CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
apresentadas em 11 de Novembro de 1997 *

1. Em 7 de Agosto de 1995, a República Federal da Alemanha interpôs recurso perante o Tribunal de Justiça pedindo a anulação da Decisão 95/204/CE da Comissão, de 31 de Maio de 1995, que aplica o disposto no n.º 2 do artigo 20.º da Directiva 89/106/CEE do Conselho relativa aos produtos de construção [1] (a seguir «decisão impugnada»), bem como a condenação da Comissão nas despesas.

A decisão impugnada estabeleceu determinadas medidas relativas ao processo de certificação de conformidade de várias famílias de produtos. Na opinião da recorrente, essas medidas são contrárias à Directiva 89/106/CEE relativa aos produtos de construção [2], com as alterações que lhe foram introduzidas pela Directiva 93/68/CEE [3] (a seguir «Directiva 89/106»), na medida em que a decisão da Comissão não tomou em linha de conta uma série de critérios estabelecidos no n.º 4 do artigo 13.º da Directiva 89/106, ao escolher o processo de certificação de conformidade dos produtos que regula. Por esta razão a decisão impugnada é ilegal. Além disso, enferma de vícios de forma essenciais, tendo em conta que a Comissão não respeitou os prazos para a comunicação aos destinatários dos respectivos documentos preparatórios, que a decisão foi adoptada sem que o comité permanente da construção (a seguir «comité») tivesse emitido parecer favorável, e que a sua fundamentação é insuficiente.

O enquadramento normativo

2. A Directiva 89/106, adoptada pelo Conselho em Dezembro de 1988 e alterada em 1993, também denominada directiva «produtos da construção», tem como finalidade assegurar a livre circulação desses produtos no interior da Comunidade. Conforme consta do preâmbulo, há nos Estados-Membros requisitos relativos, designadamente, à segurança da construção, à saúde, à poupança de energia, à protecção do ambiente, que têm uma influência directa sobre a natureza dos produtos de construção utilizados e que se reflectem nas normas nacionais, aprovações técnicas e outras especificações e disposições técnicas, que, pela sua disparidade, entravam as trocas comerciais no interior da Comunidade. A eliminação dos entraves técnicos através da definição dos requisitos essenciais relativos à segurança e a

* Língua original: espanhol.

1 — JO L 129, p. 23.

2 — Directiva do Conselho, de 21 de Dezembro de 1988, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros no que respeita aos produtos de construção (JO 1989, L 40, p. 12).

3 — Directiva do Conselho, de 22 de Julho de 1993, que altera as Directivas 87/404/CEE (recipientes sob pressão simples), 88/378/CEE (segurança dos brinquedos), *89/106/CEE (produtos de construção)*, 89/336/CEE (compatibilidade electromagnética), 89/392/CEE (máquinas), 89/686/CEE (equipamentos de protecção individual), 90/384/CEE (instrumentos de pesagem de funcionamento não automático), 90/385/CEE (dispositivos medicinais implantáveis activos), 90/396/CEE (aparelhos a gás), 91/263/CEE (equipamentos terminais de telecomunicações), 92/42/CEE (novas caldeiras de água quente alimentadas com combustíveis líquidos ou gasosos), e 73/23/CEE (material eléctrico destinado a ser utilizado dentro de certos limites de tensão) (JO L 220, p. 1) (sublinhado meu).

outros aspectos importantes para o bem-estar geral não deve, porém, reduzir os níveis de protecção justificados actualmente existentes nos Estados-Membros [4].

De acordo com o disposto na directiva, os produtos de construção só podem ser comercializados nos Estados-Membros se estiverem aptos para a função a que se destinam, ou seja, se apresentarem características tais que as obras em que sejam incorporados, montados, aplicados ou instalados, se tiverem sido convenientemente planeadas e realizadas, possam satisfazer os requisitos essenciais estabelecidos no Anexo I, sob a forma de objectivos. Os requisitos essenciais, que se referem geralmente a factores previsíveis e que devem ser satisfeitos durante um período de vida útil economicamente razoável, estão agrupados em seis rubricas, a saber: resistência mecânica e estabilidade, segurança contra incêndios, higiene, saúde e ambiente, segurança na utilização, protecção contra o ruído, economia de energia e retenção de calor. Para tomar em consideração as diferenças, nomeadamente, entre os níveis de protecção existentes a nível nacional, cada requisito essencial pode dar origem à constituição de classes, quer nos documentos interpretativos quer nas especificações técnicas.

Por «normas harmonizadas» devem entender-se as especificações técnicas adoptadas pelo Comité Europeu de Normalização (CEN) ou pelo Comité Europeu de Normalização Electrotécnica (Cenelec), ou por ambos, com base em mandatos conferidos pela Comissão, em conformidade com a Directiva 83/189/CEE [5].

A conformidade de um produto com as normas harmonizadas é efectuada através de um procedimento de certificação de conformidade, regulado no n.° 3 do artigo 13.° A escolha do processo para um determinado produto ou família de produtos, de acordo com o disposto no n.° 4, será especificada pela Comissão, após consulta ao comité, em função de determinados critérios cuja lista consta desse número.

O artigo 20.°, n.° 2, prevê que as disposições necessárias para estabelecer o processo para a certificação da conformidade em mandatos para a normalização devem ser adoptadas nos termos dos seus n.^{os} 3 e 4: o representante da Comissão apresentará ao comité um projecto das medidas a tomar, este emitirá o seu parecer dentro do prazo a fixar pelo presidente, conforme a urgência da questão e pela maioria prevista no n.° 2 do artigo 148.° do Tratado para a adopção de decisões que o Conselho é convidado a tomar sob proposta da Comissão. As medidas podem ser adoptadas se forem conformes com o parecer; caso

4 — Segundo, terceiro e quarto considerandos.

5 — Directiva do Conselho, de 28 de Março de 1983, relativa a um procedimento de informação no domínio das normas e regulamentações técnicas (JO L 109, p. 8; EE 13 F14 p. 34).

contrário, a Comissão apresentará uma proposta ao Conselho, que deliberará por maioria qualificada. Se o Conselho não tiver deliberado no prazo de três meses, a Comissão pode adoptar as medidas propostas.

3. O comité adoptou o seu regulamento interno em Outubro de 1989. O artigo 2.° deste regulamento rege tanto as convocatórias para as reuniões como os prazos em que os documentos de trabalho de cada reunião devem chegar às representações permanentes dos Estados-Membros e aos seus representantes no comité. O artigo 6.° estabelece as condições a preencher para que se possa considerar que as reuniões do comité foram validamente convocadas e o artigo 9.° contém as normas relativas ao direito de voto.

4. A decisão impugnada pela República Federal da Alemanha foi adoptada pela Comissão em Maio de 1995 com vista a determinar o processo de certificação de conformidade para alguns produtos e algumas famílias de produtos, a saber; produtos de isolamento térmico, portas, janelas, cerramentos de vãos, portões e respectivas ferragens, membranas e produtos prefabricados de betão, de betão leve ou de betão celular autoclavado. Uma vez efectuada essa determinação, solicita-se aos comités europeus de normalização a especificação de cada sistema de certificação de conformidade constante das normas harmonizadas correspondentes. A decisão impugnada contém três artigos e três anexos, cujo conteúdo examinarei em pormenor mais adiante.

A admissibilidade do recurso

5. Gostaria de indicar, a título preliminar, que a recorrente tem legitimidade para interpor o presente recurso. Com efeito, o artigo 173.°, primeiro parágrafo, do Tratado concede aos Estados-Membros legitimidade para impugnarem em juízo a validade de qualquer acto decisório da Comissão [6]. De acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, o exercício desta acção não está condicionado pelas posições assumidas pelos representantes do Estado-Membro recorrente no seio do órgão colegial que adoptou o acto impugnado [7].

Os fundamentos do recurso

6. Segundo a República Federal da Alemanha, a decisão impugnada é contrária à Directiva 89/106 porque enferma de vícios de forma essenciais e viola o disposto no n.° 4 do artigo 13.° da referida directiva. Irei examinar os fundamentos por esta mesma ordem.

6 — Acórdão de 20 de Março de 1985, Itália/Comissão (41/83, Recueil, p. 837, n.° 30). Neste acórdão, o Tribunal de Justiça considerou que, no âmbito de um recurso de anulação, qualquer Estado-Membro pode invocar a violação pela Comissão do artigo 90.°, n.° 2, do Tratado, ainda que a empresa em causa esteja sujeita à legislação de outro Estado-Membro.

7 — Acórdão de 12 de Julho de 1979, Itália/Conselho (166/78, Recueil, p. 2575, n.os 5 e 6). Neste acórdão, o Tribunal de Justiça considerou que a República Italiana tinha legitimidade para pedir a anulação de certas disposições constantes de dois regulamentos do Conselho, apesar de o representante italiano ter emitido um voto positivo e sem reservas no momento da respectiva aprovação pelo Conselho e de o representante italiano no comité de gestão «cereais» ter feito o mesmo no momento do exame posterior de certas medidas de aplicação.

A — *Os vícios de forma essenciais: o atraso na comunicação dos documentos; a ausência de parecer do comité e a falta de fundamentação*

Quanto ao atraso na comunicação dos documentos

7. A recorrente sustenta que a decisão impugnada foi adoptada pela Comissão em violação do regulamento interno do comité, mais concretamente dos n.os 6 e 7 do seu artigo 2.° A votação do projecto de decisão estava inscrita na ordem de trabalhos da reunião do comité de 30 de Novembro de 1994. No entanto, por um lado, a representação permanente da República Federal da Alemanha não recebeu os documentos que iam ser objecto de discussão e votação e, por outro, a versão alemã do projecto de decisão foi transmitida aos membros alemães do comité, por fax, em 11 de Novembro, ou seja, com um dia de atraso; tudo isto foi salientado por carta de 29 de Novembro, enviada à Comissão pelo chefe da delegação alemã no seio do comité, em que se pedia que, por esse motivo, se adiasse a votação. A recorrente entende que se trata de vícios essenciais de processo que tiveram uma influência decisiva no comportamento da República Federal da Alemanha em toda a negociação.

8. Na sua contestação, a Comissão admite ter enviado os documentos à recorrente com um ligeiro atraso, já que lhos remeteu em 11 de Novembro, entre as 14 h 09 e as 14 h 23. Não obstante, sustenta que a versão inglesa desses documentos foi transmitida em 10 de Novembro a todos os representantes; que, desde Setembro de 1994, todos dispunham do projecto inicial de decisão, o qual já tinha sido discutido na vigésima sétima reunião do comité; acrescenta que, em 21 de Outubro de 1994, a recorrente tinha apresentado uma contraproposta redigida em alemão e em inglês, o que demonstra que conhecia o projecto de maneira precisa. Em qualquer caso, as alterações que foram introduzidas no projecto tinham sido poucas e de importância relativa, não justificando, em sua opinião, que a recorrente defenda que um atraso de meio dia tenha podido influir na sua atitude no momento da discussão e do voto no seio do comité.

No que diz respeito à carta de 29 de Novembro de 1994, a recorrida considera abusivo que a República Federal da Alemanha tivesse solicitado um adiamento da votação na véspera da reunião, apesar de tal possibilidade estar prevista no regulamento interno do comité. Além disso, se o atraso lhe tivesse causado deveras tanto prejuízo, a recorrente deveria ter insistido no seu pedido no momento da reunião, em vez de aprovar sem reservas a ordem de trabalhos e de participar nas discussões quanto ao fundo, bem como na votação, o que deu azo a que o presidente do comité pensasse que a República Federal da Alemanha tinha renunciado ao seu pedido. A recorrida conclui, no que toca ao primeiro fundamento, que, se houve vícios de forma, foram mínimos e em caso algum suficientemente importantes para justificar a anulação da decisão.

9. Na réplica, a recorrente insiste no facto de o projecto que lhe foi enviado deveria ter sido redigido em alemão, sendo, para este efeito, irrelevante o envio da versão inglesa a todos os representantes em 10 de Novembro, sobretudo num caso como este, em que a exactidão da terminologia se revestia de grande importância. Foi só a partir do momento em que a Comissão lhes comunicou a versão alemã do texto do projecto que ia ser submetido à discussão que eles puderam formar uma opinião definitiva sobre o seu conteúdo, independentemente do facto de, já anteriormente, terem tido à sua disposição outros textos mais ou menos semelhantes nessa língua.

Quanto ao seu pedido de adiamento da votação do projecto, a recorrente afirma que foi apresentado nos devidos termos, já que o regulamento interno do comité não estabelece qualquer prazo para o exercício desse direito. Esse pedido foi reiterado oralmente na reunião de 30 de Novembro de 1994, como demonstra a frase acrescentada no n.º 22 da acta da vigésima oitava reunião, aquando da sua aprovação; tão-pouco aprovou a ordem de trabalhos e, se tomou parte nas discussões com as outras delegações, tal ficou a dever-se ao seu interesse no projecto, e não porque tivesse renunciado ao seu pedido.

10. No que diz respeito à frase acrescentada na acta no momento da sua aprovação, a Comissão faz, na sua tréplica, a seguinte afirmação: «... que o facto de a frase constar da acta não significa necessariamente que a delegação alemã tivesse recusado votar. Na prática, este tipo de aditamento posterior, que uma delegação pretende que conste da acta, é inscrito pela Comissão sem que seja examinado o respectivo conteúdo; de outro modo, não seria possível que a Comissão ou os Estados-Membros colaborassem com toda a confiança».

11. Ficou demonstrado durante o processo que a Comissão não comunicou à representação permanente da República Federal da Alemanha o teor do projecto que ia ser submetido à discussão e à votação, mas que, em contrapartida, o remeteu, na versão inglesa, aos representantes dos Estados-Membros no comité, no prazo de vinte dias; também ficou demonstrado que enviou a versão alemã aos representantes alemães com atraso e que não adiou esse ponto da ordem de trabalhos para uma reunião seguinte nem adiou a data da reunião, a fim de respeitar o prazo, apesar de a República Federal da Alemanha o ter solicitado nos devidas termos.

Estes comportamentos da Comissão constituem, sem qualquer dúvida, infracções ao disposto nos n.ºs 6 e 7 do artigo 2.º do regulamento interno do comité, segundo os quais os projectos das disposições referidas no n.º 2 do artigo 20.º da Directiva 89/106, que devam ser objecto de votação, devem ser apresentados às representações permanentes dos Estados-Membros, assim como aos seus representantes no comité o mais tardar vinte dias antes da data prevista para a reunião e, se esse prazo não for respeitado, esse ponto da ordem de trabalhos deve ser transferido

para uma próxima reunião ou, caso o representante de um Estado-Membro o solicite, adiar-se a data da reunião, a fim de que o prazo seja respeitado.

12. Fica por esclarecer se essas infracções ao procedimento estabelecido pelo regulamento interno do comité têm importância suficiente para serem consideradas como vícios de forma essenciais na acepção do segundo parágrafo do artigo 173.° do Tratado susceptível de acarretar a anulação do acto impugnado. Para isso, será necessário examinar a finalidade das normas cuja infracção é alegada e os efeitos que a infracção tenha podido exercer sobre o conteúdo do acto [8].

13. Comparando o conteúdo dos n.os 5 e 6 do artigo 2.° do regulamento interno do comité, noto que o primeiro estabelece um prazo de vinte dias para que os documentos preparatórios de uma reunião e quaisquer outros documentos de trabalho sejam comunicados aos representantes titulares e suplentes dos Estados-Membros, com cópia à representação permanente. Este prazo pode ser reduzido pelo presidente, em caso de urgência, respeitando, em todo o caso, um prazo mínimo de dez dias úteis. No entanto, no procedimento estabelecido no n.° 6, os projectos das disposições que devam ser objecto de votação devem ser apresentados às representações permanentes dos Estados-Membros, assim como aos seus representantes no comité o mais tardar vinte dias antes da data prevista para a reunião, prazo este que não admite excepções.

14. Na minha opinião, esta diferença entre ambos os procedimentos justifica-se, pois têm em vista finalidades diferentes. O n.° 5 regula a comunicação de documentos preparatórios de uma reunião e de documentos de trabalho em geral, ao passo que o n.° 6 estabelece um procedimento mais rígido para quando o comité tenha que votar sobre a adopção de determinadas disposições, estando previstas, no n.° 7, as consequências que o desrespeito deste último procedimento acarreta.

O n.° 6 do artigo 2.° do regulamento interno do comité garante, portanto, que, quando houver que discutir um projecto de disposição para emitir um parecer, os representantes dos Estados-Membros no comité disponham de um prazo suficiente para o estudar. Caso contrário, existe o risco — para mais, tratando-se de normas como as do presente processo, que se revestem de grande complexidade e que podem afectar diversos sectores das administrações nacionais — de que os membros do comité não tenham podido reunir todas as informações necessárias para votarem com conhecimento de causa. O facto de o n.° 7 prever duas soluções para os casos em que o prazo de vinte dias não tenha sido respeitado (ou se transfere esse ponto da ordem de trabalhos para uma próxima reunião ou, caso o representante de um Estado-Membro o solicite, adia-se a data da reunião) vem confirmar a minha opinião sobre a importância que tem o respeito do prazo na formação da vontade dos Estados-Membros.

8 — Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 14 de Julho de 1997, B/Parlamento (T-123/95, ColectFP, p. II-697, n.° 32).

15. Gostaria de acentuar, além disso, que não se trata meramente de diferenciar, sob um ponto de vista formal, as convocatórias para as reuniões em geral das convocatórias para as reuniões em que se vai votar sobre a adopção de determinadas disposições. Há outra diferença importante que consiste em que, quando se trata da adopção de disposições como as do caso vertente, destinadas a definir o processo de certificação de conformidade, a existência ou não de um parecer conforme por parte do comité determina o procedimento que a Comissão deve adoptar a seguir para aprovar o projecto.

16. Para apreciar a influência que esta infracção tenha podido exercer sobre o conteúdo do acto impugnado, creio que o facto de a Comissão ter comunicado a versão inglesa do projecto das disposições aos representantes da República Federal da Alemanha no comité, no prazo de vinte dias, é irrelevante. O artigo 3.° do Regulamento n.° 1 [9] obriga que os textos dirigidos pelas instituições a um Estado-Membro sejam redigidos na língua desse Estado. O cumprimento desta obrigação reveste uma especial importância no processo ora em exame, já que, de acordo com o n.° 2 do artigo 19.° da Directiva 89/106, os dois representantes de cada Estado-Membro se podem fazer acompanhar de peritos. A Comissão pode, talvez, considerar como assente que os funcionários da representação permanente da República Federal da Alemanha domine a língua inglesa, mas pressupor isso quanto a ambos os representantes deste país no comité e ainda no que diz respeito aos peritos parece-me que é ir longe de mais.

17. Também me parece irrelevante, neste contexto, a alegação da Comissão relativa ao facto de a recorrente ter participado em reuniões anteriores, em que se tinha discutido o projecto inicial de decisão, e de as alterações introduzidas no referido projecto como consequência dos debates terem sido poucas e de importância relativa. Com efeito, o número e, sobretudo, a importância das alterações só puderam ser apreciados pelos representantes no comité e pelos peritos quando puderam dispor da versão em língua alemã do texto que ia ser submetido à discussão e à votação em 30 de Novembro de 1994; ora, como já foi indicado anteriormente, essa versão foi-lhes comunicada com atraso. Apesar de esse atraso ter sido mínimo, julgo ser fundada a alegação da recorrente de que ele pôde ter influenciado a sua atitude no momento da discussão e da votação no seio do comité.

18. Também tenho que dar razão à recorrente no que toca ao facto de o seu pedido de adiamento da reunião ter sido apresentado nos devidos termos e que a Comissão deveria ter dado seguimento. Com efeito, o regulamento interno não estabelece qualquer prazo para que os Estados-Membros exerçam essa faculdade. Além disso, o facto de a República Federal da Alemanha o ter solicitado na véspera constitui, em minha opinião, um indício suficiente de que, nesta data, se tornava evidente que o atraso na comunicação do texto em língua alemã impedia a preparação correcta da reunião para a data prevista. Nestas

9 — Regulamento do Conselho, de 15 de Abril de 1958, que estabelece o regime linguístico da Comunidade Económica Europeia (JO 1958, 17, p. 385; EE 01 F1 p. 8).

condições, é supérfluo examinar se a República Federal da Alemanha reiterou oralmente, em 30 de Novembro de 1994, o seu pedido para que a reunião ou a votação fossem adiados, *maxime* quando a única forma de o demonstrar seria através da acta da reunião, e a Comissão sustenta que a frase que contém uma afirmação nesse sentido foi acrescentada a pedido da República Federal da Alemanha e que, na prática, este tipo de aditamentos posteriores, que uma delegação pretende que conste da acta, são inseridos sem exame do respectivo conteúdo.

19. Pelas razões acima expostas, sou de opinião que a infracção pela Comissão do processo estabelecido nos n.os 6 e 7 do artigo 2.° do regulamento interno do comité deve ser considerada como vício de forma essencial, na acepção do segundo parágrafo do artigo 173.° do Tratado.

Quanto à ausência de parecer do comité

20. A República Federal da Alemanha afirma que a decisão impugnada foi adoptada em violação do disposto nos n.os 2 a 4 do artigo 20.° da Directiva 89/106, já que, no momento da votação do projecto na reunião de 30 de Novembro, se não atingiu a maioria exigida pela terceira frase do n.° 3 do referido artigo, que estabelece que o parecer será emitido pela maioria prevista no n.° 2 do artigo 148.° do Tratado para a adopção das decisões que o Conselho é convidado a tomar sob proposta da Comissão. Na falta de parecer, a Comissão deveria ter apresentado sem demora uma proposta ao Conselho. Contrariamente ao que consta da acta, o comité não adoptou decisão alguma sobre o projecto controvertido na reunião de 30 de Novembro de 1994. Algumas das delegações não o aprovaram de forma definitiva, formulando certas reservas em relação à possibilidade de as entidades adjudicantes imporem um processo de certificação de conformidade mais estrito, tendo a delegação dos Países Baixos formulado uma reserva relativamente à tomada em consideração nos mandatos de requisitos relativos à protecção do ambiente. A Comissão procedeu à leitura de duas declarações sobre estes temas e o presidente concedeu às delegações um prazo para reexaminarem estas questões antes de darem uma resposta definitiva. Com efeito, conforme se depreende do n.° 41 da acta da reunião, os votos positivos deviam ser confirmados no prazo de quinze dias a seguir à comunicação do texto das duas declarações. Dado que a votação que se realizou durante a reunião não alcançou a maioria necessária e que o regulamento interno do comité não prevê um processo escrito para a tomada de decisões, a República Federal da Alemanha considera que a decisão impugnada não foi validamente aprovada.

21. A Comissão afirma, a este respeito, que se depreende da acta da reunião que a maioria exigida votou a favor da adopção do projecto e que, embora tivesse havido quatro delegações que formularam uma «reserva de exame», isso em nada altera à aceitação que exprimiram em 30 de Novembro de 1994. Explica que, nesse dia, algumas delegações exprimiram dúvidas quanto às relações entre

a Directiva 89/106, a directiva sobre empreitadas de obras públicas [10] e a directiva sobre substâncias perigosas [11], e que, a fim de dar uma resposta imediata a essas questões, a Comissão, representada pela Direcção-Geral III, procedeu à leitura de duas declarações, indicando, no entanto, que a versão definitiva devia ainda ser discutida com a Direcção-Geral XV e com o Serviço Jurídico e que, em seguida, os Estados-Membros seriam notificados. Seis Estados exprimiram o seu acordo sem reservas com o projecto e outros quatro votaram também a favor, reservando, no entanto, a possibilidade de confirmarem o voto, após terem recebido a versão definitiva das declarações, o que fizeram.

A Comissão acrescenta que, apesar de o regulamento interno do comité não prever expressamente um processo escrito para a aprovação das deliberações, o certo é que também não o proíbe e que este tipo de procedimento já faz parte do elenco de processos utilizados pela Comissão [12] e pelo Conselho [13], e que se foi incorporando nos regulamentos internos adoptados pelos comités criados em datas mais recentes, em aplicação da «decisão comitologia» [14]. Em qualquer caso, as pessoas que assistiram à reunião concordaram em proceder desta forma e a recorrente só mostrou o seu desacordo com este processo nas cartas de 22 de Dezembro de 1994 e de 19 de Janeiro de 1995 e, embora no n.° 41 da acta haja uma referência neste sentido, essa frase foi acrescentada no momento da sua aprovação, não tendo a República Federal da Alemanha, no dia da reunião, dado qualquer indicação nesse sentido nem apresentado pedido algum a este respeito.

Por último, a Comissão defende que, ainda que se admitisse que não se adoptara nenhuma decisão nem no dia 30 de Novembro de 1994 nem no âmbito do processo escrito subsequente, essa falta foi sanada em 29 de Maio de 1995 com a aprovação da acta, a que se acrescentaram as versões definitivas das declarações da Comissão, sendo irrelevante o facto de a aprovação da decisão impugnada não constar da ordem de trabalhos da vigésima nona reunião, já que se tratava da comprovação definitiva do resultado de uma votação que se tinha iniciado em 30 de Novembro, quando esse ponto fazia parte da ordem de trabalhos.

22. Estou de acordo com a recorrente que, em 30 de Novembro de 1994, quando se procedeu à votação do projecto de decisão, os votos favoráveis não alcançaram a maioria exigida pelo n.° 3 do artigo 20.° da

10 — Creio que se refere à Directiva 71/305/CEE do Conselho, de 26 de Julho de 1971, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas (JO L 185, p. 5; EE 17 F1 p. 9).

11 — Creio que se refere à Directiva 67/548/CEE do Conselho, de 27 de Junho de 1967, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes à classificação, embalagem e rotulagem das substâncias perigosas (JO 1967, 196, p. 1; EE 13 F1 p. 50), que foi alterada por diversas vezes e adaptada ao progresso técnico no decorrer dos anos.

12 — O artigo 10.° do regulamento interno da Comissão, de 17 de Fevereiro de 1993 (JO L 230, p. 15), regula o chamado «processo escrito» como um dos processos de decisão a que a Comissão pode recorrer, se forem preenchidos determinados requisitos. A redacção do quarto parágrafo deste artigo foi modificada pela decisão da Comissão de 8 de Março de 1995, que altera o seu regulamento interno (JO L 97, p. 82).

13 — O artigo 8.° do regulamento interno do Conselho, de 6 de Dezembro de 1993 (JO L 304, p. 1), regula as circunstâncias e as condições em que o Conselho pode pronunciar-se mediante votação por escrito.

14 — Decisão 87/373/CEE do Conselho, de 13 de Julho de 1987, que fixa as modalidades de exercício da competência de execução atribuída à Comissão (JO L 197, p. 33).

Directiva 89/106. Com efeito, conforme consta da acta — e não é contestado por nenhuma das partes —, o presidente apurou o seguinte resultado no que diz respeito à disponibilidade das delegações para emitirem o parecer relativo ao projecto de decisão:

I. Sim e pronunciar-se-ão posteriormente sobre o conteúdo das duas declarações: I, E, DK, P, UK, L.

II. Sim, condicionado ao resultado do exame das duas declarações que a Comissão deve fazer: F, GR, IRL, NL.

III. Não: D, B (com certas cambiantes).

No que respeita aos Estados-Membros recém-aderentes, AU alinha antes com o grupo III, ao passo que SWE e FIN o fazem com o grupo I.

23. Com a intenção de salvaguardar a validade destas votações, a Comissão aduz, a título principal, que se tratava simplesmente de confirmar *a posteriori* o voto afirmativo e, subsidiariamente, que foi seguido neste caso um processo parcialmente escrito, que não é proibido pelo regulamento interno do comité e é utilizado com frequência pelo Conselho e pela Comissão.

24. A maioria necessária para aprovar essa decisão, em Novembro de 1994, era de 54 votos. De acordo com os meus cálculos, houve 15 votos contra e 38 a favor. Houve, além disso, 23 a votos a favor, condicionados ao resultado do exame das duas declarações que devia ser feito pela Comissão. É evidente que a existência ou não de uma maioria favorável à aprovação do projecto de decisão e, portanto, a existência ou não de um parecer conforme, dependerão da consideração que possam merecer estas últimas votações.

25. Não estou de acordo com a Comissão que possa ser considerado definitivo o voto favorável desses quatro Estados-Membros que reservaram o direito de o confirmar, uma vez examinadas as duas declarações da Comissão, feitas oralmente na reunião e cujo conteúdo final devia ainda ser discutido com a Direcção-Geral XV e com o Serviço Jurídico. Neste caso, não se tratava simplesmente de condicionar o voto à entrega do texto das declarações, mas a reserva referia-se sim ao exame do conteúdo, o qual, com toda a probabilidade, ia sofrer modificações. Era, pois, plausível que, uma vez examinado o texto definitivo, alguma ou algumas dessas delegações não estivessem dispostas a confirmar o referido voto. Penso que, nestas condições, deve considerar-se que em 30 de Novembro de 1994, na reunião convocada para esse efeito, não se obteve a maioria de votos favoráveis necessária para a aprovação do projecto de decisão.

26. Deve, no entanto, considerar-se que o procedimento adoptado neste caso depois da reunião, que é qualificado pela Comissão como sendo «parcialmente escrito», é válido

porque, ao fim e ao cabo, os quatro Estados-Membros confirmaram o seu voto inicial?

27. Penso que a resposta deve ser, também aqui, negativa, por várias razões que passo a expor:

Em primeiro lugar, porque, do exame das disposições aplicáveis às votações no Comité, parece depreender-se que a votação se deve realizar durante a reunião e não posteriormente a esta, nem fora dela. Com efeito, o artigo 6.° do regulamento interno do comité, que regula o *quórum* necessário para a validade das reuniões, exige que estejam representados pelo menos sete Estados-Membros [15]. No entanto, para a emissão de pareceres, remete para o artigo 9.°, nos termos do qual o quórum se obtém mediante a ponderação estabelecida no artigo 148.° do Tratado; só poderão *exercer o direito de voto os representantes titulares ou os suplentes* designados pelos Estados-Membros e *um Estado-Membro só poderá representar, se for caso disso, outro Estado-Membro*. Todas estas disposições militam, em minha opinião, a favor da interpretação que proponho [16].

Em segundo lugar, o regulamento interno do comité não prevê a possibilidade de proceder à votação através do chamado processo escrito. É certo que os regulamentos internos do Conselho e da Comissão prevêem um processo com essas características para a aprovação de deliberações por esses órgãos colegiais e que o processo previsto nos n.os 3 e 4 do artigo 20.° da directiva coincide com o que consta da variante a) do procedimento III da decisão comitologia. Mas não é menos certo que nem a decisão comitologia, adoptada em 1987, nem a Directiva 89/106 mencionam o procedimento escrito como método de aprovação de deliberações pelos comités criados por força destes textos e que o regulamento interno do comité, adoptado em 1989, tão-pouco remete para qualquer outro regulamento interno, aplicável subsidiariamente, que preveja um procedimento com essas características.

28. Também não me parece relevante saber se as delegações estavam ou não de acordo em adoptar este procedimento nesta ocasião. Como o regulamento interno do comité foi aprovado a seu tempo pelos Estados-Membros, entendo que é igualmente obrigatório para todos e que não se podem estabelecer excepções às suas normas sem proceder à sua alteração formal. Esta interpretação baseia-se naquela que foi feita pelo Tribunal de Justiça acerca da obrigatoriedade de o Conselho respeitar o seu próprio regulamento interno, num processo em que se tratava de decidir se constituía ou não vício de forma essencial o ter adoptado o processo escrito para aprovar uma directiva, havendo oposição de dois Estados e exigindo o regulamento interno do Conselho o acordo de todos os membros para recorrer a tal processo. O Tribunal de Justiça considerou que «... o Conselho é obrigado a respeitar a regra de processo que ele próprio estabeleceu no n.° 1 do artigo 6.° do seu regulamento interno. Não poderá afastar-se dela, mesmo por uma maioria mais extensa que a exigida

15 — Trata-se da versão do regulamento interno vigente em Novembro de 1994.

16 — Sublinhado meu.

para a adopção ou a alteração do regulamento interno, sem alterar formalmente esse regulamento...» [17].

29. Esta interpretação evita que tenha de analisar se todas as delegações estiveram de acordo para proceder dessa forma ou se a delegação alemã já se opôs no dia da reunião, porque, neste ponto, há uma divergência entre as partes, que não pode ser resolvida recorrendo à acta da reunião, pois deparamos de novo com a afirmação da Comissão de que a frase nesse sentido foi acrescentada à acta a pedido da República Federal da Alemanha, não correspondendo à realidade dos factos.

30. Falta-me examinar a afirmação da Comissão segundo a qual, se se considerar que o parecer não foi aprovado, nem em 30 de Novembro de 1994, nem no âmbito de um processo escrito, se deve entender que a aprovação unânime, em 29 de Maio de 1995, da acta da reunião realizada em 30 de Novembro do ano anterior pôs fim a qualquer incerteza que pudesse porventura pairar sobre a votação do projecto.

Confesso que esta afirmação me parece mais infeliz do que as anteriores, tendo em conta a pouca credibilidade que, depois de ouvir as explicações da Comissão sobre a sua redacção e aprovação, se pode atribuir às actas dessas reuniões. Em todo o caso, há dois motivos pelos quais se não pode dar razão à Comissão neste aspecto: em primeiro lugar, se o parecer não foi aprovado em 30 de Novembro de 1994 e não existia a possibilidade de recorrer ao processo escrito, a votação deveria realizar-se numa reunião em que ele constasse da ordem de trabalhos, o que não aconteceu na reunião realizada em 29 de Maio de 1995; em segundo lugar, se a Comissão entende que a aprovação definitiva do projecto teve lugar nesta última data, deveria indicar em que momento é que foram emitidos os votos — e qual o seu sentido — dos três Estados-Membros cuja adesão tinha ocorrido entrementes.

31. Considero, pelas razões precedentes, que o fundamento relativo à ausência de parecer do comité também deve ser acolhido.

Quanto à falta de fundamentação

32. A recorrente sustenta que a decisão impugnada é nula por violação da obrigação de fundamentação definida no artigo 190.° do Tratado, apesar de ser destinatária do acto e de ter participado na sua elaboração, se considera incapaz de conhecer a forma pela qual a Comissão ponderou cada uma das características essenciais dos produtos. Aduz as seguintes razões: em primeiro lugar, a decisão impugnada é a primeira que foi adoptada nesta matéria, pelo que não pode apoiar-se numa comparação com decisões semelhantes anteriores para deduzir os fundamentos em que ela se baseia; em segundo

17 — Acórdão de 23 de Fevereiro de 1988, Reino Unido/Conselho (68/86, Colect., p. 855, n.° 48).

lugar, numa tentativa de fundamentar a decisão, a Comissão se limita a reproduzir o texto da Directiva 89/106, o que não é suficiente para considerar que estão cumpridas as exigências estabelecidas no artigo 190.° do Tratado; em terceiro lugar, a Comissão não explicou aos Estados-Membros as razões pelas quais não tomou em consideração alguns dos requisitos essenciais que constam do Anexo I da Directiva 89/106. Por último, a Comissão também não explica por que é que o ensaio inicial do produto se deve limitar à comprovação de algumas características.

33. A Comissão alega, a este respeito, que a fundamentação, apesar de ser sucinta, é suficiente, tendo em conta a natureza do acto e o contexto em que foi adoptado, e que qualquer tentativa de apresentar uma fundamentação mais ampla estaria destinada a perder-se nos pormenores técnicos dos produtos e das famílias de produtos. O elemento essencial da decisão consiste na escolha entre os dois processos para a certificação da conformidade de um produto, que consta dos artigos 1.° e 2.° da decisão, conjugados com os Anexos 1 e 2, enquanto o artigo 3.° desempenha um papel secundário. Acrescenta que os Estados-Membros estiveram estreitamente associados à elaboração do acto e conheciam as considerações em que ele se baseava, o que justifica igualmente a sua fundamentação sucinta.

34. O artigo 190.° do Tratado impõe, efectivamente, que os regulamentos, directivas e decisões do Conselho e da Comissão sejam fundamentados e que se refiram às propostas ou pareceres obrigatoriamente obtidos por força do Tratado. Não indica, porém, a extensão e os limites da obrigação de fundamentação dos actos, estes devem ser procurados na jurisprudência do Tribunal de Justiça.

35. Segundo jurisprudência constante, «... a fundamentação exigida pelo artigo 190.° do Tratado deve revelar de modo claro e inequívoco o raciocínio da instituição, autora do acto impugnado, de modo a permitir aos interessados conhecer as justificações da medida adoptada, e ao Tribunal exercer a sua fiscalização. Todavia, não é exigido que a fundamentação especifique todos os elementos de facto e de direito pertinentes, na medida em que a questão de saber se a fundamentação de uma decisão satisfaz as exigências do artigo 190.° do Tratado deve ser apreciada à luz não somente do seu teor literal, mas também do seu contexto e do conjunto das normas jurídicas que regem a matéria em causa» [18]. O Tribunal de Justiça também salientou que «... não se pode exigir que a fundamentação dos regulamentos especifique os vários elementos de facto e de direito, por vezes muito numerosos e complexos, que constituem o objecto dos regulamentos, desde que estes se insiram no quadro sistemático do conjunto de que fazem parte. Consequentemente, se o acto impugnado evidencia, no essencial, o objectivo prosseguido pela instituição, é excessivo pretender a motivação específica de cada uma das opções de natureza técnica efectuadas» [19].

18 — Acórdãos de 14 de Fevereiro de 1990, Delacre e o./Comissão (350/88, Colect., p. I-395, n.os 15 e 16), de 17 de Outubro de 1995, Países Baixos/Comissão (C-478/93, Colect., p. I-3081, n.os 48 e 49), e de 25 de Junho de 1997, Itália/Comissão (C-285/94, Colect., p. I-3519, n.° 48).

19 — Acórdão de 22 de Janeiro de 1986, Eridania e o. (250/84, Colect., p. 117, n.° 38).

36. O facto de o Estado-Membro recorrente ter participado na elaboração do acto impugnado foi considerado pelo Tribunal de Justiça, em diversas ocasiões, como razão suficiente para não acolher o fundamento relativo à insuficiência de fundamentação. Há exemplos desta posição em vários acórdãos em que o Tribunal de Justiça decidiu que «... não é exigido que a fundamentação especifique todos os elementos de facto e de direito pertinentes, na medida em que a questão de saber se a fundamentação de uma decisão satisfaz as exigências do artigo 190.° do Tratado deve ser apreciada à luz não somente do seu teor literal, mas também do seu contexto e do conjunto das normas jurídicas que regem a matéria em causa... E é tanto mais assim quando os Estados-Membros foram estreitamente associados ao processo de elaboração do acto em litígio e conhecem portanto as razões que estão na base desse acto» [20].

Um exemplo da posição contrária a esta encontra-se num acórdão de 1983, em que o Tribunal de Justiça decidiu que, «... ao impor à Comissão a obrigação de fundamentar as suas decisões, o artigo 190.° do Tratado não corresponde somente a uma preocupação formal, mas tem em vista dar às partes a possibilidade de defenderem os seus direitos, ao Tribunal de Justiça de exercer o seu controlo e aos Estados-Membros, bem como a qualquer nacional interessado, de conhecer as circunstâncias em que a Comissão aplicou o Tratado. Por conseguinte, não basta que os Estados-Membros, como destinatários da decisão, conheçam as razões em que esta se baseou em virtude da sua participação no processo preparatório e que a recorrente, como pessoa directa e individualmente afectada, possa deduzi-las comparando a decisão em causa com as decisões anteriores semelhantes. Também é necessário que se tenha dado efectivamente à recorrente a possibilidade de defender os seus direitos e que o Tribunal de Justiça possa exercer um controlo eficaz baseado na fundamentação» [21].

37. É indubitável, e a Comissão admite-o, que a fundamentação da decisão impugnada é muito sucinta. Deve portanto ver-se se, apreciada no seu contexto e no âmbito jurídico que rege esta matéria, a fundamentação consegue reflectir de forma clara e inequívoca o raciocínio da Comissão, autora do acto impugnado, e permite aos interessados de conhecer as razões da medida e que o Tribunal de Justiça exerça o seu controlo.

38. Os processos previstos no n.° 3 do artigo 13.° da Directiva 89/106 para a certificação de conformidade são dois, sendo que num deles é o fabricante que assegura que a produção está conforme com as especificações técnicas pertinentes enquanto, no outro, deve intervir, além disso, um organismo de certificação aprovado. A escolha do processo é feita pela Comissão em função de certos critérios, cuja lista consta do n.° 4 do artigo 13.°, entre os quais se encontra a importância do papel do produto no que se refere aos requisitos essenciais, em especial os que estão relacionados com a saúde e a segurança. Os requisitos essenciais estão descritos no

20 — Acórdãos de 22 de Junho de 1993, Alemanha/Comissão (C-54/91, Colect., p. I-3399, n.os 11 e 12), e Países Baixos/Comissão, já referido na nota 18, n.os 49 e 50.

21 — Acórdão de 17 de Março de 1983, Control Data/Comissão (294/81, Recueil, p. 911, n.os 14 e 15).

Anexo I. Do mesmo modo, é a Comissão que define o processo de certificação da conformidade dos produtos de construção nos mandatos que confere aos organismos europeus de normalização.

39. A decisão impugnada é efectivamente a primeira que é adoptada pela Comissão com vista a escolher o processo de certificação de conformidade aplicável a determinadas famílias de produtos de construção [22]. Fora o preâmbulo, em que o legislador se limitou a retomar a formulação de certos artigos da Directiva 89/106, a decisão consta de três artigos e de três anexos. O artigo 1.° estabelece que a certificação de conformidade dos produtos referidos no anexo 1 será realizada através de um processo em que o fabricante é o único responsável por um sistema de controlo de produção na fábrica que garanta que o produto está em conformidade com as especificações técnicas correspondentes, enquanto, segundo o artigo 2.°, a certificação de conformidade dos que estão referidos no anexo 2 se realizará através de um processo em que, para além de um sistema de controlo da produção na fábrica assegurado pelo fabricante, haja a intervenção de um organismo de certificação na avaliação e no acompanhamento do controlo da produção ou do próprio produto. Os anexos 1 e 2 contêm, efectivamente, uma lista de produtos cada um.

Quanto ao artigo 3.°, determina que o processo de certificação de conformidade, nos termos do disposto no anexo 3, será indicado nos mandatos de normalização. O anexo 3 define um total de onze famílias de produtos e dedica a cada uma delas duas secções. Na primeira, pede-se ao CEN e ao Cenelec a especificação, para cada produto e uso indicados, do sistema de certificação de conformidade que lhe está atribuído nas normas harmonizadas correspondentes. A segunda tem, por sua vez, dois números: no primeiro (2.1) são impostas ao CEN certas condições que deverá cumprir ao especificar o sistema de comprovação da conformidade, enquanto o segundo (2.2) contém instruções dirigidas ao organismo aprovado, nos termos das quais, para certos sistemas, no ensaio inicial de tipo do produto, o referido organismo se deve limitar a comprovar determinadas características, que variam para cada família de produtos.

40. Creio que, apreciada no seu contexto e no âmbito jurídico que rege esta matéria, a fundamentação que consta do preâmbulo da

22 — Não foi, porém, nem de longe, a última. Com efeito, a Comissão publicou, desde então e até à data, nada menos do que outras 18 decisões, todas elas relativas ao processo de certificação de conformidade de produtos de construção nos termos do n.° 2 do artigo 20.° da Directiva 89/106. Trata-se das Decisões 95/467/CE, de 24 de Outubro de 1995, relativa a chaminés, produtos à base de gesso e aparelhos de apoio (JO L 268, p. 29); 96/577/CE, de 24 de Junho de 1996, no que respeita a sistemas fixos de combate a incêndios (JO L 254, p. 44); 96/578/CE, de 24 de Junho de 1996, no que respeita aos aparelhos sanitários (JO L 254, p. 49); 96/579/CE, de 24 de Junho de 1996, no que respeita aos dispositivos de circulação rodoviária (JO L 254, p. 52); 96/580/CE, de 24 de Junho de 1996, no que respeita à fachada-cortina (JO L 254, p. 56); 96/581/CE, de 24 de Junho de 1996, no que respeita aos geotêxteis (JO L 254, p. 59); 96/582/CE, de 24 de Junho de 1996, no que respeita aos sistemas de vidros exteriores colados e cavilhas metálicas para betão (JO L 254, p. 62); 97/161/CE, de 17 de Fevereiro de 1997, no que respeita às cavilhas metálicas para a fixação em betão de sistemas leves (JO L 62, p. 41); 97/176/CE, de 17 de Fevereiro de 1997, no que respeita aos produtos de madeira para estruturas e produtos conexos (JO L 73, p. 19); 97/177/CE, de 17 de Fevereiro de 1997, no que respeita às cavilhas metálicas de injecção para alvenaria (JO L 73, p. 24); 97/462/CE, de 27 de Junho de 1997, no que respeita às placas de derivados de madeira (JO L 198, p. 27); 97/463/CE, de 27 de Junho de 1997, no que respeita às cavilhas de plástico para betão e alvenaria (JO L 198, p. 31); 97/464/CE, de 27 de Junho de 1997, no que respeita aos sistemas de drenagem de águas residuais (JO L 198, p. 33); 97/555/CE, de 14 de Julho de 1997, no que respeita aos cimentos, cais de construção e outros ligantes hidráulicos (JO L 229, p. 9); 97/556/CE, de 14 de Julho de 1997, no que respeita aos sistemas/conjuntos compósitos para isolamento térmico exterior com revestimento aplicado sobre isolante (JO L 229, p. 14); 97/597/CE, de 14 de Julho de 1997, no que respeita às armaduras de aço para betão armado e pré-esforçado (JO L 240, p. 4); 97/638/CE, de 17 de Setembro de 1997, no que respeita aos órgãos de ligação para estruturas de madeira (JO L 268, p. 36); 97/740/CE, de 14 de Outubro de 1997, no que respeita à alvenaria e produtos associados (JO L 299, p. 42).

decisão impugnada poderia considerar-se suficiente no que diz respeito aos seus artigos, bem como aos anexos 1, 2, e 3, pontos 1 e 2.1 do anexo. Todavia, no que se refere ao ponto 2.2 do anexo 3, não consta da decisão impugnada nem fundamentação nem indício que permitam saber por que é que a Comissão decidiu que, no ensaio inicial de tipo do produto, que é um dos métodos de controlo da conformidade que consta de todos os sistemas de certificação, o organismo aprovado se deve limitar a verificar apenas algumas características do produto, com exclusão das demais.

41. Concordo que seria excessivo exigir a fundamentação específica de cada uma das decisões de carácter técnico que constituem o acto impugnado. No entanto, entendo que, ao não constar em lugar algum nem sequer uma referência mínima à razão que levou a Comissão a impor essa limitação, impede-se os interessados de conhecer as razões da medida e não permite o Tribunal de Justiça exercer o seu controlo.

42. Pelas razões expostas, considero que se deve também acolher o fundamento relativo à insuficiência de fundamentação do acto.

43. O facto de o acto impugnado enfermar destes vícios de forma essenciais é suficiente para justificar a anulação. Não obstante, para ser exaustivo e para o caso de o Tribunal de Justiça não concordar com as minhas apreciações, vou examinar, a seguir, o fundamento relativo à violação do direito comunitário.

B — *A violação do n.° 4 do artigo 13.° da Directiva 89/106*

44. Na opinião da recorrente, a escolha do processo de certificação de conformidade do produto implica que a Comissão indique, igualmente, as características do produto que devem ser comprovadas quando um organismo aprovado procede à realização do ensaio inicial de tipo do produto. Ao escolher o processo, os requisitos essenciais devem ser fixados na decisão da Comissão, em função da sua importância para o processo. No entanto, a decisão impugnada só se refere a uma amostra incompleta das características pertinentes do produto. A Comissão não esclareceu qual será o outro processo em que serão examinados os requisitos essenciais que não constam da presente decisão, bem como as características importantes do produto. Em resumo, o Governo alemão censura a Comissão, por um lado, por só ter incluído os aspectos relativos à protecção da saúde de forma selectiva na decisão, ao regular o ensaio de tipo inicial do produto, apesar de eles constarem da alínea a) do n.° 4 do artigo 13.° da Directiva 89/106. Por outro, alega que o requisito essencial relativo à saúde e à protecção do ambiente não ter sido de todo em todo tomado em consideração para algumas famílias de produtos, e só o ter sido de forma selectiva e incompleta quanto a outros.

45. A Comissão sustenta que a recorrente interpretou erradamente tanto a relação existente entre os mandatos de normalização e os processos de certificação de conformidade, e

que não compreendeu os elementos que devem ser tomados em consideração ao pôr em prática esses processos. Os mandatos que a Comissão deve conferir aos organismos europeus de normalização determinam as características do produto para as quais se devem desenvolver normas harmonizadas que garantam a idoneidade do produto para o uso a que está destinado, a qual deve ser apreciada de acordo com os requisitos essenciais. Pelo contrário, nos processos de certificação de conformidade, trata-se da importância do papel que o produto desempenha em relação aos requisitos essenciais e, portanto, da escolha de um processo de controlo, entre vários. A recorrida salienta que seria impossível, na prática, submeter cada propriedade de um produto a um processo de controlo complicado, tanto mais que o segundo parágrafo do n.° 4 do artigo 13.° da Directiva 89/106 impõe o respeito do princípio da proporcionalidade ao estabelecer que, em cada caso, será sempre dada preferência ao processo menos oneroso compatível com a segurança.

46. Na réplica, a recorrente afirma que o princípio da proporcionalidade se aplica unicamente à escolha do processo, mas não ao conteúdo, ou seja, às qualidades que devem ser controladas e à execução dos processos como tais.

47. A Comissão reitera na tréplica que tomou em consideração todos os requisitos essenciais e a importância do papel que o produto desempenha no que toca ao respeito destes requisitos. A prova está no facto de, no caso dos produtos para o isolamento térmico, os materiais menos perigosos terem sido submetidos ao processo de certificação de conformidade menos complexo, enquanto os materiais cuja reacção ao fogo possa constituir um perigo ficam sujeitos ao processo que prevê um controlo suplementar por um organismo de certificação. A Comissão faz notar, quanto ao princípio da proporcionalidade, que ele se aplica a todo o direito comunitário e, por conseguinte, também no âmbito da organização do processo de controlo.

48. O n.° 4 do artigo 13.° da Directiva 89/106 estabelece que a escolha do processo de certificação de conformidade de um produto, isto é, a decisão sobre se vai ser unicamente o fabricante que garante que a respectiva produção está conforme às especificações técnicas correspondentes ou se vai ter que intervir, além disso, um organismo de certificação aprovado, será especificada pela Comissão, após consulta ao Comité, em função: da importância do produto no que se refere aos requisitos essenciais, em especial os que estão relacionados com a saúde e a segurança; da natureza do produto; da influência da variação das características do produto na sua funcionalidade para o uso a que está destinado e das probabilidades de ocorrência de defeitos no fabrico do produto. Sobre todos estes pontos, a Comissão deve tomar em consideração o disposto no seu Anexo III.

49. O que a Comissão fez na decisão impugnada foi estabelecer, para determinados produtos e famílias de produtos, duas listas (anexos 1 e 2), conforme a certificação de conformidade se deva realizar mediante um ou outro dos processos já indicados. A

seguir, no anexo 3, pede aos CEN/Cenelec a especificação, para o produto e a utilização indicados em cada caso, do sistema de comprovação de conformidade nas normas harmonizadas pertinentes.

50. Para ilustrar melhor como está estruturada a decisão impugnada, tomarei como exemplo os produtos de isolamento térmico. Os que pertencem às classes A, B ou C [23] e cuja reacção ao fogo [24] *não se altera durante o processo de produção* [25], bem como os que pertencem às classes D, E ou F constam da lista do anexo 1, o que significa que, para a certificação de conformidade, o fabricante é o único responsável por um sistema de controlo da produção na fábrica que garanta que o produto está em conformidade com as especificações técnicas. Em contrapartida, os que pertencem às classes A, B ou C, e cuja reacção ao fogo *é susceptível de alteração durante o processo de produção*, constam do anexo 2 e, portanto, a certificação de conformidade desses produtos, para além de um sistema de controlo da produção que é assegurado pelo fabricante, terá a intervenção de um organismo aprovado de certificação que participará na avaliação e na vigilância do controlo da produção ou do próprio produto.

51. No n.° 1 do anexo 3 da decisão impugnada, pede-se ao CEN/Cenelec a especificação do sistema de certificação de conformidade nas normas harmonizadas pertinentes, para todos os produtos de isolamento térmico fabricados ou moldados *in situ*, destinados a qualquer utilização. Os materiais de isolamento térmico que constam do anexo 2, ou seja, aqueles cuja reacção ao fogo é susceptível de alteração durante o processo de produção, ficam sujeitos ao sistema de certificação de conformidade 1, que é o mais complexo e que corresponde ao estabelecido na alínea i) do n.° 2 do Anexo III da Directiva 89/106, sem ensaio aleatório de amostras colhidas na fábrica. Isto significa, concretamente, que a certificação de conformidade do produto, neste caso, é levada a cabo através de um organismo de certificação aprovado com base em:

a) Atribuições do fabricante:

1) controlo de produção da fábrica;

2) ensaio suplementar de amostras colhidas na fábrica efectuado pelo fabricante de acordo com um programa de ensaio previamente estabelecido.

23 — A Decisão 94/611/CEE da Comissão, de 9 de Setembro de 1994 (JO L 241, p. 25), estabelece no seu anexo as seguintes classes de reacção ao fogo dos produtos de construção: A, nenhuma contribuição para o fogo; B, contribuição para o fogo muito limitada; C, contribuição limitada para o fogo; D, contribuição para o fogo aceitável; E, reacção ao fogo aceitável e F, comportamento não determinado.

24 — Tanto no anexo 1 como no anexo 2 se indica, em nota de pé de página, que a reacção ao fogo é avaliada tendo em conta as classes e níveis fixados pela Decisão 94/611, citada na nota anterior, e em conformidade com o disposto no anexo 3.

25 — Os sublinhados são meus.

b) Atribuições do organismo aprovado:

3) ensaio inicial do produto;

4) inspecção inicial da fábrica e do controlo da produção da fábrica;

5) fiscalização, apreciação e aprovação contínuas do controlo de produção da fábrica.

52. Os produtos de isolamento térmico que constam do anexo 1 subdividem-se, por sua vez, no que toca à determinação do sistema de certificação de conformidade, em duas classes, em função da sua reacção ao fogo.

Assim, os que pertencem às classes A, B ou C ficam sujeitos ao sistema de certificação de conformidade 3, que corresponde ao previsto na alínea ii) do n.° 2 do Anexo III, segunda possibilidade, ou seja, em que a declaração de conformidade do produto será efectuada pelo fabricante com base em:

1) ensaio inicial do produto efectuado por um laboratório aprovado;

2) controlo de produção da fábrica,

enquanto os que pertencem às classes D, E e F ficam sujeitos ao sistema de certificação de conformidade 4, que é o menos complexo e que corresponde ao previsto na alínea ii) do n.° 2 do Anexo III, terceira possibilidade. Neste sistema, a declaração de conformidade do produto é efectuada pelo fabricante com base em:

1) ensaio inicial do produto efectuado pelo fabricante;

2) controlo de produção da fábrica.

53. No ponto 2.1, a Comissão impõe as condições que o CEN deve respeitar nas especificações relativas ao sistema de certificação de conformidade: as especificações do sistema devem permitir que este possa ser aplicado mesmo quando o comportamento não necessita de ser determinado em relação a determinada característica, devido ao facto de pelo menos um Estado-Membro não impor qualquer requisito legal para essa característica. Nestes casos, a verificação da referida característica não deve ser imposta ao fabricante quando este não pretender declarar o desempenho do produto nesse âmbito.

54. No ponto 2.2 prevê-se que, no que diz respeito a produtos abrangidos pelos sistemas 1 e 3, no ensaio inicial de tipo do

produto, o organismo aprovado limitar-se-á a comprovar:

As características de reacção ao fogo das Euroclasses, como indicado na Directiva 94/611 [26].

55. No recurso, o Governo alemão dá, para os materiais de isolamento térmico, uma lista em que, a partir dos dados que figuram no documento Construct 94/125, indica os outros requisitos essenciais que constam do Anexo I da Directiva 89/106 e as características do produto que, em sua opinião, são necessárias, mas que não foram consideradas pela Comissão para o ensaio inicial de tipo do produto, a saber:

a) para o requisito essencial «economia de energia e retenção de calor»: resistência térmica; permeabilidade ao vapor de água; resistência à compressão; resistência à tracção por flexão e taxa de emissão de agentes corrosivos;

b) para o requisito essencial «protecção contra o ruído»: índice de absorção acústica e índice de isolamento;

c) para o requisito essencial «higiene, saúde e ambiente»: permeabilidade à água e taxa de emissão de substâncias perigosas.

56. Concordo, em parte, com a Comissão quando esta afirma que se deve estabelecer uma importante diferença entre, por um lado, a escolha do processo de certificação de conformidade de um produto, para o que se deverão ter em conta os critérios constantes do n.º 4 do artigo 13.º da directiva — e foi isso o que ela fez, em meu entender, ao classificar os produtos e as famílias de produtos nos anexos 1 e 2 da decisão impugnada — e, por outro lado, uma coisa tão diferente como é formular o pedido aos organismos europeus de normalização para que especifiquem os sistemas de certificação de conformidade nas normas harmonizadas pertinentes para determinados produtos e utilizações, como a Comissão fez no anexo 3 da decisão impugnada.

57. Retomando o exemplo que dei dos produtos de isolamento térmico, observo que a certificação de conformidade feita unicamente pelo fabricante, com ou sem intervenção de um organismo de certificação aprovado, depende, para os produtos das classes A, B e C [27], da questão de saber se a reacção ao fogo se pode ou não alterar durante o processo de produção, no primeiro caso, os produtos constam do anexo 2; no segundo caso, do anexo 1; em contrapartida,

26 — Citada *supra* na nota 23.

27 — Que correspondem às classes de produtos «nenhuma contribuição para o fogo», «contribuição para o fogo muito limitada» e «contribuição limitada para o fogo», respectivamente.

as classes D, E e F [28] só constam do anexo 1, ou seja, a certificação de conformidade é confiada exclusivamente ao fabricante.

Além disso, ainda que os produtos das classes A, B e C, cuja reacção ao fogo não pode variar durante o processo de produção, e os das classes D, E e F constam juntos no anexo 1, ao solicitar a especificação dos sistemas de certificação de conformidade aos organismos europeus de normalização, a Comissão estabelece que, ao primeiro grupo, será aplicado o sistema 3, que prevê a sujeição dos produtos a ensaios mais rigorosos do que os previstos para o segundo grupo, a que se aplicará o sistema 4.

58. Deduzo destas apreciações que, tanto para a família de produtos que dei como exemplo como para as demais famílias de produtos que estão reguladas pela decisão impugnada, ao escolher o processo de certificação de conformidade, que consta dos artigos 1.° e 2.°, em conjugação com os anexos 1 e 2, a Comissão teve em conta a importância do papel do produto no que se refere aos requisitos essenciais, em especial da saúde e segurança, da natureza do produto, da influência da variação das características do produto na sua funcionalidade para o uso a que está destinado e das probabilidades de ocorrência de defeitos no fabrico do produto.

28 — Que correspondem a produtos de «contribuição para o fogo aceitável», de «reacção ao fogo aceitável» e de «comportamento não determinado», respectivamente.

59. No entanto, no que respeita ao anexo 3, tenho que dar razão ao Governo alemão quando este afirma que existem outras características dos produtos que não foram tomadas em consideração para o ensaio inicial de tipo do produto, sem que se encontre na letra da norma, ou deduzir do contexto em que foi adoptada, a razão que induziu a Comissão a limitar a verificação pelo organismo aprovado a certas características do produto, renunciando a que também se verifiquem as outras.

60. Dado que o ensaio inicial de tipo do produto constitui um método de controlo da conformidade previsto no Anexo III da Directiva 89/106 para todos os sistemas de certificação de conformidade, entendo que a Comissão não podia, sem violar o n.° 4 do artigo 13.° da directiva, uma vez escolhido o processo de certificação de conformidade para essas famílias de produtos — momento em que creio que tomou em consideração os critérios estabelecidos por essa disposição —, prescindir de alguns deles ao impor as condições que o CEN deve respeitar, ao especificar o sistema de certificação de conformidade, estabelecendo que, no ensaio inicial de tipo do produto, o organismo aprovado se devia limitar à verificação de uma parte das suas características.

61. Nestas condições, e sem que seja necessário entrar na análise da aplicabilidade do princípio da proporcionalidade, considero que o fundamento relativo à violação do n.° 4 do artigo 13.° da directiva, no que se refere ao anexo 3 da decisão impugnada, também deve ser acolhido.

Conclusão

De acordo com as considerações precedentes, proponho ao Tribunal de Justiça que:

«1) Anule a Decisão 95/204/CE da Comissão, de 31 de Maio de 1995, que aplica o disposto no n.° 2 do artigo 20.° da Directiva 89/106/CEE do Conselho relativa aos produtos de construção.

2) Condene a Comissão nas despesas, em conformidade com o artigo 69.°, n.° 2, primeiro parágrafo, do Regulamento de Processo, dado que a recorrente obteve vencimento.»