especiais concedidos a certas empresas em matéria de serviços de telecomunicações, cabia-lhe, por um lado, definir o tipo de direitos concretamente visados e, por outro, demonstrar em que é que o exercício desses direitos era contrário às diferentes disposições do Tratado. Na ausência de qualquer indicação neste sentido, as disposições da Directiva 90/388 relativa aos serviços de telecomunicações devem ser anuladas na parte que visam regular os direitos especiais.

4. A extensão do monopólio do estabelecimento e da exploração da rede telefónica ao mercado dos serviços de telecomunicações, sem justificação objectiva, é proibida como tal pelos artigos 86.° e 90.°, n.° 1, do Tratado, quando essa extensão resulte de uma medida estatal, conduzindo assim a eliminar a concorrência. Tal é o caso da atribuição de direitos exclusivos para o fornecimento de serviços de telecomunicações aos organismos de telecomunicações, que são, assim, levados a excluir os concorrentes do mercado dos referidos serviços ou, pelo menos, a restringir o seu acesso ao dito mercado. A Comissão tinha por isso fundamento para exigir, por intermédio da sua Directiva 90/388, a eliminação desses direitos.

RELATÓRIO PARA AUDIÊNCIA

apresentado nos processos apensos C-271/90, C-281/90 E C-289/90 *

I — Factos

Em 28 de Junho de 1990, a Comissão adoptou, com base, designadamente, no artigo 90.°, n.° 3, do Tratado CEE, a Directiva 90/388/CEE, relativa à concorrência nos mercados de serviços de telecomunicações (JO L 192, p. 10, a seguir «directiva»), cujo conteúdo pode, em substância, caracterizar-se do seguinte modo:

O artigo 1.° contém uma definição de diferentes termos, tais como «organismos de telecomunicações», «direitos especiais ou exclusivos», «rede pública de telecomunicações», «serviços de telecomunicações», «pontos terminais da rede», «exigências essenciais», etc. Além disso, este artigo especifica que a directiva não se aplica ao serviço telex, à radiotelefonia móvel, às radiomensagens e às comunicações por satélite.

Nos termos do artigo 2.°, os Estados-membros assegurarão, designadamente, a abolição dos direitos exclusivos ou especiais no que diz respeito ao fornecimento de serviços de telecomunicações diversos dos serviços de telefonia vocal e tomarão as medidas necessárias para garantir o direito de qualquer operador económico fornecer os referidos serviços de telecomunicações.

* Línguas de processo: espanhol (no processo C-271/90); francês (no processo C-281/90) e italiano (no processo C-289/90).

O artigo 4.° impõe a adopção de modalidades de aplicação no que diz respeito ao aluguer de circuitos bem como à comunicação à Comissão dos elementos que permitam apreciar o fundamento dos aumentos das tarifas aplicáveis aos circuitos alugados.

O artigo 6.° prevê, designadamente, a revogação das restrições existentes no que diz respeito ao tratamento dos sinais antes da sua transmissão na rede pública ou após a sua recepção, bem como a obrigação de comunicar à Comissão as medidas adoptadas.

O artigo 7.° prevê a atribuição, a partir de 1 de Julho de 1991, de certas funções administrativas, técnicas, de controlo e de vigilância a uma entidade independente dos organismos de telecomunicações.

O artigo 8.° reconhece aos utilizadores ligados por um contrato de fornecimento de serviços de telecomunicações, celebrado em regime de direitos exclusivos ou especiais, o direito de denunciar o referido contrato com um determinado pré-aviso.

Por fim, de acordo com o artigo 9.°, os Estados-membros comunicarão à Comissão as informações necessárias que lhe permitam elaborar, ao longo de um período de três anos, no termo de cada ano, um relatório de conjunto referente à aplicação da directiva.

II — Tramitação contenciosa

Os recursos do Reino de Espanha, do Reino da Bélgica e da República Italiana foram registados na Secretaria do Tribunal de Justiça, respectivamente, em 7, 14 e 20 de Setembro de 1990. Por despacho de 5 de Dezembro de 1990, o Tribunal de Justiça admitiu a República Francesa a intervir no processo C-271/90, em apoio dos pedidos do recorrente.

Com base no relatório preliminar do juiz-relator, ouvido o advogado-geral, o Tribunal de Justiça decidiu iniciar a fase oral do processo sem instrução. No entanto, o Tribunal convidou as partes a indicarem de forma precisa quais os fundamentos e argumentos que entendiam manter, tendo em consideração o acórdão que havia pronunciado em 19 de Março de 1991, França/Comissão (C-202/88, Colect., p. I-1223).

III — Pedidos das partes

No processo C-271/90, o *Reino de Espanha*, apoiado pela *República Francesa*, conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— anular a Directiva 90/388/CEE da Comissão, de 28 de Junho de 1990, relativa à concorrência nos mercados de serviços de telecomunicações, no que diz respeito ao artigo 2.°, na parte em que se refere aos direitos especiais, e no que diz respeito aos artigos 8.° e 9.°;

— condenar a recorrida nas despesas.

A *Comissão* conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— negar provimento ao recurso e

— condenar o recorrente nas despesas.

No processo C-281/90, o *Reino da Bélgica* conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— anular a Directiva 90/388/CEE da Comissão, de 28 de Junho de 1990, relativa à concorrência nos mercados de serviços de telecomunicações, e

— condenar a recorrida nas despesas.

A *Comissão* conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— rejeitar o pedido de anulação da Directiva 90/388/CEE da Comissão, de 28 de Junho de 1990, apresentado pelo Estado belga, e

— condenar o recorrente nas despesas.

No processo C-289/90, a *República Italiana* conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— anular a Directiva 90/388/CEE da Comissão, de 28 de Junho de 1990, relativa à concorrência nos mercados de serviços de telecomunicações, na parte referente aos seus artigos 2.°, 4.° e 8.°, e

— condenar a Comissão nas despesas.

A *Comissão* conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— negar provimento ao recurso da República Italiana que tem por objectivo a anulação da Directiva 90/388/CEE da Comissão, de 28 de Junho de 1990, e

— condenar a recorrente nas despesas da instância.

IV — Fundamentos e argumentos das partes

1. *Fundamentos contidos nas petições*

a) O *Governo espanhol* invocou cinco fundamentos em apoio do seu recurso, ou seja, incompetência, violação do artigo 90.°, n.° 1, do Tratado, desvio de procedimento, falta de fundamentação e violação do princípio da proporcionalidade.

O *Governo francês*, interveniente em apoio dos pedidos do Reino de Espanha, invoca a incompetência da Comissão com base no artigo 90.° do Tratado, a violação de formalidades essenciais e o desvio de procedimento.

b) O *Governo belga* invocou dois fundamentos em apoio do seu recurso, ou seja, por um lado, violação dos artigos 4.°, 59.°, 85.°, 86.°, 87.°, n.^{os} 1 e 2, alínea c), 90.°, n.^{os} 1 e 3, 100.°-A, 145.°, 155.° e 222.° do Tratado e dos princípios gerais que regem o equilíbrio institucional interno da Comuni-

dade e, por outro, a violação dos artigos 90.°, n.° 3, e 190.° do Tratado. O *Governo belga* precisa, na sua petição, que o primeiro fundamento de anulação é o fundamento verdadeiramente institucional, já que parte da verificação, que nele se fundamenta, de acordo com a qual a directiva em litígio tem por verdadeiro objecto o exercício por parte desta instituição de um poder verdadeiramente normativo e não meramente repressivo de violações às regras comunitárias. O segundo fundamento, subsidiário em relação ao anterior, visa examinar a directiva à luz da obrigação comunitária de fundamentar.

c) O *Governo italiano* invocou cinco fundamentos na sua petição, a saber: 1) incompetência da Comissão para adoptar as disposições visadas nos artigos 1.°, 2.°, 4.°, 6.°, 7.° e 8.° da directiva, violação e aplicação incorrecta do artigo 90.°, n.° 3, do Tratado, violação dos artigos 100.°-A e 155.° do Tratado, 2) violação do princípio da interpelação prévia que pode ser deduzido dos artigos 93.°, n.° 2, e 169.° do Tratado, desvio de poder, falta de fundamentação, 3) outras violações do artigo 90.° do Tratado, desvio de poder, incompetência, 4) violação do princípio da proporcionalidade e 5) outras violações do artigo 90.° do Tratado e do princípio da proporcionalidade.

2. *Respostas das partes ao convite do Tribunal de Justiça para indicar os fundamentos e argumentos que entendiam manter*

a) O *Governo espanhol* informou que desiste dos seus primeiro e terceiro fundamentos, ou seja, a incompetência da Comissão e a utilização de um procedimento inadequado, dado já ter sido dada uma resposta a estes fundamentos no acórdão C-202/88, já referido. No que diz respeito ao segundo fundamento, ou seja, à violação do artigo 90.°, n.° 1, do Tratado, o Governo espanhol mantém-no no que se refere aos direitos especiais e desiste dele na parte que respeita aos direitos exclusivos. Quanto ao quarto fundamento, a falta de fundamentação, o Governo espanhol mantém-no no que se refere aos direitos especiais visados no artigo 2.° da directiva assim como no que se refere aos artigos 8.° e 9.° desta mesma directiva. Por fim, quanto ao quinto fundamento, ou seja, a violação do princípio da proporcionalidade, o Governo espanhol mantém-no no que se refere ao artigo 8.° da directiva impugnada.

O *Governo francês,* interveniente em apoio dos pedidos do Reino de Espanha, deseja manter a totalidade dos seus fundamentos e argumentos em relação à directiva em litígio.

b) O *Governo belga* deseja manter todos os fundamentos e argumentos contidos na sua petição.

c) O *Governo italiano* mantém o primeiro fundamento (incompetência, violação do artigo 90.°, etc.) e o terceiro fundamento (outra violação do artigo 90.°) no que diz respeito aos direitos especiais mencionados nos artigos 2.° e 4.° da directiva em litígio. Mantém integralmente o quarto fundamento (violação do princípio da proporcionalidade) bem como o quinto (outra violação do artigo 90.° bem como do princípio da proporcionalidade) no que se refere ao artigo 8.° da directiva.

d) A *Comissão* mantém a integralidade dos argumentos apresentados na contestação e na tréplica.

3. *Resumo dos fundamentos e argumentos mantidos pelas partes*

Os fundamentos e argumentos mantidos pelas partes podem ser resumidos do seguinte modo:

a) O desvio de procedimento

A *interveniente* considera que a adopção pela Comissão, com base no artigo 90.°, n.° 3, de uma directiva que impõe a eliminação pura e simples de certos direitos especiais ou exclusivos em matéria de serviços de telecomunicações constitui um desvio de procedimento.

Para a interveniente, cabia à Comissão contestar a utilização dos direitos pelas empresas de telecomunicações, por intermédio do mecanismo do artigo 86.° do Tratado e do Regulamento n.° 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962, primeiro regulamento de execução dos artigos 85.° e 86.° do Tratado (JO 1962, 13, p. 204; EE 08 F1 p. 22), ou então dar início a um processo por incumprimento, com base no artigo 169.° do Tratado CEE, contra os Estados-membros em questão, a fim de os obrigar a tomar as medidas necessárias para o respeito das disposições do Tratado por parte das suas empresas de telecomunicações.

No entanto, estes dois processos implicavam que, por um lado, se fizesse prova da infracção ou do incumprimento alegados, e, por outro, se desse início a um debate contraditório — devendo a empresa do Estado-membro interessado ser interpelada para apresentar as suas observações —, debate esse que a Comissão pôde evitar ao recorrer abusivamente ao artigo 90.°, n.° 3, do Tratado.

O Governo francês assinala, além disso, que o recurso pela Comissão ao artigo 90.°, n.° 3, conduz a uma verdadeira inversão do ónus da prova, já que deixa de ser a Comissão a ter de provar, como nos processos do Regulamento n.° 17 e do artigo 169.° do Tratado, as infracções cometidas pelas empresas de telecomunicações ou pelos Estados, passando, pelo contrário, a incumbir aos Estados-membros desculparem-se dessas acusações.

Não incluindo o artigo 90.°, n.° 3, qualquer processo contraditório prévio, o Governo francês considera que a Comissão não podia recorrer ao instrumento da directiva, previsto no artigo 90.°, n.° 3, com fins «repressivos» e em substituição do artigo 169.° do Tratado.

Em resposta a este fundamento, suscitado em primeiro lugar pelo Governo espanhol, a *Comissão* alega, na sua contestação no processo C-271/90, que se verificam, na maioria dos Estados-membros, situações de infracção às disposições do Tratado no que se refere ao mercado de serviços de telecomunicações. Ora, o artigo 169.° do Tratado bem como o processo de aplicação do artigo 86.° apenas permitem a este respeito acções

pontuais e individuais de natureza repressiva, quando este sector necessita concretamente de uma solução comum e coerente para todos os Estados-membros, a fim de não só pôr termo às infracções existentes, mas também de evitar que se multipliquem. O artigo 90.° do Tratado é a base jurídica mais adequada para chegar a esse resultado.

b) A incompetência da Comissão

aa) O artigo 90.°, n.° 3, do Tratado não confere à Comissão qualquer poder normativo

O *Governo belga* entende que uma missão de vigilância, como a prevista no artigo 90.°, n.° 3, do Tratado, só se pode compreender em relação a regras preexistentes. Dado que nenhuma das disposições do Tratado a que se refere o artigo 90.°, n.° 1, impõe aos Estados-membros as obrigações contidas nos artigos 1.°, 2.°, 4.° e 6.° da directiva em litígio, a Comissão assumiu, na realidade, o poder legislativo de, por si só, proceder à organização do mercado comum dos serviços de telecomunicações, isto é, uma política comunitária sectorial não prevista no Tratado.

No que diz respeito aos direitos especiais mencionados nos artigos 2.° e 4.° da directiva em litígio, o *Governo italiano* entende que a Comissão exerceu um poder de conteúdo normativo regulamentar, cuja base não se podia encontrar no artigo 90.°, n.° 3, nem em qualquer outra regra do Tratado.

O *Governo francês* salienta igualmente que a Comissão, ao adoptar uma directiva cujo artigo 2.° impõe a eliminação pura e simples dos direitos exclusivos ou especiais no que diz respeito ao fornecimento de serviços de telecomunicações diversos dos serviços de telefonia vocal, ultrapassou o dever de vigilância e de controlo sublinhado pelo Tribunal de Justiça no acórdão de 6 de Julho de 1982, França, Itália e Reino Unido/Comissão (188/80 a 190/80, Recueil, p. 2545), e exerceu um poder normativo que não lhe é reconhecido em parte alguma.

A *Comissão* alega que o objectivo da directiva consiste em assegurar a qualquer operador económico o acesso, de acordo com critérios objectivos, à prestação de serviços de telecomunicações e ao exercício desta actividade. Para a Comissão, se a directiva tem um alcance geral e uma natureza obrigatória, isso não significa que tenha natureza normativa, isto é, que introduza na ordem jurídica comunitária *novas* regras gerais. As regras de direito, que a directiva se limita a explicar e a aplicar a casos concretos ou a possibilidades concretas de infracções, constam de certas disposições do Tratado, como os artigos 59.° e 86.°, que efectivamente têm natureza normativa. A Comissão considera, portanto, que a directiva se inscreve claramente no âmbito da missão de vigilância do respeito das disposições existentes do Tratado que lhe é conferida pelo artigo 90.°, n.° 3.

bb) O artigo 90.°, n.° 1, do Tratado pressupõe a existência de direitos especiais ou exclusivos

Os *Governos espanhol, italiano e francês* alegam que o artigo 90.°, n.° 1, pressupõe a existência de direitos especiais. O *Governo francês* considera, além disso, que esta disposição também pressupõe a existência de direitos exclusivos. Com efeito, em seu entender, considerar, como faz a Comissão, que os direitos em questão constituem eles próprios uma medida na acepção deste artigo retiraria qualquer efeito útil a esta disposição do Tratado. O Tribunal de Justiça considerou, com efeito, que a existência de um monopólio a favor de uma empresa a que um Estado tenha concedido, nos termos do artigo 90.°, direitos exclusivos, ou a extensão desses direitos na sequência de uma nova intervenção do referido Estado, não são por si só incompatíveis com o Tratado (acórdão de 30 de Abril de 1974, Sacchi, 155/73, Recueil, p. 409). Por conseguinte, cabia à Comissão pôr em causa a utilização desses direitos, caso a caso, em cada um dos Estados, mas de forma alguma os próprios direitos.

Na opinião da *Comissão*, o artigo 90.°, n.° 1, do Tratado não constitui de modo algum uma aceitação comunitária de qualquer direito, seja exclusivo ou especial. Para a Comissão, o artigo 90.°, n.° 1, limita-se a verificar a eventual existência de direitos exclusivos ou especiais, e se apenas os menciona explicitamente numa frase intercalar que não faz parte dos elementos principais do seu dispositivo («... os Estados-membros não tomarão nem manterão qualquer medida contrária ao disposto no presente Tratado...»), isso significa unicamente que os direitos exclusivos ou especiais só são admitidos se e na medida em que não sejam incompatíveis, *em si*, com outras regras do Tratado.

cc) A violação das competências conferidas ao Conselho pelos artigos 87.° e 100.°-A do Tratado.

O *Governo belga* considera que, ao impor a eliminação dos direitos especiais e exclusivos, a Comissão usurpou as competências conferidas ao Conselho pelos artigos 87.° e 100.°-A do Tratado. A formação do mercado comum das telecomunicações necessita, como qualquer política comum relativa a um sector específico, que a harmonização e a liberalização sejam conduzidas de modo sistematicamente paralelo, e isto não apenas por razões de mero bom senso económico ou de necessidade técnica, mas, sobretudo, por causa do carácter primordial da interacção política entre harmonização e liberalização. Cabe, portanto, à mesma instituição legislar no sentido da harmonização, assim como no da liberalização.

O *Governo italiano* alega que, ao impor a eliminação dos direitos especiais, a Comissão decidiu praticamente a política comunitária da concorrência no sector das telecomunicações e realizou, implícita mas necessariamente, uma harmonização dos diversos interesses dos Estados-membros e das diferentes legislações. Ora, resulta claramente do texto dos artigos 100.° e 100.°-A do Tratado que não lhe pertence tal poder.

A *Comissão* contesta que a directiva opere uma harmonização das legislações dos Estados-membros no domínio das telecomunica-

ções. Em seu entender, as diferentes disposições desta directiva apenas procuram suprimir direitos exclusivos e especiais, eliminar as restrições e, nos casos em que estes direitos exclusivos ou especiais sejam mantidos, assegurar que as condições de acesso e de exercício sejam objectivas e não discriminatórias.

Além disso, a Comissão entende que, tal como resulta do artigo 89.° do Tratado, pode aplicar os artigos 85.° e 86.°, mesmo na ausência de medidas adoptadas pelo Conselho, para definir «quando necessário» o âmbito de aplicação desses artigos [artigo 87.°, n.° 2, alínea c), do Tratado].

c) A falta de fundamentação

Os *Governos belga* e *francês* alegam que, na medida em que a directiva visa pôr termo a certas infracções ao direito comunitário cometidas pelos Estados-membros, ela está ferida de falta de fundamentação, já que não refere os Estados-membros que cometeram as infracções nem as circunstâncias em que estas infracções foram cometidas. O *Governo espanhol* sustenta esta argumentação tanto no que diz respeito aos direitos especiais visados no artigo 2.° como no que diz respeito aos artigos 8.° e 9.° da directiva.

A *Comissão* observa que a directiva faz uma análise completa, clara e precisa da situação existente, das infracções e dos objectivos a alcançar para lhes pôr cobro. Para a Comissão, não se pode esquecer que o acto em causa é uma directiva, que, por natureza, é um acto geral dirigido a todos os Estados-membros e no qual não se pode incluir um exame circunstanciado de cada situação particular, mesmo se durante a sua elaboração a Comissão tomou em consideração todos os elementos que estavam na sua posse. Além disso, a Comissão argumenta que os Estados-membros estiveram associados à elaboração da directiva e tiveram oportunidade de se exprimir sobre o seu conteúdo.

d) A violação do princípio da proporcionalidade

Para o *Governo italiano*, a Comissão, em vez de partir do princípio de que a própria atribuição de direitos especiais ou exclusivos é contrária ao Tratado, com a consequência de obrigar a eliminar (artigo 2.° da directiva) ou a limitar (artigo 4.°) estes direitos, deveria ter empreendido um inquérito sobre os diferentes comportamentos adoptados no exercício destes direitos, verificar se estes comportamentos eram ou não conformes com o Tratado e, em caso negativo, reprimi-los. É evidente que a eliminação constitui um instrumento desproporcionado em relação ao objectivo a alcançar.

Pelas mesmas razões, os *Governos espanhol* e *italiano* salientam que o artigo 90.°, n.° 3, do Tratado não atribui à Comissão o poder de obrigar os Estados-membros a influenciar, de forma autoritária, o conteúdo dos contratos livremente celebrados no passado entre responsáveis e utilizadores (artigo 8.° da directiva).

A *Comissão* alega que o argumento suscitado pelo Governo italiano consiste, de facto, em apresentar, sob outra forma, o fundamento baseado na incompetência da Comissão (o artigo 90.°, n.° 1, do Tratado pressupõe a existência de direitos especiais ou exclusivos), ao qual considera já ter cabalmente respondido.

No que diz respeito ao artigo 8.° da directiva, que permite aos clientes dos organismos de telecomunicações rescindir um contrato de fornecimento de serviços de telecomunicações de duração superior a um ano, a Comissão observa que esta disposição apenas constitui o corolário da obrigação de eliminar os direitos especiais ou exclusivos. Como o trigésimo primeiro considerando da directiva indica, seria inútil abrir o mercado de serviços de telecomunicações à concorrência dos operadores privados, se os clientes ligados aos organismos de telecomunicações por contratos de longa duração, organismos estes que detêm os direitos exclusivos, continuassem, durante anos, a estar vinculados em relação ao anterior detentor do monopólio do serviço em questão.

M. Zuleeg
Juiz-relator