecção do consumidor, quando ponderada com a perda de autonomia por parte dos Estados-Membros e com a interferência nos direitos das demandantes.

38. As autoras da acção de impugnação do regulamento sobre a itinerância argumentam que, ao estabelecer um limiar máximo para os preços em toda a Comunidade, o legislador comunitário foi além do necessário para alcançar o objectivo da redução dos preços da itinerância e, consequentemente, interferiu de forma injustificada nos direitos de propriedade das demandantes e no seu direito de exercer uma actividade comercial. Como a jurisprudência do Tribunal deixou claro em muitas ocasiões, o Tribunal, quando aprecia a proporcionalidade de decisões tomadas pelo legislador, tem de lhe dar uma margem de discricionariedade. Neste sentido, em princípio e nestes domínios, «a fiscalização jurisdicional do exercício da [...] competência [do legislador] deve limitar-se a examinar se [aquele] está viciado por erro de apreciação manifesto ou por desvio de poder ou se o legislador [...] ultrapassou manifestamente os limites do seu poder de apreciação» [42]. É verdade que os controlos de preços são uma das formas mais invasivas de intervenção no mercado e constituem uma limitação particularmente forte aos direitos de propriedade e à liberdade de iniciativa económica. A decisão de os estabelecer não pode ser tomada levianamente pelo legislador. Contudo, não parece que o legislador comunitário o tenha feito no caso vertente.

39. Em primeiro lugar, o legislador comunitário parece ter decidido apenas intervir em último recurso. No relatório de avaliação do impacto são explicadas em detalhe as medidas tomadas pela Comissão na tentativa de reduzir os preços da itinerância, incluindo investigações de concorrência, iniciativas de transparência, acções de regulação no âmbito do anterior quadro regulamentar e pressão política [43]. A Comissão emitiu avisos de que haveria lugar a acções de regulação se os

42 — Acórdão de 2 de Abril de 1998, Norbrook Laboratories (C-127/95, Colect., p. I-1531, n.os 89 e 90).

43 — Avaliação do impacto das opções de política respeitantes à Proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo ao *roaming* nas redes públicas móveis da Comunidade, COM(2006) 382 final, de 12 de Julho de 2006, p. 27.

preços «não se deslocassem substancialmente para um nível orientado para o mercado», mas em vão [44]. Nesse relatório, foram também compiladas extensas informações sobre os preços da itinerância, que mostravam que «os preços de retalho [da itinerância] eram muito elevados, sem justificação clara», que estavam a ser aplicadas «margens de lucro muito elevadas» e que, frequentemente, as reduções nos preços de venda por grosso não eram repercutidas nos consumidores de retalho [45]. Nesse relatório, constatou-se que os operadores tinham margens de lucro, nas vendas de serviços a retalho, superiores a 200% para chamadas feitas em itinerância e de perto de 300% ou 400% para chamadas recebidas em itinerância [46] e que os preços apresentavam grandes variações que não podiam ser explicadas pelos custos subjacentes. Com base nas informações disponíveis, concluía-se, no relatório, que os preços de venda a retalho do serviço de itinerância «não têm um nexo significativo com os custos subjacentes à prestação do serviço» [47] e que não havia motivos para crer que as reduções nos preços de venda por grosso levariam a reduções nos preços de venda a retalho [48].

40. A abordagem adoptada para a regulação também não parece desrazoável face aos elementos de provas contraditórios apresentados pelas partes sobre a questão de saber se a forma de intervenção adoptada pelo legislador comunitário era necessária. Por exemplo, aqueles que se pronunciaram a favor da validade do regulamento apontaram as conclusões do Grupo de Reguladores Europeus de que os preços dos serviços de itinerância eram excessivos e de que poderia ser necessário o controlo dos preços de venda a retalho se as forças de mercado se revelassem insuficientes para assegurar a redução dos preços [49]. Por outro lado, a Vodafone observou que esse mesmo grupo defendeu que, inicialmente, devia ser adoptada uma abordagem flexível que levasse em conta as circunstâncias nacionais [50]. Contudo, o legislador comunitário não é obrigado a seguir todos os conselhos desses grupos de peritos. O Grupo de Reguladores Europeus declarou que existem elevadas margens de lucro nas vendas a retalho [51] e que era provável que as reduções nos preços de venda por grosso fossem repercutidas nos utilizadores como descontos nos preços dos serviços nacionais [52], solução que, como acima se referiu na análise da opção da regulação a nível nacional, não satisfaria os direitos comunitários em causa. As comunicações transfronteiriças continuariam a ser «discriminadas». Além disso, o Grupo de Reguladores Europeus apenas sugeriu que o legislador comunitário deveria esperar para ver se as forças do mercado obrigariam à redução dos preços de venda a retalho. Em face das abundantes provas de que as reduções nos preços de venda por grosso não eram repercutidas nos utilizadores a retalho [53], o

44 — Observações de Viviane Reding ao Grupo de Reguladores Europeus «Towards a True Internal Market for Electronic Communications [Para um verdadeiro mercado interno das comunicações electrónicas]», Paris, 8 de Fevereiro de 2006, p. 5; v., também, avaliação do impacto, referida na nota 43, p. 12.

45 — Avaliação do impacto, referida na nota 43, p. 12.

46 — *Ibidem,* pp. 6 e 47.

47 — *Ibidem*, p. 17.

48 — *Ibidem*, p. 48.

49 — Resposta do GRE, referida na nota 33, pp. 1 e 2.

50 — *Ibidem,* p. 2.

51 — *Ibidem*, ponto 2.6.

52 — *Ibidem,* pontos 3.10 e 3.11.

53 — V., por exemplo, avaliação do impacto, referida na nota 43. A GSM argumenta que, na avaliação do impacto não foram adequadamente levadas em conta recentes reduções dos preços de venda a retalho. Porém, na avaliação do impacto reconheceu-se que tinham sido anunciadas reduções de preços significativas, mas observou-se que a Vodafone, a T-Mobile, a Telefónica O2 e a Orange tinham anunciado as baixas nos preços na semana final do período de consulta para efeitos de avaliação do impacto e concluiu-se que as baixas se deviam à ameaça da regulação e não às forças do mercado (avaliação do impacto, pp. 10 e 27). Além disso, a redução nos preços de venda a retalho era pequena quando considerada à luz dos lucros de 400% nas vendas a retalho, como referido no primeiro considerando do regulamento sobre a itinerância.

legislador comunitário não era obrigado a adoptar essa abordagem de esperar para ver. Como a Comissão argumentou, e o próprio Grupo de Reguladores Europeus reconheceu, a tempestividade era um factor importante a levar em conta e, tendo isso presente, além da clara conclusão de que os preços cobrados pela itinerância eram excessivos, a decisão de regular os preços entrava no âmbito das opções razoavelmente ao alcance do legislador.

41. Além disso, a utilização, pelo legislador comunitário, dos controlos de preços não é uma regulação a longo prazo dos preços de mercado, mas uma tentativa de baixar os preços (e, possivelmente, desencadear uma concorrência eficaz) em resposta a preços artificialmente concentrados devido a uma falha no mercado que as normas de concorrência não estavam em situação de resolver. Isto é ilustrado no quinto, sexto e nono considerandos do regulamento sobre a itinerância, em que se analisa o facto de o Grupo de Reguladores Europeus ter lutado para resolver a questão dos preços elevados através das normas sobre concorrência em vigor, e no vigésimo oitavo considerando, em que se sublinha que o regulamento deve encorajar as ofertas inovadoras aos clientes dos serviços de itinerância a preços inferiores aos preços máximos permitidos. Ao limitar a vigência do regulamento a três anos, o legislador comunitário limitou ainda o alcance da interferência destes controlos no mercado e permitiu que fosse dada ao mercado «uma segunda oportunidade» para corrigir esta falha.

42. Embora os controlos de preços tenham sempre de ser avaliados cuidadosamente, devido à natureza extrema do seu impacto no mercado, a duração limitada desses controlos e o seu objectivo de corrigir uma falha do mercado que as normas de concorrência não estavam em situação de resolver tornam-nos mais fáceis de aceitar no caso vertente. Além disso, a existência de uma norma de caducidade reduz o impacto desses controlos nos direitos dos operadores económicos. Normas desse tipo garantem que o legislador reavaliará periodicamente as suas intervenções em áreas, como a itinerância, que estão a sofrer rápidas mudanças sociais e económicas [54]. Se o legislador comunitário decidisse alargar os controlos de preços ou torná-los

54 — A necessidade de uma revisão periódica das opções do legislador comunitário neste mercado em rápido desenvolvimento é expressa claramente na própria directiva-quadro [Directiva 2002/21/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março de 2002, relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações electrónicas (directiva-quadro) (JO L 108, p. 33). O vigésimo sétimo considerando da directiva-quadro, que analisa as regras *ex ante* concebidas para garantir o desenvolvimento de mercados de comunicações concorrenciais, declara que «[a] Comissão deverá rever as linhas de orientação regularmente, a fim de garantir que continuem a adequar-se a um mercado em rápida evolução».

permanentes, essa decisão teria de ser proporcionada e seria necessário apresentar fundamentos adicionais para a justificar.

43. A Vodafone observou também que, na sequência da aprovação do regulamento, os preços dos serviços de itinerância se concentraram à roda do limite máximo e afirmou que isso provava que o regulamento sufocou a concorrência nessa área. Porém, também se pode considerar que a concentração dos preços dessa forma prova a falta de concorrência nos preços da itinerância, corroborando a conclusão de que os preços mais elevados anteriores teriam subsistido se o legislador não tivesse intervindo. Consequentemente, à luz de todo o exposto, não se pode afirmar que a opção do legislador era manifestamente errada e que, por isso, implicava uma interferência injustificável nos direitos das demandantes.

44. A apreciação da proporcionalidade exige também que o Tribunal considere que a maior capacidade da Comunidade de alcançar os objectivos da legislação relevante é susceptível de justificar a perda de autonomia por parte dos Estados-Membros que a abordagem escolhida pelo legislador acarreta [55]. As alegações das partes quanto a esta questão foram relativamente escassas. É evidente que o estabelecimento de um preço máximo para toda a Comunidade reduz, de facto, a autonomia das instituições reguladoras dos Estados-Membros. Porém, dado o apoio quase unânime das entidades competentes dos Estados-Membros à introdução do regulamento em questão, esse argumento perde alguma força e, atendendo ao âmbito limitado das regras em questão (os serviços de itinerância), à margem de discricionariedade que o Tribunal concede ao legislador nessas matérias e a que as partes não apresentaram argumentos fundamentados no sentido contrário, não se pode dizer que o regulamento seja desproporcionado quanto a este aspecto.

55 — Embora os recentes acórdãos do Tribunal se tenham concentrado na proporcionalidade da legislação comunitária face aos seus objectivos substantivos, como sucedeu no acórdão Swedish Match, referido na nota 15, também deve ser considerada a proporcionalidade face ao impacto na autonomia do Estado-Membro. Quanto a esta questão, v. Kumm, M. — «Constitutionalising Subsidiarity in Integrated Markets: The Case of Tobacco Regulation in the European Union», *European Law Journal*, vol. 12, n.º 4, Julho de 2006, pp. 522 a 524. O advogado-geral N. Fennelly também argumentou, embora com fundamentos diferentes, que, ao contrário dos objectivos do mercado interno, objectivos substantivos como a promoção da saúde não podem, por si só, ser utilizados para cumprir a proporcionalidade (v. n.º 149 das conclusões no processo Imperial Tobacco e o., acórdão de 5 de Outubro de 2000, C-74/99, Colect., p. I-8599).

## II — Conclusão

45. Pelo exposto, proponho ao Tribunal que responda da seguinte forma às questões submetidas pelo tribunal nacional:

«A apreciação das questões submetidas pela High Court of Justice of England and Wales, Queen's Bench Division (Administrative Court), não revelou nenhum factor susceptível de afectar a validade do Regulamento (CE) n.º 717/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Junho de 2007, relativo à itinerância nas redes telefónicas móveis públicas da Comunidade e que altera a Directiva 2002/21/CE.»