CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL GIUSEPPE TESAURO

apresentadas em 14 de Julho de 1993 *

Senhor Presidente,
Senhores Juízes,

1. Tendo sido objecto de vários acórdãos nos últimos anos, sempre na sequência de reenvio prejudicial, o problema da compatibilidade de regulamentações estatais que respeitam à actividade económica das empresas privadas com os artigos 3.°, alínea f), 5.°, segundo parágrafo, e 85.°, n.° 1, do Tratado, continua a suscitar grande interesse em razão dos princípios que envolve.

As questões colocadas pelo Kammergericht Berlin (processo C-2/91) e pelo Arrondissementsrechtbank Arnhem (processo C-245/91), que recolocam o problema a propósito de duas regulamentações nacionais, respectivamente alemã e neerlandesa, que proíbem as empresas de seguros e os intermediários de concederem quaisquer tipo de bonificações especiais, oferecem ao Tribunal de Justiça a oportunidade de fornecer outros esclarecimentos a este respeito; particularmente, quanto à ligação que deve existir (e, eventualmente, quanto à própria necessidade de tal ligação) entre medidas estatais do tipo das ora em causa e comportamentos de particulares para que se possa concluir pela incompatibilidade das primeiras com as disposições comunitárias relevantes em matéria de concorrência.

2. Relembraremos, desde logo, o contexto normativo nacional do processo C-2/91, chamando a atenção para o facto de que, se bem que a proibição de ceder a comissão esteja actualmente em vigor para todos os ramos de seguros [1], a questão formulada pelo juiz do reenvio respeita unicamente aos sectores dos seguros de *doença* e de *assistência jurídica*.

No que respeita aos seguros de *doença*, a proibição em questão foi imposta pelo regulamento de 5 de Junho de 1934 do Reichsaufsichtsamt für Privatversicherung (serviço alemão de controlo de seguros privados); no que respeita aos seguros de *assistência jurídica*, esta proibição foi inicialmente introduzida pelo regulamento de 24 de Janeiro de 1967 e, posteriormente, confirmada pelo regulamento de 17 de Agosto de 1982 do Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen (serviço federal de controlo de seguros), relativo a todo o sector de seguros de responsabilidade civil. Necessário se torna ainda referir que, enquanto o regulamento de 1934 se limita a proibir a concessão de «bonificações especiais sob qualquer forma», o regulamento de 1982 especifica que é proibida «qualquer vantagem, directa ou indirecta, concedida para além dos serviços resultantes do contrato de seguro, nomeadamente qualquer cessão de comissão».

* Língua original: italiano.

1 — As três medidas em vigor a este respeito são: o decreto de 8 de Março de 1934 relativo ao ramo vida e que revogou e substituiu um decreto de 10 de Agosto de 1923; o decreto de 5 de Junho de 1934 relativo ao seguro de doença; por fim, o regulamento de 17 de Agosto de 1982 relativo a todos os seguros de responsabilidade civil e que, portanto, revogou e substituiu todos os decretos anteriores adoptados para os sectores específicos: o seguro de acidentes e responsabilidade civil (decreto de 14 de Maio de 1924), seguro de bens (decreto de 8 de Março de 1934) e seguro de assistência jurídica (decreto de 24 de Janeiro de 1967).

As referidas disposições baseiam-se no § 81, n.° 2, terceiro período, da Versicherungsaufsichtsgesetz (lei sobre o controlo dos seguros, a seguir «VAG») de 6 de Junho de 1931, antigo § 64 da Gesetz über die privaten Versicherungsunternehmen (lei sobre as companhias de seguros privadas) de 12 de Maio de 1901. Esta disposição, nos termos da qual a autoridade competente «pode, de uma maneira geral ou apenas para alguns sectores de seguros, proibir as companhias de seguros e os intermediários de seguros de conceder bonificações especiais sob qualquer forma», foi introduzida na lei de 1901 através de uma lei de alterações de 19 de Julho de 1923, e depois reproduzida na VAG de 1931. Acrescente-se que a violação das medidas adoptadas em execução da referida disposição é punível com multas, nos termos do § 144-A, n.° 1, ponto 2, da VAG.

A autoridade de controlo competente fez uso da faculdade que lhe é concedida pelo referido § 81.° desde 10 de Agosto de 1923, ou seja, imediatamente após a entrada em vigor desta disposição, adoptando a proibição em questão para o sector dos seguros de vida

3. É oportuno salientar que já anteriormente haviam sido celebrados, entre as empresas de seguros operando no *ramo vida*, acordos de conteúdo análogo às medidas estatais em questão no presente processo. Em particular, cabe referir o acordo de Heidelberg de 1900, celebrado entre as quatro mais importantes empresas do sector; o acordo «antidesconto» de 1911, no qual participaram a maioria das empresas de seguros (sempre do ramo vida); e, por fim, as «directivas» de 1919, com base nas quais as empresas em questão apresentaram ao governo um verdadeiro projecto de lei, que culminou na já referida alteração da VAG de Julho de 1923 e na adopção ulterior do supracitado decreto de 10 de Agosto do mesmo ano.

Para ser completo, cumpre recordar ainda o «Wiesbadener Vereinigung» de 1978, acordo celebrado pelos representantes das associações de todos os sectores de seguros. Tal como resulta também da decisão do Amtsgericht Tiergarten, esse acordo estabelece a proibição de ceder, no todo ou em parte, a comissão para todos os tipos de seguros. Trata-se, portanto, de um acordo em que participam todas as companhias de seguros e que impõe a proibição em apreço a todos os intermediários, incluindo os independentes. Esse acordo é, todavia, *posterior* à adopção das medidas estatais que estão na base do presente processo.

4. Debrucemo-nos sobre o processo C-245/91, no qual é objecto de discussão uma regulamentação cujo conteúdo é substancialmente análogo ao das medidas alemãs que acabamos de referir. O artigo 16.°, n.° 1, da Wet Assurantiebemiddelingsbedrijf de 7 de Fevereiro de 1991 (lei sobre as actividades das agências de seguros, a seguir «WABB»), que retomou, em substância, o conteúdo do artigo 16.° da Wet Assurantiebemiddeling de 1952 (lei sobre as agências de seguros, a seguir «WAB»), prevê, com efeito, que, «nos contratos de seguros, é proibido conceder, ceder ou prometer, directa ou indirectamente, comissões, a retrocessão de comissões ou qualquer outra vantagem quantificável em dinheiro, a pessoas distintas do intermediário a quem pertence a carteira de seguros». A

violação desta disposição é punível com pena de prisão e multa, por força da Wet op de economischen delicten (lei sobre as infracções económicas).

5. Os factos que integram a matéria de facto objecto dos processos principais são simples e incontestados. W. Meng (processo C-2/91), agente financeiro independente, é acusado de ter violado a regulamentação pertinente ao ter entregue aos seus clientes a comissão que recebeu das companhias de seguros por seis contratos, dos quais três respeitam a seguros de doença e três a seguros de assistência jurídica. A companhia OHRA (processo C-245/91) foi, por seu turno, criminalmente processada por ter prometido e/ou oferecido cartões de crédito aos segurados.

Perante as respectivas jurisdições nacionais, tanto W. Meng como OHRA alegaram a ilegalidade das medidas nacionais em questão na perspectiva das regras comunitárias sobre a concorrência. O Kammergericht e o Arrondissementsrechtbank consideraram, por conseguinte, útil proceder a um reenvio para o Tribunal, solicitando-lhe que se pronuncie, fundamentalmente, sobre a compatibilidade das medidas em causa com os artigos 3.°, alínea f), 5.°, segundo parágrafo, e 85.°, n.° 1, do Tratado. O órgão jurisdicional neerlandês perguntou ainda se a resposta a esta questão é diferente consoante a proibição de conceder bonificações quantificáveis em dinheiro se refira exclusivamente aos intermediários, ou também aos seguradores que colaborem com os intermediários, ou também aos seguradores que contratem directamente com os segurados (os denominados «direct writers»).

6. As questões colocadas têm a ver, pois, com a problemática das relações entre as disposições comunitárias sobre a concorrência e as regulamentações nacionais relativas ao exercício das actividades económicas das empresas, regulamentações que foram adoptadas — em princípio — com objectivos de interesse geral, mas que, no entanto, produzem um efeito anticoncorrencial. Poderão as primeiras constituir obstáculo à aplicação das segundas? E, em caso afirmativo, em que condições?

A este respeito, o Tribunal, por um lado, sempre afirmou que as regulamentações nacionais que disciplinam o exercício da actividade económica das empresas se situam fora do âmbito de aplicação material dos artigos 85.° e 86.° Com efeito, estes últimos (*ratione personae*) não têm por destinatários os Estados-membros, mas sim as empresas e (*ratione materiae*) visam proteger a livre concorrência e não limitar as prerrogativas dos Estados-membros em matéria de política económica, prerrogativas essas que decorrem, neste caso, de outras disposições do Tratado.

Por outro lado, o Tribunal afirmou reiteradamente que «os artigos 85.° e 86.°, lidos em conjugação com o artigo 5.° do Tratado, impõem aos Estados-membros que não tomem ou mantenham em vigor medidas, mesmo de natureza legislativa ou regulamentar, susceptíveis de eliminar o efeito útil das regras de concorrência aplicáveis às empresas» [2].

As duas afirmações são perfeitamente coerentes entre si. Com efeito, se é verdade que os artigos 85.° e 86.° respeitam aos comportamentos anticoncorrenciais das empresas, não é menos verdade que os Estados-membros não devem permitir a essas empresas subtraírem-se às proibições

2 — V., em último lugar, o acórdão de 25 de Fevereiro de 1991, Marchandise e o. (C-322/89, Colect., p. I-1027, n.° 22).

previstas por esses artigos, oferecendo-lhes a protecção de uma regulamentação estatal. Caso contrário, os artigos 85.° e 86.° ficariam vazios de conteúdo: *é, pois, obrigação dos Estados-membros não prejudicar o efeito útil das regras de concorrência aplicáveis às empresas.*

7. Se este princípio é muito claro na sua formulação, o mesmo não é possível dizer relativamente ao conteúdo da obrigação e aos critérios a utilizar na determinação dos casos de infracção. Por outras palavras, quais as «medidas» susceptíveis de eliminar o efeito útil do artigo 85.°? Como se concretiza o critério de efeito útil?

Com a finalidade de resolver este problema, parece-nos oportuno relembrar desde logo os elementos essenciais da jurisprudência nesta matéria, relativa, portanto, à aplicação das regras do Tratado sobre a concorrência às medidas estatais que, não fazendo parte da regulamentação sobre a concorrência [3], não obstante produzem efeitos a nível concorrencial [4].

3 — É óbvio que eventuais conflitos entre o direito comunitário e o direito nacional da concorrência serão regulados mediante a aplicação do princípio do primado do direito comunitário (v. o célebre acórdão de 13 de Fevereiro de 1969, Wilhelm, 14/68, Colect. 1969-1970, p. 1, assim como o acórdão de 10 de Julho de 1980, Giry e Guerlain (253/78 e 1/79 a 3/79, Recueil, p. 2327), no qual o Tribunal reafirmou que «a aplicação paralela do direito nacional da concorrência apenas pode ser admitida na medida em que não prejudique a aplicação uniforme, em todo o mercado comum, das normas comunitárias em matéria de acordos e o efeito pleno dos actos adoptados em aplicação dessas normas» (n.° 16).

4 — Uma definição tão ampla abrange, sem dúvida, todo o tipo de regulamentações estatais: poderão, assim, ser considerados tanto todos os actos, legislativos ou não, de direito administrativo, que regulam no interesse geral a actividade das empresas e, nomeadamente, as medidas de regulação dos mercados, incluindo os regimes de preços e tarifas, as medidas em matéria de ambiente, de política económica e monetária, etc., como as regulamentações fiscais, do trabalho, de segurança social, etc.

Quadro jurisprudencial

8. Como se sabe, o Tribunal inaugurou a jurisprudência na matéria com o acórdão INNO/ATAB [5], no qual a discussão se centrava numa disposição belga que impunha aos retalhistas, aquando da venda de tabacos manufacturados, o respeito do preço inscrito na estampilha fiscal, que correspondia ao preço de venda fixado pelo fabricante ou pelo importador [6].

Relembrando que, por força do artigo 5.°, segundo parágrafo, «os Estados-membros abster-se-ão de tomar quaisquer medidas susceptíveis de pôr em perigo a realização dos objectivos do presente Tratado», o Tribunal especificou que, «se é verdade que o artigo 86.° é dirigido às empresas, não é menos verdade que o Tratado impõe aos Estados-membros que não adoptem ou mantenham em vigor medidas susceptíveis de eliminar o efeito útil dessa disposição» (n.° 31);

5 — Acórdão de 16 de Novembro de 1977, 13/77, Colect., p. 753. Importa, todavia, referir que o Tribunal já havia sido confrontado com esta problemática no processo Deutsche Grammophon, decidida por acórdão de 8 de Junho de 1971 (78/70, Colect., p. 183). Chamado a pronunciar-se sobre a compatibilidade de uma regulamentação nacional relativa aos direitos de autor com os artigos 5.°, segundo parágrafo, e 85.°, n.° 1, o Tribunal limitou-se, no entanto, a afirmar que, no caso de o exercício do direito exclusivo em questão «escapar aos elementos contratuais ou de concertação previstos por esta disposição, a resposta à questão suscitada levaria a examinar se o exercício do direito de protecção em causa é compatível com outras disposições do Tratado, relativas designadamente à livre circulação de mercadorias» (n.° 7).

6 — Recordamos que, nesse processo, a empresa INNO, reivindicando o direito de não se sujeitar, aquando da venda a retalho, a um preço imposto, na realidade fixado pelos fabricantes e importadores de tabacos, tinha insistido no facto de a regulamentação nacional sobre preços fixos só aparentemente constituir parte integrante de um sistema fiscal, uma vez que, na verdade, devia ser analisada como uma regulamentação nacional sobre a concorrência, que proporcionava cobertura legal a um acordo. A INNO concluía, consequentemente, que naquele caso se deveria considerar ilegal que um Estado-membro pudesse «obrigar as empresas privadas a adoptar um comportamento que, na ausência de uma medida estatal, era contrário ao artigo 85.° ou 86.°».

chegou, assim, à conclusão de que «os Estados-membros não podem adoptar medidas que permitam às empresas privadas furtarem-se às obrigações impostas pelos artigos 85.° a 94.° do Tratado (n.° 33)».

No caso em apreço, o Tribunal não retirou qualquer consequência desta afirmação de princípio, na medida em que considerou que, «de qualquer modo, uma medida nacional que tenha por efeito facilitar a exploração abusiva de uma posição dominante susceptível de afectar o comércio entre Estados-membros, será normalmente incompatível com os artigos 30.° e 34.° que proíbem as restrições quantitativas à importação e à exportação, bem como qualquer medida de efeito equivalente» (n.° 35).

9. No acórdão em questão, o Tribunal equiparou, pois, o critério do efeito útil à obrigação dos Estados-membros de não tomarem medidas que permitam às empresas subtrair-se às proibições enunciadas nos artigos 85.° e 86.° Ora, a afirmação deste princípio não pode abstrair dos factos da causa, dos quais resulta claramente que a adopção da medida controvertida havia sido precedida de acordos contrários ao artigo 85.° e era devida à iniciativa de um parlamentar que exercia ao mesmo tempo as funções de secretário de uma das associações que subscreveu o acordo. A necessidade de não comprometer o efeito útil das regras de concorrência, adoptando disposições que permitem às empresas escapar às proibições enunciadas nos artigos 85.° e 86.°, deve, portanto, ser entendida neste contexto.

Os princípios afirmados no acórdão INNO, que suscitaram um aceso debate doutrinal, deixaram subsistir dúvidas quanto à questão de saber se a) o efeito útil só é posto em causa a partir do momento em que as empresas adoptam um comportamento que está na origem da medida estatal controvertida ou que é uma sua consequência (de modo que, nomeadamente, a génese da medida em questão ou o facto de esta ter favorecido a formação de um acordo eram importantes); ou se b) o efeito útil é posto em causa sempre que a medida estatal tenha podido ser objecto de um acordo que, em si mesmo, era incompatível com o artigo 85.°, n.° 1, (isto é, *quando as empresas se encontram numa situação* em que não se teriam podido colocar sozinhas sem violar o disposto no artigo 85.°).

10. A jurisprudência imediatamente posterior ao acórdão INNO/ATAB parece confirmar a primeira hipótese. Com efeito, o Tribunal, por diversas vezes chamado a pronunciar-se a propósito de legislações *nacionais relativas, nomeadamente, ao regime* de preços e tarifas, considerou que estas não colocavam nenhum problema de compatibilidade com os artigos 5.° e 85.° do Tratado [7] e que a sua análise deveria ser feita sob o prisma do artigo 30.°

A este respeito, convém sobretudo recordar o acórdão van de Haar [8], no qual se discutia uma regulamentação nacional idêntica à disposição belga que tinha dado lugar ao processo INNO/ATAB. Nesse acórdão, o Tribunal afirmou, todavia, que, «se é verdade que os Estados-membros não podem adoptar

7 — A este propósito, referimos o acórdão de 24 de Janeiro de 1978, van Tigelle (82/77, Recueil, p. 25) (regime de preços mínimos); o acórdão de 18 de Outubro de 1979, Buys (5/79, Recueil, p. 3203) (regime de congelamento dos preços); acórdão de 29 de Novembro de 1983, Roussel (181/82, Recueil, p. 3849) (regime de preços fixos); acórdão de 7 de Fevereiro de 1984, Duphar (238/82, Recueil, p. 523) (regime de reembolso dos medicamentos pelos organismos da segurança social).

8 — Acórdão de 5 de Abril de 1984, 177/82 e 178/82 (Recueil, p. 1797). Em sentido análogo, v. acórdão de 2 de Julho de 1987, Lefèvre (188/86, Colect., p. 2963) (regime de controlo dos preços de venda a retalho da carne bovina).

medidas que permitam às empresas privadas subtrair-se às obrigações impostas pelo artigo 85.° do Tratado, as disposições deste artigo fazem, contudo, parte das regras de concorrência 'aplicáveis às empresas', destinando-se, portanto, a reger o comportamento das empresas privadas no mercado comum. Desde logo, não serão consideradas para efeitos de apreciação da conformidade com o direito comunitário de uma legislação do tipo da que está em causa nos processos principais» (n.° 24).

Resulta, portanto, do acórdão van de Haar, interpretado à luz dos princípios enunciados no acórdão INNO/ATAB, que a apreciação das medidas estatais na perspectiva dos artigos 5.°, 3.°, alínea f), e 85.°, n.° 1, depende da conexão que essas medidas apresentem com os comportamentos anticoncorrenciais imputáveis às empresas.

11. A jurisprudência ulterior parece, pelo menos à primeira vista, desenvolver duas orientações diferentes.

Uma primeira corrente jurisprudencial, que confirma a necessidade da existência de um nexo — e especifica a natureza desse nexo — entre a medida estatal e o comportamento anticoncorrencial das empresas, compreende os acórdão BNIC/Clair [9] e BNIC/Aubert [10], «Nouvelles Frontières» [11] e Ahmed Saeed [12], bem como o acórdão Vlaamse Reisbureaus [13]. Trata-se, aliás, dos únicos acórdãos em que o Tribunal, baseando-se no artigo 5.°, segundo parágrafo, lido em conjugação com os artigos 3.°, alínea f), e 85.°, n.° 1, concluiu pela ilegalidade das medidas em causa.

12. No acórdão BNIC/Clair, o Tribunal, pronunciando-se sobre uma regulamentação nacional que aplicava um acordo celebrado no seio de um organismo interprofissional a outros operadores do sector, considerou que esse acordo constituia um acordo entre empresas ou associações de empresas e que a existência de um acto da autoridade pública, destinado a conferir-lhe um efeito obrigatório para terceiros, «não poderia subtraí-lo à aplicação do artigo 85.°, n.° 1» (n.° 23).

Consequentemente, o Tribunal, não se pronunciando expressamente sobre a medida estatal em causa, limitou-se a constatar que o acordo em questão continuava sujeito às proibições enunciadas no artigo 85.°, n.° 1.

13. O destino reservado às medidas estatais que alargam os efeitos de um acordo a terceiros é especificado no acórdão «Nouvelles Frontières», no qual o Tribunal sublinhou que a obrigação imposta aos Estados-membros de não tomar ou manter em vigor medidas susceptíveis de eliminar o efeito útil das regras de concorrência é violada, nomeadamente, «quando um Estado-membro impõe ou favorece o estabelecimento de acordos, decisões e práticas concertadas contrários ao artigo 85.°, ou lhes reforça os efeitos» [14] (n.° 72).

9 — Acórdão de 30 de Janeiro de 1985, 123/83, Recueil, p. 391.

10 — Acórdão de 3 de Dezembro de 1987, 136/86, Colect., p. 4789.

11 — Acórdão de 30 de Abril de 1986, Asjes e o. (209/84 a 213/84, Colect., p. 1425).

12 — Acórdão de 11 de Abril de 1989, 66/86, Colect., p. 803.

13 — Acórdão de 1 de Outubro de 1987, 311/85, Colect., p. 3801.

14 — No acórdão posterior BNIC/Aubert de 3 de Dezembro de 1987 — respeitante a um caso muito análogo ao que esteve na origem do acórdão BNIC/Clair, já referido —, após ter reafirmado que o acordo entre empresas continuava submetido às proibições enunciadas no artigo 85.°, n.° 1, o Tribunal especificou que a medida estatal que alarga o efeito obrigatório deste acordo a terceiros é incompatível com os artigos 5.° e 85.°

O Tribunal chegou, assim, à conclusão de que «é contrária às obrigações impostas aos Estados-membros pelo artigo 5.° do Tratado CEE, conjugado com os artigos 3.°, alínea f), e 85.°, especialmente com o seu n.° 1, do mesmo Tratado, a homologação de tarifas aéreas, reforçando assim os seus efeitos, quando... for constatado... que essas tarifas resultam de um acordo, de uma decisão de associação de empresas ou de uma prática concertada contrária ao artigo 85.°» [15] (n.° 77).

14. O processo Vlaamse Reisbureaus, cujo litígio se reportava a uma regulamentação nacional que proibia às agências de viagens ceder aos clientes uma parte ou a totalidade da comissão que lhe cabia, merece uma atenção especial. Após ter constatado a existência de um sistema de acordos cujo conteúdo havia sido adoptado pela regulamentação controvertida, o Tribunal considerou que a transformação de uma obrigação puramente contratual numa obrigação legal tinha por efeito reforçar os acordos já existentes.

A novidade deste acórdão reside no facto de o Tribunal ter deixado de exigir que o acordo e a medida estatal coexistam no momento do litígio. Com efeito, neste caso, não ficou de modo algum provado que o acordo, celebrado em 1963, estivesse ainda em vigor no momento do litígio. O Tribunal considerou, no entanto, suficiente que o acordo tenha estado na origem da medida em questão: é o que confirmava a própria letra do decreto real de 1966, que previa que o agente de viagens devia «respeitar a *convencionada* proibição de partilhar com os clientes as comissões recebidas».

Ainda que se refira expressamente ao caso de uma medida que reforça os efeitos de um acordo, o Tribunal parece, no entanto, ter reconhecido que o efeito útil do artigo 85.° fica igualmente comprometido quando a medida estatal, adoptando o conteúdo do acordo, se substitui a este, codificando-o. Nesse sentido, pode igualmente falar-se de uma medida que, pelo facto de se substituir aos acordos precedentes, tornou inúteis comportamentos anticoncorrenciais autónomos dos operadores interessados.

15. Esta última afirmação estabelece, por assim dizer, uma ponte com a outra corrente que podemos encontrar na jurisprudência do Tribunal, corrente esta que, reclamando-se do acórdão INNO/ATAB, abstraía, segundo certos comentadores, de qualquer comportamento anticoncorrencial das empresas.

Fazemos alusão ao acórdão Leclerc-livros, de 10 de Janeiro de 1985 [16], versando sobre uma lei nacional que conferia aos editores ou importadores de livros a responsabilidade de fixarem livremente os preços obrigatórios para o comércio a retalho.

Considerando que a medida controvertida não pretendia impor a celebração de acordos entre editores e retalhistas ou outros comportamentos proibidos pelo artigo 85.°, n.° 1, o Tribunal questionou-se sobre se «uma legislação nacional que torna inúteis comportamentos de empresas do tipo dos proibidos

15 — O Tribunal pronunciou-se sobre a mesma matéria no acórdão de 11 de Abril de 1989, Ahmed Saeed, já referido, no qual confirmou que «a homologação, pelas autoridades aeronáuticas, de acordos tarifários contrários ao artigo 85.°, n.° 1, não é compatível com o direito comunitário, nomeadamente com o artigo 5.° do Tratado. Daí resulta igualmente que as autoridades aeronáuticas devem abster-se de qualquer medida que possa ser considerada um encorajamento das companhias aéreas à conclusão de acordos tarifários contrários ao Tratado» (n.° 49).

16 — Processo 229/83, Recueil, p. 1.

pelo artigo 85.°, n.° 1, ao conferir aos editores ou importadores de livros a responsabilidade de fixar livremente os preços obrigatórios no estádio do comércio a retalho, atenta contra o efeito útil do artigo 85.° e é, por consequência, contrária ao artigo 5.°, segundo parágrafo, do Tratado» (n.° 15).

O Tribunal interrogou-se, pois, não avançando qualquer solução, sobre se o efeito útil das regras de concorrência é igualmente comprometido no caso de uma medida nacional — medida que, neste caso, produzia efeitos análogos aos que anteriormente resultavam de um conjunto de acordos entre os operadores económicos do sector — que confere aos operadores interessados a incumbência de estabelecer preços fixos para a venda a retalho, tornando, assim, inúteis comportamentos anticoncorrenciais do tipo proibido pelo artigo 85.°, n.° 1.

16. Uma primeira resposta a esta questão pode já ser encontrada no acórdão Leclerc-carburantes de 29 de Janeiro de 1985 [17]. Com efeito, nesse acórdão, após ter referido que a regulamentação em causa «não pretende impor a celebração de acordos entre fornecedores e retalhistas ou outros comportamentos, como os previstos no artigo 85.°, n.° 1, do Tratado», o Tribunal sublinhou em seguida que esta regulamentação «confia, pelo contrário, a responsabilidade de fixar os preços às autoridades públicas, que se baseiam, para o efeito, numa série de elementos de natureza diversa» acrescentando, finalmente, que a circunstância de, entre os elementos considerados, figurarem «os preços de retoma fixados pelos fornecedores... não priva uma regulamentação como a em causa do seu carácter estatal e não é susceptível de eliminar o efeito útil das regras de concorrência aplicáveis às empresas» (n.° 17).

Resulta *a contrario* destas afirmações que o efeito útil das regras de concorrência corre o risco de ser prejudicado quando a regulamentação em questão, deixando aos operadores interessados a incumbência de regulamentar o mercado, perde o seu carácter estatal, mas não quando essa responsabilidade incumbe às autoridades públicas [18].

17. O quadro jurisprudencial que acabamos de delinear é, finalmente, completado pelo acórdão van Eycke [19], no qual o Tribunal «codificou» as duas correntes acima mencionadas, afirmando que o efeito útil das regras de concorrência é prejudicado, nomeadamente, quando um Estado-membro «impõe ou favorece a conclusão de acordos contrários ao artigo 85.° ou reforça os efeitos de tais acordos ou retira à sua própria regulamentação o seu carácter estatal, delegando em operadores económicos privados a

17 — Processo 231/83, Recueil, p. 305.

18 — Idêntica concepção está na base da jurisprudência do Supremo Tribunal dos Estados Unidos, que não coloca, com efeito, nenhuma objecção quanto a medidas que prevêem um controlo activo por parte do Estado (v., por exemplo, o acórdão Bates v. State Bar of Arizona, 97 U. S. 2691, 1977), enquanto considera inconstitucionais as medidas que deixam apenas aos operadores económicos a responsabilidade de regulamentar o mercado (v., por exemplo, o acórdão Goldfarb v. Virginia State Bar, 421 U. S., 1975, que condenou uma regulamentação que permitia à Ordem dos Advogados fixar honorários mínimos).

19 — Acórdão de 21 de Setembro de 1988, 267/86, Colect., p. 4769. Neste processo, o litígio respeitava a uma medida estatal relativa a uma isenção fiscal de rendimentos de depósitos de poupança, medida tomada num sector em que existiam acordos interbancários destinados precisamente a limitar a remuneração dos depósitos de poupança. O Tribunal considerou, todavia, que não ficara provado que a regulamentação em causa «pretendesse impor ou favorecer a conclusão de novos acordos ou a execução de novas práticas», nem que se limitara a «retomar total ou parcialmente os elementos dos acordos celebrados entre operadores económicos, obrigando ou incitando esses operadores a respeitá-los» (n.° 18); além disso, não aceitou que o facto de a referida regulamentação ter sido adoptada após concertação com os representantes do sector em questão seja de molde a retirar-lhe o seu carácter de regulamentação estatal (n.° 19).

responsabilidade de tomar decisões de intervenção em matéria económica» [20] (n.° 16).

Considerações de conjunto quanto à jurisprudência

18. Se a análise da jurisprudência desenvolvida até ao presente, por um lado, não nos permite excluir que a teoria do efeito útil possa também ser aplicada para além dos casos definidos no acórdão van Eycke, parece-nos, por outro, evidenciar claramente que as medidas estatais que tenham um efeito anticoncorrencial objectivo não poderão, apenas por esse facto, ser apreciadas sob o prisma dos artigos 3.°, alínea f), 5.° e 85.° [21].

Com efeito, na prática [22], o Tribunal tem até ao presente subordinado a ilegalidade das medidas nacionais em litígio à existência de um nexo substancial entre a medida em questão e os comportamentos anticoncorrenciais imputáveis às empresas, o que implica que o efeito útil do artigo 85.° é comprometido face a duas condições:

— existência de um acordo contrário ao artigo 85.°, n.° 1;

— existência de uma medida estatal que o impõe, o facilita, ou ainda lhe reforça os efeitos.

É verdade que já não se exige o cumprimento destas condições quando, hipótese que até ao presente é apenas teórica, um Estado delegue em operadores privados a responsabilidade de adoptar decisões de intervenção em matéria económica, mas isto precisamente porque através de uma tal delegação o Estado-membro *retira o carácter público à regulamentação.*

A este respeito, coloca-se novamente a questão, já suscitada pelo advogado-geral Capotorti nas conclusões que apresentou no processo van Tigelle [23], de saber se «não será insuficiente circunscrevermo-nos à consideração formal do carácter de acto de autoridade que o Estado pode conferir (e que, no caso vertente, conferiu) às decisões de organismos que estão incumbidos de exercer funções de interesse público de regulamentação da economia». Uma resposta afirmativa a esta questão, que nos parece dever ser partilhada, baseia-se no facto de essas decisões poderem ser analisadas sob o prisma dos artigos 3.°, alínea f), 5.° e 85.°, no caso de a composição dos organismos habilitados a adoptá-las ser de molde a permitir, de facto, uma «decisão de associações de empresas» ou

20 — A mesma fórmula foi seguidamente utilizada em vários acórdãos posteriores, nos quais, aliás, a análise feita pelo Tribunal revelou que nenhuma dessas condições se mostrava satisfeita e que, em consequência, as regulamentações em causa não eram censuráveis desse ponto de vista (v. acórdão de 24 de Janeiro de 1991, Alsthom Atlantique (C-339/89, Colect., p. I-107, n.° 11), bem como o acórdão de 28 de Fevereiro de 1991, Marchandise, já referido, n.° 22). V., além disso, o acórdão de 19 de Março de 1992, Morais (C-60/91, Colect., p. I-2085, n.os 11 e 12), no qual o Tribunal não chegou a analisar se a medida controvertida correspondia a um das hipóteses indicadas, porque a medida em questão não era susceptível de afectar o comércio entre Estados-membros e não era, portanto, de modo algum susceptível de produzir efeitos semelhantes aos de um acordo incompatível com o artigo 85.°, n.° 1.

21 — Os acórdãos van de Haar e Leclerc-carburantes, já referidos, são particularmente significativos a este respeito.

22 — Referimo-nos aos acórdãos «Nouvelles Frontières», BNIC/Aubert, Ahmed Saaed e Vlaamse Reisbureaus, nos quais o Tribunal concluiu precisamente pela ilegalidade das medidas nacionais controvertidas.

23 — Conclusões apresentadas em 13 de Dezembro de 1977 no processo 82/77, Recueil 1978, p. 42 e, especialmente, p. 48.

mesmo uma prática concertada. Por outro lado, importa realçar que a tese em questão foi invocada pelas partes e/ou evocada pelo Tribunal nos processos em que *o regime resultante da medida controvertida produzia efeitos análogos aos que anteriormente resultavam de um conjunto de acordos celebrados entre os operadores do sector* [24].

Em definitivo, parece-nos que a jurisprudência acima mencionada pode ser resumida da seguinte forma: o efeito útil das regras sobre a concorrência apenas corre o risco de ser posto em causa em presença de medidas estatais que permitam às empresas privadas *subtrair-se* às obrigações resultantes do artigo 85.°, medidas que são, portanto, manifestamente iludíveis, seja porque a) oferecem uma cobertura legal a comportamentos que sem ela seriam proibidos, seja porque b) tornam tais comportamentos inúteis, na medida em que deixam aos operadores interessados a incumbência de... regulamentar o mercado, o que implica a que a acção desses operadores possa ser analisada, em substância, como um comportamento de empresas no sentido do artigo 85.°

As medidas controvertidas à luz da jurisprudência

19. Ainda que as hipóteses codificadas na supra-referida jurisprudência não possam ser consideradas exaustivas, embora contribuam para desenhar um cenário de referência suficientemente claro, parece-nos todavia útil analisar, desde logo, se as medidas postas em causa por W. Meng e Ohra se enquadram numa dessas hipóteses.

a) *Processo C-2/91*

De imediato afirmamos que, no processo W. Meng, se deve concluir pela inexistência de circunstâncias que conduzam a retirar às medidas em questão o carácter de regulamentação estatal. Com efeito, a proibição de ceder a comissão foi adoptada pelo Bundesaufsichtsamt, autoridade administrativa sob tutela do ministro das Finanças e competente para adoptar medidas destinadas, nomeadamente, a proibir comportamentos susceptíveis de prejudicar os interesses dos consumidores. Por outro lado, cabe aqui sublinhar que os representantes das associações de companhias de seguros apenas são convidados a participar na preparação das decisões deste organismo e não na determinação do seu conteúdo [25].

20. Passamos, assim, à apreciação do caso em questão à luz da outra hipótese codificada pela jurisprudência e que implica a existência de um nexo substancial entre a medida controvertida e os comportamentos anticoncorrenciais das empresas privadas.

A este respeito, importa desde logo afirmar que as medidas em questão não se destinam a *impor ou facilitar a conclusão de novos*

24 — Tal é, com efeito, o caso não apenas do acórdão van Tiggele, mas também dos acórdãos Leclerc-livros e van Eycke. Uma situação de facto análoga está na origem do processo INNO/ATAB.

25 — Relembramos a este respeito que o Tribunal, no acórdão van Eycke, já referido, afirmou que o carácter estatal de uma regulamentação não poderá ser posto em causa pela simples circunstância de essa regulamentação ter sido adoptada após concertação com os representantes das associações do sector em questão (n.° 19).

acordos. Além disso, hesitamos muito em subscrever a tese da Comissão, de que as medidas em questão teriam *reforçado os efeitos de acordos já existentes*, num sentido análogo ao já apontado pelo Tribunal no processo Vlaamse Reisbureaus [26], no qual se discutia uma regulamentação nacional que proibia os agentes de viagens de ceder a totalidade ou parte da comissão que lhes cabia. Relembramos, a este propósito, que o Tribunal considerou efectivamente que a transformação de uma obrigação puramente contratual numa obrigação legal consubstancia um caso de reforço dos efeitos de acordos já existentes, mas isso — evidentemente — apenas após ter verificado a existência de um sistema de acordos de cujo conteúdo a regulamentação em causa se havia apoderado.

No nosso caso, a situação apresenta-se de modo diverso pela simples razão de que, tal como resulta do processo, nos sectores de seguros em questão (doença e assistência jurídica) nunca existiram acordos entre empresas que, como referimos, só ocorreram no ramo vida.

A Comissão considera, no entanto, que as medidas em questão reforçaram os acordos concluídos no sector dos seguros de vida, pois que, aplicando a proibição de cessão da comissão a outros ramos de seguros, teriam alargado o seu campo de aplicação. Em nossa opinião, apenas poderemos considerar a aplicação desta construção ao caso que nos ocupa se a proibição de cessão da comissão tivesse sido adoptada simultaneamente para todos os sectores de seguros. Ou seja, seria concebível um reforço dos efeitos de acordos já existentes se as medidas nacionais que reproduziram o conteúdo do acordo celebrado entre as empresas de seguros do ramo vida, e que, consequentemente, o substituíram, não se tivessem limitado a tornar a proibição em questão obrigatória para todos os operadores desse sector, mas, simultaneamente, a tivessem tornado também aplicável aos operadores de sectores próximos.

Em contrapartida, a partir do momento em que o alegado «alargamento» aos sectores próximos ocorre, relativamente à data em que a proibição em questão foi tornada obrigatória para o sector vida, onze anos mais tarde no que respeita ao seguro de doença e 44 anos mais tarde para o seguro de assistência jurídica, essa tese parece pouco convincente. Com efeito, esta circunstância demonstra que as medidas de 1934 (seguro de doença) e de 1967 (seguro de assistência jurídica) não podem ter reforçado um acordo que, reportando-se unicamente ao ramo vida, deixou de existir — por definição — a partir do momento em que foi «substituído» por medidas estatais que reproduziram o seu conteúdo, ou seja, desde 10 de Agosto de 1923. Considerar que as medidas em questão reforçaram, no momento da sua adopção, os efeitos de um acordo que há muito deixara de vigorar era, no mínimo, «sui generis».

21. Impõe-se, em definitivo, reconhecer que não existe nenhum nexo substancial entre as medidas em questão e os acordos celebrados entre as empresas do ramo vida. O que se verifica, na verdade, é que esses acordos estão na base da proibição da cessão da comissão que, inicialmente adoptada unicamente para o ramo vida, veio a ser aplicada,

26 — Acórdão de 1 de Outubro de 1987, já referido.

por etapas sucessivas, a todos os ramos de seguros.

Se esta circunstância pode permitir considerar que as empresas dos outros ramos de seguros exerceram «pressão» para obter a adopção da mesma proibição que já existia para o ramo vida, não basta, certamente, para concluir que as medidas controvertidas estão conexionadas com um comportamento anticoncorrencial proibido pelo artigo 85.° do Tratado. Por outro lado, o sector dos seguros não é, em si mesmo, um mercado homogéneo; o ramo vida, em especial, apresenta características de tal modo específicas e particulares, relativamente aos outros ramos de seguros, que a existência de um comportamento anticoncorrencial por parte das empresas que operam neste ramo não é, em si mesmo, concludente nem mesmo indicativo das orientações e interesses das empresas que operam nos outros ramos.

b) *Processo C-245/91*

22. Com respeito ao processo Ohra, diremos, de imediato, que nem do despacho de reenvio nem das observações apresentadas por Ohra resulta existir um acordo no sentido exigido pela jurisprudência citada.

Com efeito, os acordos entre companhias de seguros e entre estas e os intermediários, cuja existência foi sublinhada por Ohra nas respostas às questões colocadas pelo Tribunal, revelam-se, logo à primeira vista, destituídos de qualquer relevância em relação à medida estatal em questão [27] ou, pelo menos, de nenhum modo conexionados com esta, dado que uma regra deontológica, que se limita a recordar «para todos os fins úteis» as disposições do artigo 16.° da WABB, não poderá certamente ser considerada como um comportamento anticoncorrencial proibido pelo artigo 85.°

Quanto à ilegalidade de medidas estatais na ausência de uma conexão com comportamentos anticoncorrenciais de empresas

23. Dito isto, é evidente que a circunstância de as medidas em questão não se enquadrarem em nenhuma das hipóteses definidas pelo Tribunal e, de um ponto de vista mais geral, não apresentarem nenhuma conexão com comportamentos anticoncorrenciais das empresas do sector não permite, no entanto, fornecer uma resposta concludente ao problema sobre que nos debruçamos.

Com efeito, resta examinar se, para além das hipóteses indicadas, a obrigação imposta aos Estados-membros de não comprometerem o efeito útil das regras de concorrência destinadas às empresas privadas pode ser violada — e, eventualmente, até que ponto — também por uma regulamentação estatal que não esteja conexionada com comportamentos anticoncorrenciais proibidos pelo direito comunitário. É precisamente este aspecto que foi, nomeadamente, debatido após a reabertura da fase oral, reabertura essa que veio justamente permitir às partes e a todos os Estados-membros apresentarem as suas observações sobre este ponto específico.

A essência do problema está, evidentemente, em *apurar se uma regulamentação estatal priva o artigo 85.° do seu efeito útil* — e é,

27 — Tal como a Comissão referiu, é o caso de acordos que relevam do âmbito de aplicação da regulamentação de isenção por categoria.

consequentemente, ilegal — *pelo simples facto de produzir um efeito equivalente ao de um acordo proibido por este artigo.*

24. Diga-se de imediato e numa perspectiva de rigor, que se impõe neste caso, que esta tese se apresenta desprovida de fundamento jurídico.

A obrigação que incumbe aos Estados-membros de não eliminar o efeito útil das regras de concorrência que têm por destinatário as empresas privadas encontra o seu fundamento no artigo 5.°, segundo parágrafo, do Tratado, que «formula uma obrigação geral dos Estados-membros, cujo conteúdo concreto depende, em cada caso particular, das disposições do Tratado» [28] e, neste caso, do artigo 85.° Daqui resulta, portanto, a impossibilidade de fazer depender de uma tal disposição a ilegalidade de medidas estatais, que têm, todavia, um efeito equivalente ao de um acordo entre empresas proibido pelo artigo 85.°, n.° 1, na ausência — mesmo indirecta — de qualquer ligação com comportamentos anticoncorrenciais imputáveis às empresas.

Também não pensamos que o artigo 3.°, alínea f), a que uma parte da doutrina atribui um papel fundamental, possa modificar os termos do problema. A disposição em questão limita-se, com efeito, a enunciar um fim da Comunidade, que é «especificado em várias disposições do Tratado relativas às normas de concorrência» [29]. Não é certamente por acaso que o artigo 3.° prevê a realização desse objectivo «nos termos do disposto e segundo o calendário previsto no presente Tratado». Isto significa que o regime da livre concorrência, na medida em que o artigo 3.° o enuncia como objectivo, encontra em definitivo a sua regulamentação e, portanto, também os seus limites, *nos termos previstos pelo Tratado.* Uma concepção diferente equivaleria a considerar supérfluas as disposições materiais sobre a concorrência: o artigo 3.° seria suficiente para regular todas situações que se colocam sobre esta matéria.

Em contrapartida, não restam dúvidas de que, tal como o objectivo enunciado no artigo 3.°, alínea a), deve ser concretizado nos termos previstos pelas seguintes disposições materiais (artigos 9.° a 12.°, 3.° a 37.° e 95.°), o fim previsto no artigo 3.°, alínea f), apenas pode ser prosseguido nos termos previstos pelas disposições materiais contidas nos artigos 85.° a 94.° e, no que respeita especialmente aos comportamentos dos Estados, nos artigos 90.° (empresas públicas e empresas titulares de direitos especiais ou exclusivos) e 92.° e 93.° (regulamentação dos auxílios concedidos pelos Estados).

25. Em conclusão, considerando que na falta de uma disposição específica «a obrigação geral dos Estados-membros, resultante do artigo 5.° do Tratado... não poderá ser invocada» [30] e que o artigo 3.°, alínea f), se limita a enunciar um princípio/objectivo que é posteriormente especificado nos artigos 85.° a 94.°, os eventuais efeitos anticoncorrenciais de medidas estatais dirigidas às empresas privadas poderão ser censurados, na medida em que comprometam o efeito útil do artigo 85.°, unicamente por referência à violação das proibições que esse mesmo artigo 85.°, n.° 1, impõe às empresas.

28 — Acórdão de 8 de Junho de 1971, Deutsche Grammophon, já referido, n.° 5.

29 — V., entre outros, o acórdão INNO/ATAB, já referido, n.° 29.

30 — Despacho de 30 de Setembro de 1987, Brother (229/86, Colect., p. 3757 e, designadamente, p. 3763).

Por outro lado, tal como foi dito pela enésima vez no acórdão «pasta de papel» [31], não é suficiente provar o efeito anticoncorrencial do comportamento das empresas, que podia ser o resultado de um simples paralelismo de comportamento, devendo-se fazer a prova de que uma concertação está na base desse comportamento. Isto confirma definitivamente que o artigo 85.°, longe de proibir o simples efeito anticoncorrencial, pretende, pelo contrário, perseguir os meios utilizados pelas empresas para o obter, ou seja, os acordos e as práticas concertadas. A *fortiori,* no que respeita às medidas estatais, não nos parece portanto admissível censurar o seu eventual efeito anticoncorrencial indirecto se esse efeito não se apresentar por qualquer forma ligado ao comportamento das empresas nem, em definitivo, ao artigo 85.°, ou seja, se esse efeito não constituir de algum modo uma cobertura, directa ou indirecta, de um comportamento — real e não apenas virtual, lembramo-lo — das empresas.

Caso contrário, a alegada ilegalidade das normas estatais deveria continuar somente ligada às disposições conjugadas dos artigos 3.°, alínea f), e 5.°, segundo parágrafo. O primeiro foi, evidentemente, concebido não como um objectivo a realizar nos termos previstos pelo Tratado, mas como um princípio fundamental e autónomo a que as disposições sobre concorrência se encontram ligadas através de uma relação de simples complementaridade. Aliás, tal construção, ainda que se afigure muito improvável à luz de uma interpretação sistemática do Tratado, colocava evidentemente o problema não negligenciável do efeito de um tal princípio na posição jurídica dos particulares. Não nos esqueçamos que, no caso em apreço, foi o particular que invocou perante o juiz nacional uma situação jurídica subjectiva que lhe foi conferida, no seu dizer, pelo direito comunitário e que o direito nacional desconhece. Ora, parece-nos pelo menos de excluir que se possa atribuir um efeito directo ao artigo 3.°, alínea f), mesmo que interpretado em conjugação com o artigo 5.°

26. Baseando-se na jurisprudência relativa ao artigo 90.° e, nomeadamente, na afirmação contida no acórdão RTT [32], segundo a qual uma medida nacional não pode legitimamente colocar uma empresa pública ou uma empresa titular de direitos exclusivos especiais numa situação que, sendo resultante de um comportamento autónomo da empresa em questão, constituiria uma violação do artigo 86.° do Tratado, foi ainda sustentado durante o processo, designadamente pelo Governo espanhol, que essas considerações deveriam igualmente ser válidas no que respeita às empresas privadas; nada justificaria, com efeito, que as empresas fossem submetidas a um regime diferente daquele que lhes é aplicável por força do artigo 90.°, n.° 1.

Trata-se, pois, de determinar se existe uma identidade de conteúdo entre as obrigações previstas, respectivamente, no artigo 5.°, segundo parágrafo, por um lado, e no artigo 90.°, n.° 1, por outro.

A este respeito, realçamos que a própria existência de uma disposição, a saber, o artigo 90.°, n.° 1, impondo expressamente aos Estados-membros que, no que respeita às empresas públicas e às empresas titulares de direitos exclusivos ou especiais, não tomem

31 — V. acórdão de 31 de Março de 1993, Alström e o./Comissão (C-89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 e 125/85 a 129/85, Colect., p. I-1307).

32 — Acórdão de 13 de Dezembro de 1991 (C-18/88, Colect., p. I-5941, n.° 20).

ou mantenham qualquer medida contrária às regras de concorrência, enquanto do artigo 5.° apenas se pode retirar uma obrigação de não comprometer o efeito útil dessas mesmas regras, justifica a diferença de regime a que estão submetidas as empresas em questão.

A opção dos autores do Tratado — que pode, na verdade, ser justificada pela natureza das medidas de exclusividade (na medida em que afectam a estrutura dos mercados) e dos interesses particulares que os Estados-membros conservam no sector público (portanto, na qualidade de operadores económicos) — poderá ser discutida no plano científico; todavia, está inscrita no Tratado e constitui, para todos os efeitos, uma escolha típica do legislador e não do juiz. E isto é sobretudo verdade num sistema, como o comunitário, que assenta numa repartição de competências entre Estados-membros e Comunidade. Pense-se, a este respeito, igualmente, sobre o estatuído nos artigos 101.° e 102.° do Tratado que pressupõem, claramente, a existência e a legalidade de medidas estatais anticoncorrenciais, adequadas a activar mecanismos destinados a pôr-lhe fim e que implicam a intervenção da Comissão e dos Estados-membros.

27. Dito isto ao nível dos princípios, não podemos deixar de sublinhar que a solução contrária preconizada no decurso do processo, ainda que atractiva, revela-se apenas uma sugestão dialéctica em virtude de ausência de fundamento jurídico.

Por outro lado, uma solução baseada apenas no efeito anticoncorrencial de uma regulamentação nacional apresenta um considerável número de inconvenientes, na medida em que o Tribunal poderia ser chamado a apreciar qualquer medida nacional relativa ao exercício da actividade económica das empresas [33], e sobretudo pela insegurança jurídica em que ficariam os particulares quanto ao tipo de medidas estatais incompatíveis com as regras da concorrência.

Ainda que o controlo de um tal tipo de medidas apenas fosse marginal e circunscrito ao controlo da coerência interna da medida, isto é, uma análise da proporcionalidade dos meios adoptados face aos objectivos de interesse geral prosseguidos, o próprio facto de poder verificar se a opção do legislador se justifica por motivos de interesse geral e, nomeadamente, se um tal interesse prevalece ou não perante o efeito anticoncorrencial da regulamentação em causa, pode conduzir a soluções arbitrárias determinadas pela ausência de critérios de legalidade preestabelecidos.

De qualquer forma, tratar-se-ia sempre de uma construção artificial, cujos eventuais riscos foram amplamente sublinhados pelos Estados-membros e pela Comissão durante o processo.

28. Na verdade, uma solução baseada exclusivamente na existência de uma ligação entre a regulamentação estatal e os comportamentos anticoncorrenciais de entidades privadas poderá parecer pouco satisfatória, na medida em que se não exclui que, em certos casos, a existência ou não de um acordo entre empresas se reduza a um dado de importância puramente formal.

33 — Dado que o simples facto de regulamentar o mercado comporta, por definição, uma limitação da concorrência, é efectivamente raro que medidas estatais relativas ao exercício da actividade económica das empresas não comportem efeitos anticoncorrenciais.

Será esse o caso (e trata-se, no fundo, da única hipótese) quando uma medida estatal falseia a concorrência de modo substancialmente correspondente às pretensões dos operadores económicos interessados. A este propósito, é forçoso constatar, por um lado, que a influência dos sujeitos privados no processo de formação das regras jurídicas é uma constante dos ordenamentos jurídicos contemporâneos e, por outro, que não é tarefa fácil controlar se as medidas estatais em questão correspondem efectivamente (e até que ponto) a orientações de entidades privadas que, de resto, podem muito bem coincidir com o interesse público prosseguido pelo legislador.

29. Em contrapartida, pode conceber-se que em determinados casos seja mais correcto excluir a incompatibilidade da medida estatal a despeito da existência de uma ligação com o comportamento de empresas, no sentido de que, tal como o sublinhou igualmente o Governo francês, se essa ligação é necessária, nem sempre é suficiente para concluir pela incompatibilidade com o artigo 85.°

É verdade que o nexo com um acordo, decisão ou prática concertada entre empresas pode reduzir-se a um elemento puramente formal. Mas, em rigor, isto apenas significa que só as medidas que os autores do Tratado especificamente mencionaram nos artigos 90.° e 92.° a 93.°, e não quaisquer outras, deviam ser consideradas medidas estatais incompatíveis com o direito comunitário. Consideramos, todavia, que o esforço da jurisprudência no sentido de considerar igualmente incompatíveis as medidas que facilitam, determinam ou tornam inevitável a violação das regras dirigidas às empresas deve ser apreciado no seu justo valor, sendo a falta de rigor apenas aparente, uma vez que se volta sempre à aplicação do critério da interpretação sistemática, por força do qual as regras são interpretadas umas em função das outras, na condição de, bem entendido, não se ir longe demais e não perder de vista, com uma jurisprudência desenvolvida lentamente, o indispensável aspecto normativo que constitui o fundamento e o objecto do rigor hermenêutico que se impõe na leitura do Tratado.

30. De qualquer forma, não nos parece que o entendimento que até agora tem vindo a ser seguido pelo Tribunal seja de modo a conferir imunidade a medidas que tenham por único objectivo contrariar as regras de concorrência.

A este respeito, importa acentuar o carácter puramente residual dos casos em que se revelou ser necessário recorrer aos artigos 3.°, alínea f), 5.° e 85.°, por forma a determinar a incompatibilidade de uma regulamentação nacional que tenha os mesmos efeitos que um acordo proibido pelo artigo 85.° A maior parte das regulamentações económicas «anti-concorrenciais» afectam, com efeito, o regime comunitário do mercado comum na perspectiva dos artigos 30.° ou 59.°, no sentido de que uma medida estatal «susceptível de afectar o comércio entre Estados-membros será normalmente incompatível com os artigos 30.° e 34.°» [34].

Na verdade, tal como se referiu, o Tribunal, ao analisar regulamentações nacionais em matéria de controlo dos preços e tarifas, cuja compatibilidade com as regras de concorrência foi posta em causa, considerou, pelo contrário, que essas regulamentações deviam ser analisadas na perspectiva artigo 30.° [35]. É, com efeito, incontestável que o artigo 30.°,

34 — Acórdão de 16 de Novembro de 1987, INNO/ATAB, já referido, n.° 35.

35 — V., por exemplo, os já citados acórdãos van Tiggele, Buys, Roussel e Duphar, bem como o acórdão INNO/ATAB e, em certa medida, o acórdão Leclerc-livros.

tal como é igualmente evidenciado pela doutrina [36], permite alcançar o mesmo resultado em conformidade com as disposições do Tratado.

A aplicação do artigo 30.° ou do artigo 59.° não necessita de uma construção artificial, na medida em que se trata de normas de interpretação estrita que têm por destinatários os Estados-membros e que permitem um controlo da medida estatal em questão com base em critérios claros e precisos.

31. As medidas contestadas por W. Meng e Ohra, por exemplo, poderiam seguramente ser submetidas à apreciação do Tribunal na perspectiva do artigo 59.°, desde que as condições estivessem reunidas, ou seja, se se verificasse a presença de um elemento transfronteiriço, que está contudo ausente nestes casos sobre que nos debruçamos. Com efeito, não se exclui que as medidas nacionais controvertidas estruturam os mercados alemão e neerlandês de tal forma que tornam o seu acesso mais difícil para os intermediários e companhias de seguros estabelecidos noutros Estados-membros.

De facto, a regulamentação neerlandesa em causa no processo Ohra foi examinada pela Comissão, que chegou à conclusão de que se tratava de uma regulamentação justificada, relativamente à livre circulação de serviços, por razões de protecção do consumidor. A Comissão acentuou, no entanto, nomeadamente na audiência, que resulta claro do processo que a questão Ohra se reduz a uma situação puramente interna, uma vez que se trata de uma companhia de seguros neerlandesa que anunciou, através de publicidade na imprensa neerlandesa, a concessão de determinadas vantagens aos consumidores neerlandeses que subscrevessem um contrato de seguro relativo a riscos localizados em território nacional.

32. Foi sublinhado, todavia, que as medidas estatais que não constituem obstáculo às trocas na acepção do artigo 30.° (ou 59.°), mas que são susceptíveis de afectar o comércio entre Estados-membros, ficariam, de qualquer modo, fora do âmbito de aplicação do Tratado. Isso poderia verificar-se sobretudo no caso das regulamentações de preços e de tarifas que se limitam a impor o congelamento do preço de venda a retalho, deixando livre a determinação do preço na importação.

Dado que o artigo 30.° será sempre aplicável se se verificar que o preço de venda a retalho é fixado a um nível tal que o escoamento dos produtos importados se mostra mais difícil que o dos produtos nacionais, tratar-se-á, portanto, de situações puramente internas que, enquanto tais, só podem afectar *sensivelmente* o comércio entre Estados-membros, no sentido do artigo 85.°, n.° 1, em casos muito particulares.

Visto o carácter marginal de tal hipótese, consideramos, pois, excessivas, relativamente ao resultado que se pretende, as eventuais consequências negativas, tais como foram apontadas durante o processo, de um entendimento por força do qual são em princípio consideradas incompatíveis com as disposições do Tratado sobre a concorrência — salvo, evidentemente, quando justificadas por

36 — V., por exemplo, Ulrich, State Intervention and EEC Competition Law, World Competition, 1990, p. 79 e segs.

motivos de interesse geral — todas as medidas estatais que produzam efeitos análogos aos de um acordo proibido pelo artigo 85.°

33. Em conclusão, entendemos que o artigo 5.°, segundo parágrafo, articulado com os artigos 3.°, alínea f), e 85.°, n.° 1, não permite apreciar a compatibilidade de uma medida estatal que produza por si só e objectivamente um efeito equivalente ao de um acordo proibido pelo artigo 85.°, na ausência de qualquer conexação com comportamentos anticoncorrenciais de sujeitos privados.

34. À luz das considerações que precedem, propomos, pois, ao Tribunal que responda da seguinte forma às questões colocadas, nos respectivos processos, pelo Kammergericht Berlin e pelo Arrondissementsrechtbank Arnhem:

a) *No processo C-2/91*

«Os artigos 3.°, alínea f), 5.°, segundo parágrafo, e 85.°, n.° 1, do Tratado devem ser interpretados no sentido de que não constituem obstáculo, na ausência de uma ligação com comportamentos de empresas proibidos pelo artigo 85.°, n.° 1, à aplicação de uma regulamentação estatal que, como a em apreço, proíbe aos intermediários de seguros dos ramos doença e assistência jurídica ceder a totalidade ou parte da comissão que recebem.»

b) *No processo C-245/91*

«Os artigos 3.°, alínea f), 5.°, segundo parágrafo, e 85.°, do Tratado devem ser interpretados no sentido de que não constituem obstáculo, na ausência de uma ligação com comportamentos das empresas proibidos pelo artigo 85.°, n.° 1, à aplicação de uma regulamentação estatal que proíbe autorizar, conceder ou prometer, no quadro de um contrato de seguros, uma comissão, uma devolução ou qualquer outra vantagem quantificável em dinheiro a pessoas distintas do intermediário a cuja carteira pertence o seguro.»