CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL GIUSEPPE TESAURO

apresentadas em 13 de Fevereiro de 1990 *

Senhor Presidente,
Senhores Juízes,

1. No presente recurso discute-se a já bem conhecida Directiva 88/301/CEE da Comissão, de 16 de Maio de 1988 [1], relativa à concorrência nos mercados de terminais de telecomunicações, cuja base jurídica é o n.° 3 do artigo 90.° do Tratado CEE. Trata-se da segunda aplicação dada pela Comissão à referida norma para efeitos de adopção de uma directiva, após a também conhecida directiva «transparência», objecto do acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de Julho de 1982, França, Itália e Reino Unido/Comissão [2]. Que o recurso ao n.° 3 do artigo 90.° do Tratado é tudo menos pacificamente aceite pelos Estados-membros prova-o o apoio de quatro governos (alemão, belga, grego e italiano) à posição do Estado-membro recorrente, mas também a oposição — diversas vezes assinalada na imprensa — dos Estados e do Conselho a uma posterior directiva em matéria de telecomunicações, relativa, sobretudo, aos serviços, adoptada pela Comissão alguns meses depois da publicação da que hoje nos ocupa, e ainda não notificada.

É evidente que o presente litígio oferece a este Tribunal a oportunidade de apreciar e de resolver um problema jurídico de indiscutível importância, mesmo institucional, acerca do alcance das obrigações que incumbem aos Estados-membros quanto à existência e à actividade de empresas públicas ou concessionárias de direitos especiais ou exclusivos, neste caso no sector dos terminais de telecomunicações e, sobretudo, quanto à definição das competências da Comissão (e, implicitamente, também das outras instituições) relativamente às intervenções públicas na economia dos Estados-membros. Em substância, pede-se ao Tribunal de Justiça uma interpretação do artigo 90.°, sobretudo dos seus n.os 1 e 3, que permita superar a sua clara... obscuridade.

Objecto do litígio

2. Da fase escrita, e sobretudo da audiência, resultou que a preocupação principal dos Estados que contestam a directiva não é tanto o conteúdo material do acto impugnado mas sobretudo a *competência* da Comissão para regulamentar tais situações com base no n.° 3 do artigo 90.°, bem como para determinar as modalidades da respectiva execução. Isto não significa, evidentemente, que todos os Estados estejam de acordo com a Comissão em reconhecer que a manutenção dos direitos especiais ou exclusivos atribuídos aos organismos que operam no sector das telecomunicações nos respectivos ordenamentos esteja em contradição com o Tratado, mas apenas que, mais ou menos abertamente, todos deixaram perceber que o processo de liberalização do mercado dos terminais de telecomunicações,

* Língua original: italiano.

1 — JO L 131 de 27.5.1988, p. 73.

2 — Processos apensos 188/80, 189/80 e 190/80, Recueil, p. 2545.

que está na base da actuação da Comissão, não os deixa indiferentes. Todavia, no que respeita às modalidades, ao processo e à base jurídica utilizados pela Comissão, todos os Estados — recorrente e intervenientes — parecem fazer-se eco da exclamação de Dante «... il modo ancor m'offende...».

3. Vejamos, portanto, a essência do problema e o «modo». Embora o relatório para audiência exponha exaustivamente os factos, o quadro normativo e os argumentos das partes, não me parece que seja supérfluo resumir brevemente a origem do litígio.

4. Ponto de partida da actuação da Comissão foi a constatação de que, graças ao desenvolvimento tecnológico e, em especial, aos efeitos exercidos pela informática no sector das telecomunicações, a situação actual no mercado em causa não é satisfatória. Para permitir a realização do grande mercado interno revela-se necessário, portanto, evoluir para uma forma mais ampla de liberalização, em especial no que respeita aos terminais de acesso à rede de telecomunicações. Por outras palavras, se — pelo menos actualmente — a Comissão parece reconhecer a inevitabilidade da manutenção de estruturas monopolísticas de carácter público no sector das *redes de telecomunicações*, também considera que os eventuais direitos especiais ou exclusivos atribuídos pelos Estados-membros às empresas concessionárias no que respeita à importação, à comercialização, à ligação, à instalação e à manutenção dos *terminais de telecomunicações* já não são aceitáveis. O núcleo central da directiva impugnada consiste, assim, na obrigação imposta aos Estados-membros, através do artigo 2.°, de eliminarem tais direitos e de comunicarem à Comissão as medidas adoptadas e os projectos apresentados para tal efeito.

Além do artigo 2.°, o Governo recorrente impugna igualmente os artigos 6.°, 7.° e 9.° da directiva. O artigo 6.° porque prevê a separação das funções de regulamentação técnica e de comercialização de bens e/ou serviços. O artigo 7.° porque prevê que os Estados-membros têm a obrigação de tomar as medidas necessárias para tornar possível a rescisão, mediante um pré-aviso máximo de um ano, dos contratos de locação e de manutenção de aparelhos terminais que, aquando da sua conclusão, eram objecto de direitos especiais ou exclusivos concedidos a determinadas empresas. O artigo 9.° porque estabelece a obrigação de apresentar anualmente um relatório que permita à Comissão verificar o respeito pelas disposições da directiva.

Em contrapartida, no que respeita aos outros artigos, considerados dissociáveis dos ora impugnados, o Governo francês considera ser possível a sua manutenção, uma vez que, em seu entender, não contêm os mesmos vícios de que padecem os artigos impugnados.

Posições em confronto

5. Os fundamentos apresentados pelo Governo recorrente, nos quais foi acompanhado pelos governos intervenientes, consistem em incompetência da Comissão, violação de formalidades essenciais que se consubstancia em fundamentação insuficiente, violação do princípio geral da proporcionalidade e desvio de procedimento.

6. Sublinhe-se, todavia, que, qualquer que seja a articulação e a qualificação dos fundamentos, o problema central sujeito à apreciação do Tribunal de Justiça é o da *competência* da Comissão. Exactamente por esta razão, é útil clarificar que a alegada incompetência é perspectivada sob diversos ângulos.

Numa primeira configuração, o vício de incompetência reveste sobretudo os contornos de errada aplicação de uma norma material, mais concretamente do n.° 1 do artigo 90.° Aquilo que essencialmente se contesta é que a Comissão tenha, através do acto impugnado, declarado a ilegalidade (e, consequentemente, solicitado a eliminação) dos direitos especiais ou exclusivos, quando é certo que a legalidade destes últimos é *postulada* pelo n.° 1 do artigo 90.° Por outras palavras, a instituição terá procedido a uma errada aplicação de tal norma, na medida em que equiparou a *concessão de direitos especiais e exclusivos* — lícita também à luz do artigo 37.° — com a *adopção de medidas contrárias às normas do Tratado*, este sim um comportamento contrário ao n.° 1 do artigo 90.° Por conseguinte, a análise a que a Comissão poderia (e deveria) ter procedido, se tivesse querido manter-se dentro dos limites materiais estabelecidos na referida disposição, deveria ter incidido exclusivamente sobre o exercício dos poderes em questão, a fim de verificar a respectiva compatibilidade com as outras disposições materiais do Tratado.

Em seguida, bem vistas as coisas, com esta questão fundamental de princípio relaciona-se o fundamento da violação do princípio da proporcionalidade, por a Comissão ter utilizado um instrumento — a eliminação dos direitos — claramente desproporcionado relativamente ao objectivo de conter o seu exercício dentro dos limites estabelecidos pelo Tratado.

Além disso, mesmo admitindo que a Comissão não ultrapassou os limites materiais do n.° 1 do artigo 90.°, ela ultrapassou, de qualquer modo, os limites estabelecidos pelo n.° 3 do mesmo artigo, que não autorizam a adopção de uma directiva com funções de «repressão» de uma infracção como alternativa ao processo previsto no artigo 169.°: donde também o vício de desvio de procedimento.

Finalmente, também o referido poder repressivo teria sido mal exercido pela Comissão, dado não ter sido fornecida qualquer indicação concreta acerca das razões pelas quais os referidos direitos terão dado lugar a situações discriminatórias ou de qualquer modo incompatíveis com as normas sobre a concorrência e o mercado comum: por conseguinte, segundo o Governo recorrente, estamos igualmente perante o vício de falta de fundamentação.

7. Mas o recurso da República Francesa, bem como as observações apresentadas pelos outros Estados intervenientes, não se limita à análise deste problema. A incompetência da Comissão é igualmente alegada sob outro ponto de vista e, desta vez, deve ser entendida como «incompetência» em sentido próprio. A Comissão, violando o princípio da atribuição de competências consagrado no artigo 4.° do Tratado, tornou a dificuldade e a obrigação de verificar, caso a caso, se existiriam discriminações em relação aos aparelhos terminais importados, adoptando um acto geral de natureza *normativa* cuja finalidade é, em substância, regulamentar todo um sector da economia. Ora, tal acto está, evidentemente, para além da esfera de poderes (o poder-dever de vigilância) que o n.° 3 do artigo 90.° reconhece à Comissão e poderia, no máximo, ter sido objecto de uma *proposta ao Conselho* com base no artigo 100.°-A.

8. A Comissão contesta, naturalmente, a incompetência alegada pelo Governo recorrente sob os dois aspectos a que acabei de fazer referência.

Em primeiro lugar, a recorrida nega que o n.° 1 do artigo 90.° pressuponha a manutenção de todos os direitos especiais ou exclusivos. Há direitos cuja existência é inseparável do seu exercício e o único modo de evitar que este se processe de forma ilegal é eliminar o próprio direito. Em segundo lugar, a Comissão, após reafirmar que o acto impugnado não é uma simples decisão destinada a pôr termo a medidas contrárias ao Tratado, mas uma «directiva que toma em consideração a estrutura global dos mercados de terminais de telecomunicações nos vários Estados-membros e que define, com base numa avaliação global e numa análise pormenorizada da situação nos Estados-membros, os meios a adoptar para que estes Estados possam respeitar as regras do Tratado que lhes são aplicáveis» — neste sentido se manifestou igualmente o agente da Comissão na audiência —, defende que a directiva em causa não constitui o exercício de um poder de regulamentação que ultrapasse os limites da vigilância ou do controlo, nem tão-pouco pretende disciplinar todo um sector da economia. A realidade é bastante mais simples: trata-se, por um lado, de pôr cobro a infracções existentes e, por outro, de evitar que no futuro elas se cometam; ambas as finalidades se incluem na competência atribuída à Comissão pelo n.° 3 do artigo 90.° do Tratado.

A Comissão refuta igualmente o argumento segundo o qual o objectivo que pretendeu alcançar com a directiva impugnada, baseada no n.° 3 do artigo 90.°, deveria ter sido objecto de uma directiva do Conselho ao abrigo do artigo 100.°-A. O âmbito de aplicação das duas disposições é diferente. Com efeito, o artigo 100.°-A tem como objectivo eliminar os obstáculos resultantes da existência de legislações ou regulamentações nacionais, ao passo que o n.° 3 do artigo 90.° atribui à Comissão um dever de vigilância quanto ao respeito pelos Estados-membros das obrigações que lhes são impostas pelo n.° 1 do artigo 90.°, acompanhado do consequente poder de adoptar as decisões e as directivas necessárias para tal efeito.

Observações gerais

9. Antes de me pronunciar sobre as posições em conflito, quero efectuar algumas considerações.

a) *Sobre o artigo 90.°*

10. Em primeiro lugar, quero sublinhar que, embora a jurisprudência do Tribunal de Justiça ofereça interessantes asserções, não permite resolver todos os problemas que hoje nos ocupam. É verdade que o acórdão relativo à directiva «transparência», em especial, bem como o mais recente acórdão de 30 de Junho de 1988, Comissão/Grécia [3], esclareceram em parte o *alcance* do poder da Comissão ao abrigo do n.° 3 do artigo 90.°, do Tratado, na medida em que confirmaram que «as "directivas" e "decisões" referidas por essa disposição do Tratado se incluem entre as directivas e decisões previstas pelo artigo 189.°» (n.° 11 do acórdão proferido no processo 226/87).

3 — Processo 226/87, Colect., p. 3611.

Todavia, embora a questão da legalidade do exercício do poder atribuído pelo n.° 3 do artigo 90.° para efeitos «repressivos» tenha ficado por resolver no acórdão Comissão/ /Grécia, o acalorado debate que o presente processo suscitou é significativo da incerteza ainda existente quanto à *natureza* e aos *limites* do poder da Comissão nos termos do n.° 3 do artigo 90.°, quer entre os Estados-membros quer entre as instituições.

11. Numa perspectiva mais geral, assinale-se em seguida que a clara obscuridade do artigo 90.°, a que acima fiz alusão (tal como a obscura clareza atribuída, desde há algum tempo e de forma autorizada, ao artigo 37.°, ambas as disposições tendo em comum o facto de terem a mesma origem e de fazerem parte do artigo 28.° do projecto de Tratado), não se deve certamente ao acaso ou a uma imprevista dificuldade de redacção, mas à dificuldade objectiva de conciliar a própria ideia de um monopólio ou de uma empresa beneficiária de direitos exclusivos com um regime de concorrência livre e de mercado comum.

Esta dificuldade resulta, em meu entender, da contradição de fundo de todo o projecto comunitário consagrado no Tratado entre, por um lado, a previsão concreta de um mercado comum e de um regime de concorrência livre e, por outro, a manutenção da possibilidade de os Estados-membros procederem às suas opções em matéria de política económica, salvo a eventualidade de coordenação. A referida contradição deu azo, em termos formais, aos artigos 222.°, 37.° e 90.°, no que a este processo mais directamente diz respeito, mas também, para mencionar outro aspecto, a maior «cautela» das disposições sobre a livre circulação de capitais, se comparadas com as relativas às outras liberdades ou ainda as especificidades e os atrasos autorizados nos sectores da banca e dos seguros. Em seguida, e em termos substanciais, o projecto liberalizante do Tratado, quanto mais de perto toca as opções deixadas ao arbítrio e à responsabilidade dos Estados-membros, mais tem de se limitar a fazê-lo «na medida» do que for indispensável para a sua realização. A propósito, permita-se-me associar na mesma dimensão lógica a expressão «na medida em que tal for necessário ao bom funcionamento do mercado comum», que no artigo 67.° define e limita o dever dos Estados-membros de suprimirem as restrições aos movimentos de capitais; a prudência do n.° 2 do artigo 90.°, que sujeita as empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral às disposições do Tratado «na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de facto, da missão particular que lhes foi confiada»; e a afirmação do Tribunal de Justiça, no acórdão sobre a directiva «transparência», de que a competência atribuída à Comissão pelo n.° 3 do artigo 90.° «se limita às directivas e às decisões necessárias ao cumprimento eficaz do dever de vigilância imposto pelo mesmo n.° 3» (n.° 13 do acórdão citado).

b) *Duas pistas de leitura da directiva*

12. Em segundo lugar, resulta claramente do debate entre as partes, de que se fizeram eco — fora do presente processo, aliás — algumas tomadas de posição de outras instituições comunitárias, que a análise do litígio se coloca a dois níveis diferentes, dado que

a directiva impugnada pode ser — e, efectivamente, foi — interpretada e avaliada de acordo com duas pistas de leitura diferentes.

13. Segundo a primeira, encontramo-nos perante uma directiva que, em substância, declara a incompatibilidade com o Tratado (especialmente com os artigos 37.°, 59.° e 86.°) de um regime de direitos exclusivos em vigor na maior parte dos Estados-membros no sector dos terminais de telecomunicações e que impõe a respectiva eliminação no conjunto dos Estados-membros, além de prescrever medidas acessórias e relacionadas com tal imposição. Nesta óptica, a contestada competência da Comissão é exercida por intermédio de um (normal) poder de fiscalização da legalidade do comportamento dos Estados-membros relativamente à regulamentação do mercado comum (mercadorias e serviços) e da concorrência. A própria Comissão reivindicou, ao longo da fase contenciosa do processo, mais ou menos nestes termos, a sua competência, embora não tenha deixado de proferir algumas declarações divergentes em resposta a deduções concretas do Estado recorrente e dos Estados intervenientes no processo.

14. A segunda pista de leitura, em contrapartida, afirma que estamos perante uma directiva que revela o exercício de um poder normativo em sentido próprio, e amplo, acrescente-se, na medida em que a Comissão, partindo de uma definição das obrigações dos Estados-membros por força dos artigos 30.°, 37.°, 59.° e 86.° do Tratado, pretendeu disciplinar o sector dos terminais de telecomunicações em termos diferentes do modelo em vigor na maior parte dos Estados-membros relativamente a alguns ou a todos os aparelhos terminais em questão.

Deste ponto de vista, o acto já não pode ser encarado no plano da estrita fiscalização da legalidade, mas sobretudo como uma escolha de oportunidade, típica do exercício de um poder normativo em sentido próprio e que evidentemente não se pode excluir tenha sido ditada pela exigência de «punir» e/ou «prevenir» eventuais violações do Tratado. É esta, na verdade, a perspectiva que resulta igualmente da referência alternativa ao artigo 100.°-A como base jurídica legítima de um acto com os objectivos da directiva em questão, feita pelo Estado recorrente e pelos intervenientes no processo (sobretudo o Governo belga), bem como — noutra sede — pelo Parlamento Europeu [4] e pelo Conselho [5], mas que, de facto, se pode igualmente alcançar da própria economia da directiva e, em especial, da sua fundamentação, bem como da circunstância de a Comissão ter anunciado antecipadamente a sua adopção como momento importante de uma série de iniciativas de tipo legislativo destinadas a «desenvolver» o mercado dos terminais e dos serviços de telecomunicações [6].

15. Feitas estas apreciações gerais, as considerações que se seguem incidirão sucessivamente (respectivamente, pontos 16 a 41 e 42 a 55) sobre as duas hipóteses por último descritas, uma vez que entendo que o Tribunal de Justiça não pode deixar de dar resposta completa às questões que as partes reclamam e que a situação exige.

4 — Resolução de 14 de Dezembro de 1988 sobre a necessidade de superar a fragmentação no sector das telecomunicações, ponto 8 (JO 1989, C 12, p. 66).

5 — Ver *Agence de l'Europe* de 13.10.1989, p. 13, e de 9.12.1989, p. 7.

6 — Ver, por exemplo, Doc. COM(88) 48 final, comunicação de 9 de Fevereiro de 1988.

Quanto à errada aplicação do n.° 1 do artigo 90.°

16. Em primeiro lugar, impõe-se verificar se uma directiva que obriga os Estados-membros a eliminarem o regime dos direitos exclusivos no sector dos terminais de telecomunicações, por incompatibilidade com determinadas disposições do Tratado, está em conformidade com os limites materiais e processuais estabelecidos no artigo 90.°

17. Considerando que o poder da Comissão ao abrigo do n.° 3 do artigo 90.° está limitado, quanto ao seu objecto, pelo n.° 1 do mesmo artigo, entendo, em primeiro lugar, que há que responder à questão de saber se a mera existência de um regime de direitos exclusivos a favor de determinadas empresas se pode considerar compreendida entre as «medidas» contrárias ao Tratado que os Estados-membros não podem «tomar» nem «manter» e em relação às quais se exerce o poder de vigilância. Como indiquei, de facto, o Estado recorrente defende que a eliminação de um monopólio ou de um regime de direitos exclusivos não está prevista, independentemente de ser ou não justificada, por nenhuma norma do Tratado: pelo contrário, o próprio artigo 90.° assenta no pressuposto da legalidade da sua existência.

18. O Tribunal de Justiça já se pronunciou diversas vezes sobre esta questão, de tal modo que as partes não deixaram de invocar alguns acórdãos mais significativos. No processo Manghera[7], por exemplo, o Tribunal de Justiça, depois de sublinhar, relativamente ao artigo 37.°, que «embora não exija a eliminação de tais monopólios, o referido artigo impõe que se proceda imperativamente a uma sua adaptação susceptível de assegurar, no termo do período transitório, a supressão completa das discriminações em causa» (n.° 5), declarou que «o artigo 37.°, n.° 1, do Tratado CEE deve ser interpretado no sentido de que, o mais tardar até 31 de Dezembro de 1969, qualquer monopólio nacional de carácter comercial deveria ter sido adaptado de modo a eliminar o direito de importação exclusivo a partir dos outros Estados-membros» (n.° 13).

19. O princípio enunciado pelo Tribunal no acórdão Manghera parece, portanto, ir no sentido proposto pela Comissão. Todavia, embora não se deva ignorar que, naquele caso — ao contrário do que aqui acontece —, o beneficiário do direito exclusivo de importação era igualmente produtor, o que permitia presumir a existência de uma discriminação relativamente aos outros produtores comunitários, cabe notar que o referido acórdão se limita ao direito exclusivo de importação, não se afirmando que as suas estatuições sejam igualmente válidas em relação aos outros direitos especiais ou exclusivos. A este propósito, não deixa de ser significativa a afirmação contida no mesmo acórdão de que o artigo 37.° não exige a eliminação dos monopólios comerciais, considerados legais, mas apenas a eliminação das discriminações resultantes, naquele caso, da mera existência de um direito exclusivo de importação (n.os 10 a 13).

20. Noutras ocasiões, pronunciando-se em termos mais gerais, o Tribunal declarou que «o n.° 1 do artigo 90.° não proíbe os Estados-membros de atribuírem a empresas direitos especiais ou exclusivos... Todavia, para o cumprimento da sua missão, tais entidades permanecem sujeitas à proibição de discriminação, sendo-lhes aplicáveis as disposições referidas no artigo 90.° no que respeita às empresas públicas e às empresas a

7 — Acórdão de 3 de Fevereiro de 1976 (59/75, Recueil, p. 91).

que os Estados concedem direitos especiais ou exclusivos. A interpretação conjugada do disposto nos artigos 86.° e 90.° leva-nos a concluir que a existência de um monopólio a favor de uma empresa à qual um Estado-membro tenha concedido determinados direitos exclusivos não é, *per se*, incompatível com o artigo 86.° O mesmo deve dizer-se, portanto, do alargamento dos direitos exclusivos subsequente a uma nova intervenção desse Estado» [8]. E o Tribunal deixou ao juiz nacional o cuidado de verificar, sempre que o entendesse necessário, a compatibilidade de determinados comportamentos com as normas materiais do Tratado.

21. No processo Hansen [9], o Tribunal reafirmou que «o artigo 37.° não impõe a eliminação total dos monopólios nacionais de carácter comercial, mas apenas a sua adaptação, de modo a que seja afastada, no que respeita às condições de abastecimento e de escoamento, qualquer discriminação entre os cidadãos dos Estados-membros» e, significativamente, que «o artigo 37.° continua aplicável sempre que, mesmo após a adaptação prescrita pelo Tratado, o exercício, por parte de um monopólio público, dos seus direitos de exclusividade comporte discriminações ou restrições proibidas pelo mesmo artigo» (n.° 8).

22. Ora, a Comissão, baseando-se especialmente na citada afirmação do Tribunal no acórdão Manghera, segundo a qual qualquer monopólio comercial deveria ser adaptado de modo a eliminar o direito exclusivo de importação a partir dos outros Estados-membros, conclui que o simples facto de manter, a favor das empresas titulares de direitos exclusivos relativamente à rede de telecomunicações, um direito exclusivo de importação, de comercialização, de ligação, de instalação e de manutenção de aparelhos terminais de telecomunicações constitui uma medida na acepção do n.° 1 do artigo 90.°, e que a própria existência de tais direitos consubstancia uma infracção, uma vez que é do próprio direito exclusivo que nascem a discriminação e o abuso (ver em especial a tréplica, p. 11).

Não posso partilhar este entendimento, na medida em que constitui uma interpretação arbitrária do princípio enunciado pelo Tribunal no acórdão Manghera, visto que, por um lado, alarga a força vinculativa do acórdão ao regime dos direitos exclusivos no seu conjunto, independentemente do facto de estarem em causa mercadorias ou serviços e, de qualquer modo, não apenas ao direito de importação e que, por outro, ignora outras clarificações contidas, sobre esta matéria, no mesmo acórdão Manghera e em jurisprudência posterior, por nós recordada, da qual resulta bastante nitidamente uma orientação global em sentido diferente do indicado pela Comissão.

23. Na verdade, para além das declarações relativas ao caso concretamente em discussão, considero que da citada jurisprudência do Tribunal de Justiça resulta uma orientação de fundo inequívoca e coerente. Por um lado, destaca-se a exigência de dar um sentido à formulação do artigo 37.° e do n.° 1 do artigo 90.°: não se pode ignorar a insistência (mesmo no acórdão Manghera, n.° 5) com que se afirmou que um monopólio comercial ou um regime de direitos exclusivos não é, *per se*, contrário ao Tratado (artigos 37.° e 86.°) e que, portanto,

8 — Acórdão de 30 de Abril de 1974 (155/73, Recueil, p. 409).
9 — Acórdão de 3 de Março de 1979 (91/78, Recueil, p. 935).

não se pode exigir a sua eliminação enquanto tais. Por outro lado, sublinha-se igualmente a exigência de verificar em concreto — mas sem limites nem juízos prévios — a compatibilidade dos regimes nacionais com o Tratado e de, sendo caso disso, incumbir o juiz nacional dessa verificação [10]. Por exemplo, no acórdão de 7 de Junho de 1983, Comissão/Itália [11], o Tribunal de Justiça, após reafirmar, citando o acórdão Manghera, que o artigo 37.° «não impõe a eliminação total dos monopólios nacionais» (n.° 11), acrescentou que, «tratando-se de uma regulamentação aplicável indistintamente aos produtos nacionais e aos produtos importados, há que analisar se a regulamentação em causa é susceptível, mesmo assim, de ter um efeito discriminatório ou de falsear a concorrência, reduzindo as importações de produtos do tabaco e de entravar, desse modo, o comércio intracomunitário» (n.° 12).

24. De uma maneira mais geral, a circunstância de um monopólio ou de um regime de direitos especiais ou exclusivos poder não estar em perfeita conformidade com um sistema baseado na livre concorrência é demasiado evidente; mas, exactamente por este facto, trata-se de uma circunstância que o constituinte comunitário não podia deixar de ter bem presente.

Por conseguinte, é evidente que o Tratado, se se pretender ser coerente com o artigo 222.° e com o projecto comunitário global, teve a intenção de «tolerar», considerando-os, «em si», legais, os monopólios e os regimes de direitos especiais ou exclusivos, atribuindo, todavia, à Comissão a incumbência de actuar no sentido de que seja feito o necessário para garantir o respeito pela regulamentação relativa ao mercado comum de mercadorias e de serviços e à livre concorrência, sem prejuízo da eventual derrogação prevista no n.° 2 do artigo 90.°

Assim se explica a formulação aparentemente obscura, mas oportunamente equilibrada, quer do artigo 37.° quer do n.° 1 do artigo 90.° e, em especial, a «adaptação» dos monopólios comerciais pretendida pelo artigo 37.°, através do mecanismo da recomendação, além dos poderes de vigilância conferidos à Comissão pelo n.° 3 do artigo 90.°, bem como, «sempre que necessário», a possibilidade de utilizar os instrumentos, por hipótese mais incisivos, da directiva e da decisão, sempre com o intuito de melhor exercer o seu dever de vigilância.

25. Em abstracto, portanto, parece-me que a mera existência de um monopólio ou de um regime de direitos exclusivos não é, *per se*, contrária ao Tratado. Mas esta resposta é, exactamente, abstracta.

26. Em concreto, a análise de cada caso em particular pode sugerir uma resposta diversa. A verdadeira essência do artigo 90.°, numa leitura prospectiva e apoiada na jurisprudência do Tribunal de Justiça, é evitar que os Estados-membros, livres que são de efectuar uma opção social de política económica e de instituir ou de manter um regime de monopólio ou de direitos exclusivos num ou noutro sector, sejam livres de o fazer subtraindo completamente a empresa pública ou concessionária de direitos exclusivos às regras do jogo, sobretudo no que respeita ao mercado comum de mercadorias e de serviços e à livre concorrência. E isto à semelhança do artigo 37.° que, segundo o Tribunal, «visa assegurar o respeito pela regra fundamental da livre circulação de mer-

10 — Ver, além dos acórdãos acima referidos, os acórdãos de 9 de Maio de 1985, Comissão/França (21/84, Recueil, p. 1355); de 3 de Outubro de 1985, Telemarketing, n.° 17 (311/84, Recueil, p. 3261); e de 4 de Maio de 1988, Bodson (30/87, Colect., p. 2479).

11 — Processo 78/82, Recueil, p. 1955.

cadorias no conjunto do mercado comum e manter, desse modo, condições normais de concorrência entre as economias dos Estados-membros no caso de, em algum desses Estados, determinado produto estar sujeito a um monopólio nacional de carácter comercial» (acórdão Comissão/Itália, já referido, n.° 11).

27. Se isto é verdade, não se pode negar, invocando a letra dos artigos 90.° e 37.°, que quer a criação da situação jurídica quer a atribuição dos direitos especiais ou exclusivos constituem já violações do Tratado e, portanto, entram no âmbito da proibição do n.° 1 do artigo 90.° Pelo contrário, precisamente nesta hipótese não será necessário que o Estado adopte outras «medidas» para que se manifeste uma incompatibilidade com o Tratado e se entre, portanto, no âmbito de aplicação do n.° 1 do artigo 90.° (e, do mesmo modo, do n.° 3 do artigo 90.°). Até agora, o Tribunal de Justiça ainda não se pronunciou expressamente sobre a questão de saber se o artigo 37.° ou o artigo 90.° implicam a eliminação das discriminações designadas por potenciais, ou seja, da mera possibilidade de discriminações resultantes da existência de direitos exclusivos, não obstante isso lhe ter sido por diversas vezes solicitado (ver as conclusões do advogado-geral Warner no processo Manghera, bem como o pedido prejudicial do juiz nacional).

28. Em definitivo, considero que na previsão da disposição que nos ocupa pode igualmente incluir-se a hipótese, para usar a expressão recorrente no presente processo, de incompatibilidade *per se* do monopólio ou do regime dos direitos especiais ou exclusivos.

Todavia, estou igualmente convencido, sobretudo tendo em conta a referida jurisprudência do Tribunal de Justiça, incluindo o acórdão Manghera, de que só se pode concluir que a simples concessão dos direitos exclusivos é incompatível com o Tratado através de uma verificação pontual da essência e do modo de exercício, das finalidades e das implicações da criação ou da manutenção da situação jurídica em questão relativamente ao mercado comum de mercadorias e de serviços e à livre concorrência. A resposta deve, em suma, ser dada em concreto, não em abstracto.

29. Acrescente-se que da relação directa e clara entre os artigos 90.° e 222.° do Tratado, sem ferir a filosofia em que se inspira o Tratado e que acima se descreveu, resulta com clareza a existência, pelo menos, de uma *presunção de legalidade* a favor da empresa pública ou beneficiária de direitos exclusivos como tais. Esta parece-me, de facto, uma pista de leitura útil e razoável do n.° 1 do artigo 90.°, que respeita o artigo 222.° e as normas destinadas a proteger o mercado comum e a concorrência. Determo-nos apenas na letra do artigo 90.°, para daí concluir, em abstracto, pela impossibilidade absoluta e radical de que a mera existência de um regime de direitos exclusivos caia igualmente sob a alçada da incompatibilidade com o Tratado, como defende o Governo francês, parece-me francamente uma perspectiva parcial e, em parte, redutora do «efeito útil» do artigo 90.° Do mesmo modo, seria também errado afastarmo-nos totalmente da formulação, decerto não casual, do artigo 90.°, bem como descurar a sua relação com o artigo 222.° e negar que a existência ou a criação de uma situação do tipo da que nos ocupa beneficia, pelo menos

em princípio, de uma presunção de legalidade.

Dentro destes limites, deve considerar-se improcedente a argumentação do Estado recorrente.

Quanto ao desvio de procedimento

30. A questão seguinte (e subsidiária) colocada pelo presente litígio, e, de um certo ponto de vista, relacionada com a anterior, é a de saber se a Comissão tem, nos termos do n.° 3 do artigo 90.°, o poder de, sobretudo servindo-se do instrumento da directiva, declarar que a existência de um regime de direitos exclusivos constitui uma infracção, em vez de utilizar o mecanismo previsto como regra geral pelo artigo 169.° do Tratado. Como já afirmei, tanto o Estado recorrente como os intervenientes contestam que, para impor a eliminação dos regimes de direitos exclusivos, uma directiva adoptada ao abrigo do n.° 3 do artigo 90.° constitua uma alternativa legítima ao procedimento do artigo 169.°, não faltando na doutrina tomadas de posição neste sentido.

O problema, mesmo na sua formulação abstracta, suscita bastantes perplexidades; por outro lado, não parece que seja resolvido pelo acórdão Comissão/República Helénica, uma vez que naquele processo o Tribunal de Justiça não tinha de se pronunciar sobre a questão de saber se a Comissão utilizara correctamente o poder conferido pelo n.° 3 do artigo 90.° ao adoptar uma decisão «repressiva» de uma infracção, mas sobre se tal decisão tinha os mesmos efeitos que uma decisão nos termos do artigo 189.°

31. Como se sabe, o Tratado previu, para o caso de se concluir que um Estado «não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do Tratado», um mecanismo geral de repressão, baseado na comunicação formal, pela Comissão, dos incumprimentos e, em seguida, na propositura de uma acção no Tribunal de Justiça, para que este declare a existência de uma infracção. Em tal processo existe, de facto, uma garantia precisa de respeito, antes mesmo da fase contenciosa, pelo princípio do contraditório e pelos direitos dos Estados em sentido amplo, garantia que não está expressamente prevista no n.° 3 do artigo 90.° Além disso, se é certo que o esquema lógico do processo ao abrigo do artigo 169.° comporta já algumas excepções, sendo substancialmente invertido, por exemplo no artigo 93.°, não é menos certo que as excepções ao artigo 169.° estão expressamente previstas no Tratado, no artigo 93.°, n.° 2, mas igualmente nos artigos 100.°-A e 225.° Nem se pode ignorar a circunstância de que, em matéria de violação das regras de concorrência, é efectivamente a Comissão a declarar a infracção, devendo, no entanto, respeitar os princípios da comunicação dos incumprimentos e do contraditório na fase pré-contenciosa, como, de resto, estabelece o n.° 2 do artigo 93.°

O n.° 3 do artigo 90.° não contém tal previsão, nem uma derrogação expressa, como a própria Comissão reconheceu para justificar a inexistência, no presente caso, de um verdadeiro processo contraditório prévio (contestação, p. 33).

32. Interrogo-me, além disso, sobre se outros problemas não resultarão igualmente do tipo de acto utilizado pela Comissão. Se já não é pacífico que uma decisão nos termos

do n.° 3 do artigo 90.° possa constituir uma alternativa congruente e legal ao processo do artigo 169.°, ainda menos adequado se afigura a utilização da directiva, instrumento por natureza pouco apto a pôr fim a uma infracção, tanto mais que o acto se dirige ao conjunto dos Estados-membros.

A explicação fornecida pela Comissão a este propósito não é esclarecedora, já que a instituição se limitou a afirmar ter preferido a via do n.° 3 do artigo 90.° à do artigo 169.° por considerar que esta última não teria «o mesmo efeito directo e imediato» da primeira (contestação, p. 12); também não é convincente a afirmação de que terá, no caso vertente, efectuado consultas prévias com os Estados-membros e com as outras instituições. Nenhum dos esclarecimentos me parece, de facto, suficiente para justificar a inexistência de uma derrogação expressa ao artigo 169.° e a falta das garantias mínimas de contraditório presentes nos processos de tipo punitivo.

Entendo, portanto, que, em princípio, a Comissão não pode recorrer ao instrumento da directiva previsto no n.° 3 do artigo 90.° com funções «repressivas» e em alternativa ao artigo 169.°

Quanto à fundamentação

33. Por outro lado, no presente processo, a apreciação do Tribunal de Justiça pode, quiçá mais utilmente, concentrar-se na questão essencial da fundamentação do acto impugnado, remetendo eventualmente para ocasiões mais oportunas a solução «de princípio» do problema. Tratando-se de um processo de infracção, destinado, além do mais, no caso em discussão, a eliminar uma situação jurídica cuja existência o Tratado presume ser legal, teria sido de facto necessário que a Comissão efectuasse uma determinação específica e analítica da infracção.

34. No caso em apreço, essa verificação por parte da Comissão, necessária num processo que se pretende de tipo «repressivo» e que deve permitir ao Tribunal de Justiça, em qualquer caso, proceder a uma fiscalização definitiva da legalidade, desde logo me parece que não existiu: e esta convicção resulta não só dos artigos 2.° e 7.° da directiva, necessária e intimamente conexionados, mas também do artigo 6.°, que poderia eventualmente ser avaliado à luz dos outros aspectos considerados.

Mais concretamente, considera-se, à luz do artigo 30.° do Tratado, que o regime dos direitos especiais ou exclusivos de importação e de comercialização «pode originar e origina frequentemente na prática obstáculos às importações» (terceiro considerando). No que respeita ao artigo 37.° do Tratado, considera-se que os direitos em questão «são exercidos de forma a prejudicar, na prática, os aparelhos provenientes de outros Estados-membros, nomeadamente impossibilitando os utilizadores de escolherem livremente os aparelhos de que necessitam, em função do preço e da qualidade, qualquer que seja a sua proveniência (e) que o exercício destes direitos é em todos os Estados-membros incompatível com o artigo 37.°» (quinto considerando).

35. Não me parece que afirmações lapidares deste tipo possam constituir uma base para a declaração da existência de uma infracção. Não é seguramente assim quando, como no presente caso, se afirma qua a própria existência do regime dos direitos exclusivos consubstancia a infracção. As próprias formulações utilizadas (o monopólio que «*geralmente*» se realiza com a atribuição de direitos exclusivos, direitos esses que «*frequentemente*» abrangem os terminais, «*podem originar e originam frequentemente na prática*» obstáculos às importações, a ponto de as prejudicarem «*na prática*») são bem pouco, sobretudo se se tiverem em atenção os especiais rigores exigidos pela presente situação, dado que se trata de afastar a presunção de legalidade do regime dos direitos especiais ou exclusivos contida no n.° 1 do artigo 90.° (e, por conseguinte, no artigo 37.°). Por outras palavras, repita-se, que o monopólio seja susceptível — frequentemente, na prática, ou outras expressões equivalentes — de prejudicar o bom funcionamento do mercado comum e a livre concorrência é um facto que os autores do Tratado tomaram em devida conta e, apesar de tudo, toleraram, de modo que a directiva da Comissão, por um lado, não descobre nada de novo e, por outro, ao eliminar pura e simplesmente o monopólio ou o regime dos direitos exclusivos, sem se preocupar em fundamentar devidamente, altera radicalmente o quadro de fundo delineado pelo n.° 1 do artigo 90.°

A falta de fundamentação é ainda mais evidente se se tiver presente, em primeiro lugar, a circunstância de que, numa directiva dirigida a todos os Estados-membros e que, nas palavras da Comissão, se destina a reprimir infracções, não se afirma sequer que todos os Estados cometeram tais infracções, nem através de que disposições legais ou de que práticas. E isso era tanto mais necessário quanto, do teor dos considerandos e sobretudo dos autos, incluindo da contestação da Comissão, resulta que em alguns Estados o regime de monopólio ou de direitos exclusivos é meramente parcial relativamente aos tipos de terminais considerados ou, pura e simplesmente, existe um regime de total liberdade, como, paradoxalmente, parece ser o caso do Estado recorrente (ver documento 3 anexo à contestação da Comissão), ao passo que noutros Estados tal regime não cria obstáculos ao comércio, não é discriminatório ou respeita as regras de concorrência (ver, por exemplo, as observações do Governo italiano, p. 9, não contestadas pela Comissão). Em segundo lugar, não é irrelevante, para a discussão que nos interessa, que o Estado recorrente tenha contestado a tentativa de reconduzir o conjunto dos direitos especiais ou exclusivos em causa a um problema de liberdade de circulação das mercadorias, dado que pelo menos alguns dos ditos terminais podem ser indistintos da rede de telecomunicações e classificados, mais adequadamente, como serviços.

36. Tudo isto nos dá igualmente uma ideia das possibilidades de fiscalização oferecidas ao Tribunal de Justiça, cujos parâmetros de apreciação devem ser anteriores à fase contenciosa e não podem ser determinados *ex post*. Basta pensar que não foi dada ao Tribunal a oportunidade de saber se as pretensas infracções foram cometidas por todos ou por apenas alguns dos Estados-membros, se o foram relativamente a todos os aparelhos terminais ou apenas a alguns e qual o *modus operandi* que, concretamente, se considera contrário ao Tratado, para além da mera existência de um regime de direitos (que nem sequer se sabe se são) exclusivos ou especiais.

37. Não me parece que se chegue a resultados diversos analisando o outro pressuposto da directiva, ou seja, a incompatibilidade *per se* dos direitos especiais ou exclusivos com a proibição de abuso de posição dominante enunciada no artigo 86.° do Tratado. A Comissão sublinha, em primeiro lugar (décimo terceiro considerando), que «os organismos de telecomunicações têm conjunta ou individualmente o monopólio da rede nacional de telecomunicações», e que essas redes são outros tantos mercados, daqui resultando que tais organismos têm uma posição dominante relativamente a uma parte substancial do mercado. Além disso, a Comissão sublinha que os direitos especiais ou exclusivos atribuídos aos organismos em questão têm como efeito impor a «locação dos aparelhos (terminais)» (sem precisar quais), em situações em que o utente poderia julgar mais conveniente comprá-los, o que se traduz numa imposição de prestações suplementares e numa limitação das possibilidades de escoamento e em entraves ao desenvolvimento técnico na acepção do artigo 86.°, alíneas b) e d) (sem especificar sob que aspecto).

Como se vê, e sem que seja necessário embrenharmo-nos nos meandros dificilmente apreensíveis do mérito das acusações, mais uma vez nos encontramos perante uma clara petição de princípio, longe, portanto, de uma fundamentação analítica que, no presente caso, repito, se impunha; em vez disso, deparamos com afirmações tão lapidares quanto previsíveis. Basta pensar naquilo que é exigido a uma decisão da Comissão que denuncia um abuso de posição dominante por parte de uma empresa e quão analíticos, específicos e pormenorizados foram os fundamentos que a própria Comissão entendeu dever utilizar em decisões ao abrigo do n.° 3 do artigo 90.°, destinadas a reprimir outras tantas infracções por parte da Grécia [12], da Espanha [13] e, mais recentemente, dos Países Baixos [14].

38. Em definitivo, a directiva que nos ocupa limita-se a enunciar o *quid demonstrandum*, deduzindo-o genericamente da mera existência de um regime de direitos especiais ou exclusivos no conjunto dos Estados-membros no sector (também ele considerado no seu conjunto) dos aparelhos terminais de telecomunicações. Subscrever tais asserções constituiria para o Tribunal de Justiça não o resultado de uma apreciação de elementos de facto e de direito e de uma fiscalização da legalidade do acto impugnado mas um verdadeiro acto de fé, que em nenhuma circunstância considero poder sugerir ao Tribunal.

39. Nem se poderá validamente contrapor que «numa directiva, que por natureza é um acto geral dirigido a todos os Estados-membros, não cabe fazer referência a todas as situações concretas que foram analisadas» (contestação da Comissão, p. 27). Isso é válido em geral, e quando se trata de uma directiva... «normal»; não quando, como até agora se analisou, de um acto com o qual se pretende declarar a existência de uma infracção ao Tratado.

40. Vistas as considerações até aqui desenvolvidas, parece-me que se pode tirar uma primeira conclusão. Se a directiva da Comissão se destinava, como reiteradamente sublinhou na sua contestação e na audiência a própria Comissão, a declarar a existência de

12 — Decisão de 24 de Abril de 1985 (JO L 152, p. 25), na origem do processo 226/87, já citado.

13 — Decisão de 22 de Junho de 1987 (JO L 194, p. 28).

14 — Decisão de 12 de Janeiro de 1990 (JO L 10, p. 47).

violações do Tratado em todos os Estados-membros, apresentando-se, portanto, como exercício do poder-dever de vigilância entendido como poder de fiscalização da legalidade dos comportamentos dos Estados, esta directiva está viciada, mesmo que não se discutisse mais nenhum problema, pelo menos por falta de fundamentação.

41. A obrigação de fundamentação seria certamente muito menos rigorosa se, em vez de exercer um poder de fiscalização da legalidade do comportamento de um ou mais Estados-membros, a Comissão tivesse efectuado uma *opção normativa em sentido próprio*, regulando o sector dos terminais de telecomunicações de uma maneira ou de outra, mesmo através da eliminação de regimes de monopólio ou de direitos exclusivos, por hipótese existentes em mais Estados-membros. Em tal hipótese, de facto, a individualização desta ou daquela infracção específica resultante do modo de actuar ou simplesmente da estrutura de um monopólio ou de um regime de direitos exclusivos, num, em vários ou em todos os Estados-membros, já não seria o objecto do acto, mas a causa da sua adopção; e o instrumento da directiva seria, em definitivo, indiscutivelmente adequado.

Quanto à incompetência em sentido próprio

42. É esta a segunda pista de leitura da directiva impugnada, a que fiz referência no início e que é claramente submetida à apreciação do Tribunal, na medida em que se nega que a Comissão, independentemente da contestação da existência das pretensas infracções, tivesse o poder de eliminar os regimes de direitos exclusivos no conjunto dos Estados-membros, disciplinando desse modo o sector dos terminais de telecomunicações em aplicação dos poderes que lhe são conferidos pelo n.° 3 do artigo 90.°, em vez de ter lançado mão de um mecanismo legislativo normal (por hipótese, ao abrigo do artigo 100.°-A), e que se lhe imputa o facto, como fez sobretudo o Governo belga, de ter efectuado uma opção de verdadeira política industrial.

43. Não é de excluir que seja esta a pista de leitura correcta para a directiva que nos ocupa. Pelo contrário, não faltam elementos nesse sentido, entre os quais se contam, em primeiro lugar, a economia e a fundamentação da directiva.

Uma fundamentação tão claramente genérica e insuficiente relativamente ao tipo de acto exigido para declarar uma infracção, bem como aos precedentes a que acima fizemos referência de decisões adoptadas com base no n.° 3 do artigo 90.°, mais do que um vício do acto resultante de um erro casual cometido pela Comissão, parece-me, de facto, constituir a prova de um modo de exercer o poder em aplicação do n.° 3 do artigo 90.° diferente do até aqui considerado e do que resultava da directiva «transparência» ou das outras decisões referidas.

Refiro-me, em especial, a fórmulas do tipo «pode originar e origina frequentemente na prática obstáculos às importações efectuadas a partir dos outros Estados-membros», ou a outra segundo a qual a atribuição dos direitos especiais ou exclusivos quanto à gestão da rede e dos serviços de telecomunicações se alarga «frequentemente» à colocação à disposição dos terminais. Refiro-me igualmente ao segundo considerando, no qual se

sublinha que a evolução técnica e económica levou diversos Estados-membros a «reverem o sistema de direitos especiais ou exclusivos no domínio das telecomunicações» e que o rápido aumento dos diferentes tipos de terminais e as múltiplas possibilidades de utilização tornam necessária a sua livre escolha pelos utilizadores. Estas são considerações que têm mais a ver com a escolha de uma nova orientação a imprimir ao sector do que à mera exigência de pôr fim a infracções, além do mais não especificamente individualizadas.

44. Não deixa de ser significativo que a eliminação dos regimes de direitos especiais ou exclusivos no sector dos terminais tenha sido seguida pela adopção de uma directiva nos mesmos termos, com a mesma estrutura e idêntica fundamentação, para o sector dos serviços de telecomunicações, e cujo artigo 2.° tem praticamente a mesma formulação que a do artigo em causa no presente processo [15]. A circunstância seria, pelo menos, singular se se tratasse de uma mera declaração de infracção, como correctamente o Governo belga observou na audiência, mas revela, em todo o caso, sobretudo uma perspectiva geral resultante da tendência liberalizadora que nos últimos anos animou as instituições comunitárias e, primeiro do que todas, o Conselho.

45. A propósito desta última questão, parece-me útil recordar a Directiva 86/361/CEE do Conselho, de 24 de Julho de 1986 [16], relativa à primeira etapa de reconhecimento mútuo das aprovações de equipamentos terminais de telecomunicações na qual se sublinha a necessidade de «instituir um quadro mais geral para preparar a segunda etapa, no decurso da qual seria criado um mercado livre e unificado de equipamentos terminais de telecomunicações, atendendo ao facto de que, para efeitos de telecomunicações, esse mercado deve incluir tanto a livre circulação dos equipamentos como a livre ligação às redes em conformidade com as exigências harmonizadas» (décimo considerando).

46. Igualmente significativa é uma resolução do Conselho de 30 de Junho de 1988 [17], na qual o Conselho, *sob proposta da Comissão*, e com base em considerações em grande parte idênticas às que estiveram na base da directiva que é objecto do presente processo, convida a Comissão «a propor, sempre que necessário, as medidas a tomar, com vista a prosseguir a realização desses objectivos nos sectores prioritários, fundando-se nos procedimentos comunitários adequados, e, em especial, as medidas destinadas à criação do mercado comum dos serviços e equipamentos das telecomunicações», isto após ter dado o seu apoio global «aos objectivos do programa de acção definidos na comunicação de 9 de Fevereiro de 1988, relativo à abertura do mercado comum das telecomunicações à concorrência até 1992, tendo ainda em conta os artigos 8.°-A e 8.°-C, introduzidos pelo Acto Único Europeu, e ao reforço da competitividade europeia, mantendo-se sempre os objectivos de serviço público das administrações das telecomunicações».

47. A Comissão, por outro lado, com base nas mesmas claras exigências de defesa técnica que a levaram tendencialmente a reduzir, no processo perante o Tribunal de Jus-

15 — Doc. C(89) 671 final. A directiva ainda não foi notificada.
16 — JO L 217, p. 21.
17 — JO C 257, p. 1.

tiça, o alcance da directiva à mera repressão e à prevenção de infracções, não pôde evitar algumas chamadas de atenção significativas, especialmente que:

— numa directiva, por natureza um acto geral dirigido a todos os Estados-membros, não há que proceder a uma fundamentação pormenorizada (contestação, p. 27);

— a opção por uma directiva ao abrigo do n.° 3 do artigo 90.°, em vez de pelo processo em aplicação do artigo 169.°, resultou da constatação de que «na maior parte dos Estados-membros eram adoptadas ou mantidas medidas contrárias ao Tratado» (mas nem as medidas nem os Estados-membros são identificados), da exigência (de ordem geral, porém) de «integrar a globalidade dos aspectos do mercado dos terminais de telecomunicações num único acto coerente, susceptível de lhe permitir continuar a exercer eficazmente o dever de vigilância» (contestação, p. 30);

— a Comissão, considerando o importante desenvolvimento tecnológico registado nos últimos anos no sector das telecomunicações e o número crescente de queixas relativas a «eventuais infracções» às normas sobre a livre circulação de mercadorias e sobre a concorrência, «entendeu não dever limitar-se a acções pontuais meramente repressivas das *infracções constatadas ou presumidas*, mas, pelo contrário, na sequência de uma análise profunda do mercado e das observações dos Estados-membros, a *especificar as obrigações dos Estados-membros* nas suas relações com as empresas de telecomunicações a que tenham concedido direitos especiais ou exclusivos» (tréplica, p. 19; sublinhados meus).

48. Esta última observação da Comissão parece-me dar o devido relevo ao ponto de vista em que a instituição se colocou e que ultrapassa, ou chega mesmo a ignorar, o poder de fiscalização que lhe confere o Tratado, e isso a fim de elaborar uma regulamentação geral e abstracta do sector («especificar as obrigações dos Estados-membros») que ultrapassa os limites do n.° 3 do artigo 90.° e é da competência do Conselho.

Por outro lado, na audiência, à questão de saber se, perante uma hipótese de infracção ao artigo 30.° por parte de um organismo público concessionário de um direito exclusivo, a Comissão considerava dever actuar através de um processo ao abrigo do artigo 169.° ou da supressão do organismo público com base no n.° 3 do artigo 90.°, o agente da Comissão respondeu que, para dar um efeito útil ao n.° 3 do artigo 90.°, «há que ultrapassar aquilo que através de uma mera acção por incumprimento se poderia alcançar», não excluindo, portanto, a adopção de um acto cujo conteúdo seja a supressão do organismo público concessionário de direitos especiais ou exclusivos.

49. Esta última observação pode conjugar-se com o núcleo essencial da posição da Comissão, segundo o qual, longe de ter exercido um poder regulamentar ou normativo em sentido próprio, se limitou a reme-

diar infracções existentes e a prevenir infracções futuras, de acordo com o exercício do poder-dever de vigilância que nesta matéria lhe é imposto pelo Tratado. Ora, mesmo perante uma tal representação, que se pretende minimizadora, resta evidentemente analisar a questão da prevenção de infracções futuras, uma vez que a apreciação será bem diferente consoante o conteúdo e o alcance que a Comissão atribui ao acto de prevenção. O resultado da prevenção será certamente alcançado de maneira satisfatória e definitiva suprimindo a situação jurídica susceptível de alimentar violações do Tratado; mas que esta seja uma actividade de simples prevenção é bastante duvidoso, tal como não sei se estaríamos perante uma prevenção das violações da proibição de os Estados-membros criarem taxas de efeito equivalente a direitos aduaneiros se se suprimisse... o «monopólio» da imposição fiscal que esses Estados-membros detêm, ou se, para evitar distorções da concorrência entre empresas públicas e privadas, se impusesse a liquidação das primeiras.

50. Por conseguinte, a hipótese de que a directiva impugnada se coloca num plano diverso do da simples repressão de infracções existentes e da prevenção de infracções futuras parece-me inteiramente procedente. De resto, foi exactamente nesta perspectiva que foi interpretada pelo Parlamento Europeu (ver, por exemplo, a resolução de 23 de Novembro de 1989 relativa à directiva «paralela» sobre os serviços de telecomunicações, PE 136.784) e prévia e oficialmente anunciada pela Comissão numa comunicação de 9 de Fevereiro de 1988, no contexto de uma série de iniciativas de tipo legislativo [18].

18 — Doc. COM(88) 48 final.

Ora, à questão colocada pelo Estado recorrente, e sobretudo por alguns Estados intervenientes, de saber se a Comissão dispõe de um poder normativo que, independentemente de existirem ou não infracções, se concretiza numa regulamentação diversa do sector que nos ocupa, parece-me indiscutível que se deve responder negativamente.

51. Em primeiro lugar, não me parece que se possa ignorar o princípio enunciado em termos perfeitamente claros pelo Tribunal de Justiça no acórdão sobre a directiva «transparência»: a competência atribuída à Comissão pelo n.° 3 do artigo 90.° «limita-se às directivas e às decisões necessárias para dar cumprimento eficaz ao dever de vigilância que lhe é imposto pelo referido n.° 3» (n.° 13), ao contrário das competências atribuídas ao Conselho, na medida em que «o artigo 94.° autoriza o Conselho a adoptar todos os regulamentos que considere úteis para efeitos de aplicação dos artigos 92.° e 93.°» (n.° 13).

Do princípio assim enunciado pode facilmente deduzir-se que a Comissão, ao contrário do que acontece com o Conselho, não tem o poder de adoptar todos os actos úteis para a aplicação do n.° 1 do artigo 90.° (na medida em que ele interessa para o presente processo), mas apenas aqueles que sejam necessários para melhor assegurar o cumprimento do dever de vigilância, o que, seguramente, não autoriza que se reconheça à Comissão um poder normativo que, na pressuposição da possibilidade de infracções em determinado sector e através de um acto dirigido a todos os Estados-membros indistintamente, defina os limites da legalidade

dos comportamentos dos próprios Estados e, nessa base, imponha a eliminação de um monopólio ou de um regime de direitos exclusivos. Efectivamente, o Tribunal de Justiça reconheceu que a Comissão pode adoptar as directivas e as decisões necessárias ao cumprimento do dever de vigilância, e não que pode eliminar os próprios pressupostos do cumprimento desse dever.

O conjunto das regras de concorrência (do artigo 85.° ao artigo 94.°) está estruturado de modo tal que a faculdade de especificar, eventualmente completando-as, as condições de aplicação das normas do Tratado é reservada ao Conselho, dispondo a Comissão, por seu turno, de uma competência de vigilância e de execução.

52. A este propósito, parece-me ser útil recordar as conclusões apresentadas pelo advogado-geral Reischl no processo sobre a directiva «transparência», mais concretamente na parte em que, após negar que exista uma alternativa entre o artigo 169.° e o n.° 3 do artigo 90.°, sublinha que a competência da Comissão se limita à aplicação do artigo 90.°, que garante que a Comissão apenas poderá adoptar actos «que se distingam pelo seu carácter técnico e instrumental», ao passo que a competência do Conselho engloba a adopção de normas de execução destinadas a completar e a concretizar as normas do Tratado, que tal limitação respeita o equilíbrio institucional em que se baseia o Tratado e explica igualmente a inexistência de garantias processuais próprias de um procedimento normativo, como o direito de iniciativa separado e o parecer do Parlamento Europeu e que, mesmo à luz do artigo 222.°, a Comissão «não dispõe de uma competência geral para estabelecer um estatuto especial aplicável às empresas públicas» (Recueil 1983, p. 2584 e seguintes).

A este propósito, basta observar que o artigo 87.°, n.os 1 e 2, atribui ao Conselho, entre outros poderes, o de determinar, eventualmente para os sectores económicos, o âmbito de aplicação dos artigos 85.° e 86.° (veja-se, em especial, o Regulamento n.° 141 do Conselho, relativo à não aplicação do Regulamento n.° 17 do Conselho ao sector dos transportes, JO 1962, p. 2751; EE 07 F1 p. 57).

Analogamente, em matéria de auxílios concedidos pelos Estados, o poder de decidir que um auxílio deve ser considerado compatível com o mercado comum, em derrogação do disposto no artigo 92.°, quando circunstâncias especiais justifiquem tal decisão, compete ao Conselho.

53. Em segundo lugar, não se pode ignorar a colocação sistemática do artigo 90.°, que certamente não foi incluído por acaso entre as regras de concorrência aplicáveis às empresas e não na parte institucional.

A única excepção aparente a esta orientação seguida pelos autores do Tratado é o poder que a última frase do n.° 2 do artigo 91.° confere à Comissão, em matéria de práticas de dumping (interno), de adoptar «a regulamentação adequada à aplicação do disposto no presente número». Mas é uma excepção apenas aparente, dado que, na realidade, se trata de um poder regulamentar de mera aplicação (recomendações da Comissão n.° 8, de 11 de Março de 1960, e n.° 21, de 25 de Março de 1960).

54. Finalmente, ninguém contesta que o poder de vigilância conferido pelo n.° 3 do artigo 90.° está relacionado com o primeiro («vela pela aplicação das disposições do presente Tratado»), e não com o terceiro («dispõe de poder de decisão próprio») travessão do artigo 155.° Deste modo, é evidente que o poder de adoptar decisões e directivas mais não pode do que ser estritamente funcional relativamente ao dever de vigilância, não podendo resultar num acto de conteúdo normativo geral, que regulamente a organização de um determinado sector no sentido da eliminação de um regime público de direitos especiais ou exclusivos.

Por outro lado, o grande número de tomadas de posição e de actos da própria Comissão, mas sobretudo do Conselho, nos últimos anos no sector das telecomunicações, e de que apenas recordámos algumas manifestações, desenha globalmente um quadro essencialmente programático, cujo desenvolvimento natural e a curto prazo se pode fundamentalmente imaginar que irá consistir na regulamentação, desta vez imperativa, da matéria, através de um processo normativo desencadeado por proposta da Comissão e concluído, com o contributo do Parlamento Europeu, pelo Conselho. Neste contexto, de resto isento de contradições substanciais quanto ao mérito da liberalização, a directiva adoptada pela Comissão em tranquilo isolamento e que «decidiu... na sequência de uma análise profunda do mercado e das observações apresentadas pelos Estados-membros, determinar as obrigações dos Estados-membros nas suas relações com as empresas de telecomunicações», afigura-se como uma antecipação anormal do processo normativo em curso, na medida em que as obrigações dos Estados-membros não tinham ainda sido definidas nem «determinadas» em relação às disposições gerais do Tratado, o que, por outro lado, explica igualmente a falta de fundamentação.

55. Por conseguinte, a referência que a recorrente faz ao artigo 4.° e ao princípio da atribuição de poderes, bem como ao equilíbrio institucional, não é infundada. A adopção pela Comissão de um acto normativo que, embora afirmando destinar-se a evitar infracções, altera os próprios pressupostos da presença do Estado num determinado sector económico, parece-me que altera os equilíbrios institucionais, não podendo, portanto, ser considerada legal pelo Tribunal de Justiça.

Conclusão

56. Vistas as considerações que precedem, sugiro ao Tribunal de Justiça que anule os artigos 2.°, 6.° e 7.°, bem como, na medida do necessário, o artigo 9.°, da Directiva 88/301/CEE da Comissão, de 16 de Maio de 1988, relativa à concorrência nos mercados dos terminais de telecomunicações, e que condene a recorrida nas despesas.