CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL GIUSEPPE TESAURO

apresentadas em 6 de Junho de 1995 *

1. O presente processo prejudicial traz novamente à consideração do Tribunal de Justiça a questão da compatibilidade da regulamentação francesa em matéria de aprovação de terminais de telecomunicações com o artigo 6.° da Directiva 88/301/CEE da Comissão, de 16 de Maio de 1988, relativa à concorrência nos mercados de terminais de telecomunicações [1] (a seguir «directiva»).

A questão prejudicial surgiu no âmbito de uma acção penal intentada contra T. Tranchant, acusado de ter publicitado, de Novembro de 1992 a Fevereiro de 1993, aparelhos desprovidos da aprovação requerida pela regulamentação francesa. Na contestação da relevância penal dos factos que lhe foram imputados, o arguido alegou incompatibilidade de tal regulamentação com o princípio consagrado pelo artigo 6.° da directiva, segundo o qual o organismo encarregado da formulação das especificações técnicas, do controlo da sua aplicação e da emissão do certificado de aprovação deve ser independente das empresas públicas e privadas que oferecem bens e serviços no domínio das telecomunicações.

2. A resposta que o Tribunal de Justiça é chamado a dar à questão submetida pelo tribunal francês destina-se a enriquecer a jurisprudência, inaugurada com o acórdão GB-INNO-BM e precisada nos acórdãos Lagauche e o., Decoster e Taillandier, que se desenvolveu paralelamente à liberalização do mercado dos terminais de telecomunicações e à progressiva eliminação dos monopólios e dos direitos exclusivos nacionais no sector da comercialização de tais produtos [2].

Ponto assente de tal jurisprudência é o princípio segundo o qual, pelo menos a partir do prazo inicial estabelecido no artigo 6.° da

* Língua original: italiano.

1 — JO L 131, p. 73.

2 — Acórdão de 13 de Dezembro de 1991, GB-Inno-BM (C-18/88, Colect., p. I-5941), acórdão de 27 de Outubro de 1993, Lagauche e o. (C-46/90 e C-93/91, Colect., p. I-5267), acórdão de 27 de Outubro de 1993, Decoster (C-69/91, Colect., p. I-5335), e acórdão de 27 de Outubro de 1993, Taillandier (C-92/91, Colect., p. I-5383).

directiva (1 de Julho de 1989), os Estados-Membros, se bem que autorizados a manter ou a introduzir medidas de regulamentação ou de controlo sobre a comercialização dos terminais, são obrigados a garantir a separação entre a autoridade competente para adoptar tais regulamentações e para efectuar tais controlos e os particulares que exercem uma actividade de natureza económica no sector [3].

3. Ainda que os factos da causa, que já expus brevemente, sejam substancialmente idênticos aos que tinham originado os reenvios prejudiciais nos processos Decoster e Taillandier, já referidos, a legislação francesa em matéria de aprovação foi, *medio tempore*, sensivelmente alterada. Devem, por conseguinte, e antes de mais, recordar-se os seus aspectos essenciais.

3 — A posição do Tribunal de Justiça pode definir-se como unívoca, pelo menos no que respeita à interpretação da disposição contida no artigo 6.° da directiva, cuja efeito directo foi claramente confirmado nos acórdãos Lagauche e o., Decoster e Taillandier, já referidos. Ao contrário, relativamente à validade de regulamentações nacionais que não garantiam a independência da função de regulamentação da actividade comercial no período *anterior* a 1 de Julho de 1989, a atitude do Tribunal, na verdade, não é unívoca; em ambos os acórdãos, de idêntica data, Decoster e Lagauche e o., o Tribunal de Justiça apreciou a compatibilidade, respectivamente, da regulamentação francesa e belga (que aliás tinham numerosos aspectos em comum) não só com o artigo 6.° da directiva, mas também com os artigos 3.°, alínea f), 86.° e 90.° do Tratado, com a referência a factos que — *ratione temporis ou ratione materiae* — escapavam ao âmbito de aplicação da directiva. Ora, a regulamentação francesa foi considerada incompatível em relação a ambos os parâmetros (acórdão Decoster), ao passo que a regulamentação belga foi considerada incompatível com o artigo 6.° da directiva, mas compatível com os artigos 3.°, alínea f), 86.° e 90.° do Tratado (acórdão Lagauche e o.); com o resultado, aliás, de contrariar implicitamente também a afirmação, feita anteriormente pelo próprio Tribunal de Justiça (acórdão de 19 de Março de 1991, França/Comissão, C-202/88, Colect., p. I-1223, n.° 14), de que as directivas baseadas (como a Directiva 88/301) no artigo 90.°, n.° 3, do Tratado, não tem outra função que a de especificar obrigações dos Estados-Membros que já decorrem do Tratado.

A regulamentação francesa

4. Em conformidade com as disposições comunitárias na matéria, a França concretizou a liberdade de comercialização dos terminais de telecomunicações, subordinando-a todavia, em alguns casos, à emissão de um certificado de aprovação comprovativo da conformidade dos aparelhos com determinadas exigências essenciais. Segundo as disposições vigentes, de facto, os terminais destinados a ser ligados à rede pública só podem ser fabricados para o mercado interno, importados de países terceiros, detidos para venda, postos à venda, distribuídos a título gratuito ou oneroso, ligados à rede ou publicitados, sob a condição de terem sido objecto de uma aprovação prévia emitida pelo Ministério dos Correios e Telecomunicações (a seguir «Ministério dos C e T») [4]. O incumprimento da obrigação de aprovação é punida penalmente [5].

Até meados de 1990, o processo de aprovação dos equipamentos terminais era inteiramente gerido pelo Ministério dos C e T.

4 — A disposição, introduzida já pelo Decreto n.° 85-336 de 12 de Março de 1985, foi posteriormente integrada e completada. O texto actualmente em vigor figura no artigo L. 34-9 do Código dos Correios e Telecomunicações, tal como alterado pela Lei n.° 90-1170 de 29 de Dezembro de 1990 (JORF, p. 16439; a seguir «código C e T»).

5 — Para efeitos do presente processo, v. o artigo L. 39-3 do código C e T.

Diversas direcções deste ministério, de facto, estavam encarregadas, respectivamente, de formular as especificações técnicas, de controlar a sua aplicação e de emitir a aprovação. Além disso, outros departamentos do mesmo ministério geriam, em regime de monopólio, a rede pública e ocupavam-se da comercialização dos terminais.

5. À situação há pouco descrita, reconhecida como ilegítima pelo Tribunal de Justiça nos acórdãos Decoster e Taillandier, por evidente incompatibilidade com o artigo 6.° da directiva, o legislador francês introduziu várias correcções.

Antes de mais, a Lei n.° 90-568 de 2 de Julho de 1990 [6] efectuou, pelo menos no plano da organização administrativa, a separação da actividade comercial da actividade de regulamentação, controlo e aprovação. A reforma atribui, de facto, a gestão da rede pública e as actividades de natureza comercial à France Télécom, propositadamente constituída sob a forma de organismo de direito público dotado de personalidade jurídica autónoma [7].

No mesmo sentido, o Decreto n.° 90-1121 de 18 de Dezembro de 1990 [8], que especificou que as funções de definição e de adaptação do quadro normativo geral do sector dos correios e das telecomunicações continuam a caber à direction de la réglementation générale do Ministério dos C e T. Esta está, em especial, encarregada de formular as especificações técnicas e é competente para emitir as aprovações.

6. O Decreto n.° 92-116 de 4 de Fevereiro de 1992 [9] estabelece, além disso, as modalidades do processo de aprovação, especificando os casos em que é necessária e os parâmetros de avaliação da conformidade dos terminais. O artigo R. 20-2 do referido decreto confirma que a aprovação tem a finalidade de garantir, no interesse geral, o respeito das exigências essenciais definidas no artigo L. 32-12.° do código C e T, isto é: a segurança dos utentes e dos empregados dos organismos de gestão das redes de telecomunicações, a segurança

6 — Loi relative à l'organisation du service public de la poste et des télécomunications (JORF, p. 8069).

7 — Ainda que posto sob a tutela do ministro: v. o artigo 1.° da lei.

8 — Décret portant organisation de l'administration centrale du Ministère des Postes, des Télécommunications et de l'Espace (JORF, p. 15615).

9 — Décret relatif à l'agrément des équipements terminaux de télécommunications, à leurs conditions de raccordement et à l'admission des installateurs (JORF, p. 1915). Este decreto faz, nomeadamente, a transposição para o direito francês da Directiva 91/263/CEE do Conselho, de 29 de Abril de 1991, sobre a qual voltaremos adiante no ponto 9 e na nota 13 das presentes conclusões.

das redes, e, eventualmente, a correcta utilização do espectro radioeléctrico, e ainda, em caso de necessidade, a interfuncionalidade dos serviços e dos equipamentos terminais e a protecção dos dados.

7. O mesmo decreto regula em detalhe o *iter* do pedido de aprovação [10]. O requerente apresenta junto da direction de la réglementation générale um processo contendo uma série de informações e documentos relativos ao produto para que se pede a aprovação [11]. Entre esses documentos podem figurar, quando o requerente estiver já na posse deles, os resultados de um ensaio efectuado por um laboratório designado pela autoridade competente em França ou noutro Estado-Membro.

Quando, pelo contrário, o produto que não tenha sido ainda submetido a ensaio num laboratório autorizado em França ou noutro Estado-Membro, o requerente pode ser convidado a entregar um exemplar representativo desse produto «a um dos laboratórios designados» para esse efeito (artigo R. 20-6, n.° 3). O laboratório é encarregado de verificar a conformidade do produto com as exigências essenciais supra-indicadas e com qualquer outro requisito, à luz das normas harmonizadas pertinentes ou das regulamentações técnicas comuns ou, na falta destas, à luz das disposições nacionais; o resultado de tal controlo é depois transmitido ao ministério.

Com base em todos os elementos que estão na sua posse, e se o ensaio tiver resultado positivo, a direction de la réglementation générale emite, nesta altura, um certificado de exame e em seguida, depois de obter do requerente o compromisso formal de fabricar ou comercializar apenas produtos conformes a esse certificado, concede a aprovação (artigos R. 20-7 e R. 20-10).

8. Como resulta do despacho de reenvio, é pacífico que, em França, até hoje, um único laboratório foi autorizado a efectuar os ensaios respeitantes aos requisitos essenciais, diversos do da segurança, dos aparelhos terminais, o Laboratoire d'essai et agrément (a seguir «LEA») [12].

É igualmente pacífico que o LEA constitui parte integrante de um centro de investiga-

10 — Ao requerente é, na verdade, proporcionada a escolha entre dois processos de aprovação alternativos, o «exame do tipo» e a «declaração de conformidade»; dos dois, porém, só o primeiro é que tem importância no caso que nos ocupa, atendendo a que, no segundo, não é requerida a intervenção dos laboratórios de ensaio, cuja independência, como veremos, está aqui em discussão.

11 — A lista completa dos documentos a anexar ao pedido de aprovação está contida no arrêté de 11 mars de 1992 relatif à la composition du dossier de demande d'agrément, adoptado com base no artigo R. 20-5 do código C e T (JORF, p. 3846).

12 — Um segundo laboratório, o Laboratoire central des industries électriques (LCIE), foi, porém, autorizado a efectuar os ensaios eléctricos.

ção, o Centre national d'études des télécommunications (CNET), que, por sua vez, faz parte do grupo France Télécom. Por outro lado, como foi expressamente admitido pelo Governo francês em resposta a uma pergunta formulada por escrito pelo Tribunal de Justiça, a «separação jurídica» do LEA da France Télécom não constitui um objectivo prioritário, pelo menos a breve prazo.

9. Deve finalmente salientar-se que o LEA foi designado pelo Governo francês para efectuar os ensaios a que se refere o artigo 9.° da Directiva 91/263/CEE do Conselho, de 29 de Abril de 1991, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes aos equipamentos terminais de telecomunicações, incluindo o reconhecimento mútuo da sua conformidade [13]. Tal designação foi notificada à Comissão nos termos do artigo 10.°, n.° 2, da mesma directiva e, até ao presente, não foi contestada pela Comissão nem por qualquer Estado-Membro [14].

A questão prejudicial

10. Partindo do pressuposto incontestado de que o LEA depende da France Télécom e nutrindo dúvidas sobre a legitimidade de tal dependência à luz do disposto no artigo 6.° da directiva, o tribunal nacional solicitado a intervir no processo principal considerou necessária uma nova decisão prejudicial sobre a interpretação de tal disposição.

Em particular, o tribunal *a quo* pergunta ao Tribunal de Justiça se o artigo 6.° obsta à aplicação de uma regulamentação nacional em matéria de aprovação de terminais, que prescreve obrigações como as previstas pela legislação francesa, «caso não esteja assegurada a independência, relativamente a qualquer operador que ofereça bens ou serviços no sector das telecomunicações, do laboratório

13 — JO L 128, p. 1. Esta directiva representa uma nova etapa no processo do pleno reconhecimento recíproco das aprovações dos equipamentos terminais emitidas nos vários Estados-Membros. Além disso, com a finalidade de desenvolver e ao mesmo tempo regulamentar o mercado europeu dos terminais destinados à rede pública, a directiva estabelece requisitos mínimos que os equipamentos devem satisfazer para poderem beneficiar da livre introdução no mercado, circulação e utilização no território dos Estados-Membros. Para este efeito, a directiva institui dois processos (alternativos) de avaliação de conformidade dos produtos com esses requisitos, cujo resultado positivo tem como efeito a aposição nos produtos considerados conformes da «marca de conformidade CE». Nos termos do artigo 10.°, já referido, os Estados-Membros notificarão à Comissão os organismos e os laboratórios nacionais designados para efectuar tais controlos de conformidade «CE» (e também para desenvolver outras actividades de controlo), e a Comissão, depois de ter verificado a correspondência com os critérios mínimos de competência, imparcialidade e independência, publica a lista de tais organismos e laboratórios no Jornal Oficial. Fica entendido que, no estádio actual de harmonização das normas no domínio em questão, a Directiva 91/263 não prejudica a aplicação dos processos de aprovação nacionais (como aquele que está em discussão no processo principal), que versam sobre aspectos não necessariamente regulados por normas harmonizadas ou por regulamentações técnicas comuns.

14 — Nos termos do artigo 10.°, n.° 4, da Directiva 91/236, sempre que um Estado-Membro ou a Comissão considerem que o laboratório de ensaio designado por um Estado-Membro não obedece aos critérios aplicáveis, a questão pode ser submetida ao parecer do comité *ad hoc* previsto no artigo 13.°, instituído para apoiar a Comissão no exercício das competências atribuídas pela directiva.

rio de ensaios encarregado de controlar tecnicamente a conformidade dos aparelhos, no âmbito do processo de aprovação».

11. Deve dizer-se de imediato que, tal como formulada, a questão poderá parecer retórica. A obrigação de independência é de facto formulada em termos claros no próprio artigo 6.° e a aplicabilidade deste, a partir de 1 de Julho de 1989, está fora de discussão; é, portanto, evidente que uma legislação que não garanta essa independência não pode ser julgada conforme com a directiva.

A questão deve, portanto, entender-se no sentido de que o juiz nacional tem em vista saber se a dependência do LEA face à France Télécom é tal que tem incidência sobre a compatibilidade do processo global de aprovação, tal como previsto pela regulamentação francesa, com as obrigações previstas pelo artigo 6.° da directiva.

12. A este propósito, é oportuno salientar a título preliminar que, como já foi exposto, o artigo 6.° da directiva, ao impor aos Estados-Membros a separação entre as entidades que exercem a função normativa e de regulamentação e os que exercem a actividade económico-comercial no sector das telecomunicações, distingue na primeira três fases essenciais: a formulação das especificações técnicas, o controlo da sua aplicação e a emissão da aprovação.

Ora, enquanto para efeitos do artigo 6.° é irrelevante que as três fases acima referidas sejam desenvolvidas por uma ou mais entidades diferentes, a mesma disposição impõe porém que *cada uma* das fases seja realizada por entidades que, por sua vez, sejam *independentes* das empresas públicas e privadas que oferecem bens e/ou serviços no sector das telecomunicações.

13. A regulamentação francesa aqui em discussão atribui a uma direcção do Ministério dos C e T, que é doravante separada pelo menos formalmente do organismo encarregado da gestão das redes e do fornecimento dos bens e dos serviços conexos, as fases da formalização das especificações técnicas e da emissão material da aprovação.

O controlo das especificações técnicas, ainda que formalmente efectuado pela mesma direcção do ministério, baseia-se, ao contrário, em verificações técnicas e ensaios efectuados por um laboratório que depende da France Télécom.

14. Direi de imediato que uma tal dependência jurídica me parece em evidente contradição não só com a letra, mas também com o espírito do artigo 6.° da directiva.

A tese do Governo francês, segundo o qual, não obstante a dependência jurídica, o LEA desenvolve a sua actividade em absoluta liberdade de apreciação e imparcialidade, não foi inteiramente demonstrada. Pelo contrário, na audiência, o agente do Governo francês reconheceu expressamente que o pessoal do LEA responde perante o seu director, o qual, por sua vez, responde perante a France Télécom.

15. Encontramo-nos, por conseguinte, perante uma situação na qual ao laboratório, departamento de uma empresa pública encarregada de gerir as redes e se desenvolver actividades de natureza comercial, foi solicitado o ensaio destinado à avaliação de conformidade dos equipamentos fabricados pelos seus concorrentes.

Não me parece que tal situação corresponda às exigências prescritas de independência e imparcialidade. Nessas condições, de facto, todas as avaliações de conformidade que tiverem resultado negativo, ou também os simples atrasos eventuais na execução dos ensaios (para os quais são fixados prazos máximos de duração), não poderão escapar a suspeitas de parcialidade.

16. De nada vale sustentar, quanto a este ponto, como fez o Governo francês, que a execução do ensaio por parte do LEA não é mais do que uma actividade de carácter técnico e que a avaliação dos resultados de tal ensaio diz respeito de qualquer forma à direcção competente do ministério.

Na realidade, o ensaio efectuado pelo LEA não pode, por definição, estar na base de uma nova apreciação por parte da administração. Pelo contrário, o resultado do ensaio é um juízo técnico que atesta, em sentido positivo ou negativo, a conformidade do equipamento ensaiado com determinados parâmetros. A circunstância de tal resultado ser depois transmitido à administração não implica evidentemente um controlo posterior por esta última.

Em suma, a administração não *avalia* o resultado do ensaio, mas regista-o simplesmente. Daí resulta que o ensaio do LEA não representa apenas um momento da fase de controlo das especificações técnicas, mas acaba, no fundo, a fase de controlo.

17. Portanto, enquanto a condição de independência prevista no artigo 6.° da directiva é, pelo menos formalmente, respeitada pelo regime francês no que toca às fases da formalização das especificações técnicas e da

emissão da aprovação [15], a mesma condição não se verifica em relação à fase do controlo das referidas especificações.

18. Por conseguinte, a circunstância de que nem a Comissão nem outros Estados-Membros tenham posto em causa a designação do LEA, pelo Governo francês, como laboratório encarregado das avaliações de conformidade a nível comunitário, na acepção dos artigos 9.° e 10.° da Directiva 91/263, não é de natureza a modificar os termos do problema.

Em relação à observância da obrigação prescrita pelo artigo 6.° da directiva, trata-se, de facto, de uma circunstância totalmente irrelevante.

A inaplicabilidade da regulamentação francesa

19. Em conclusão, deve salientar-se que, caso a interpretação do artigo 6.° da directiva há pouco proposta seja subscrita pelo Tribunal de Justiça, o tribunal *a quo*, em conformidade com os princípios de uma jurisprudência doravante constante, deverá declarar inaplicável a regulamentação global do processo de aprovação, incluindo as sanções penais que estão actualmente associadas à sua violação.

20. Mesmo confirmando em princípio as perplexidades suscitadas, já manifestadas nas minhas conclusões apresentadas no processo Decoster, sobre as consequências que poderá comportar a ausência (ainda que temporária) de uma regulamentação aplicável num sector em que também está em jogo a segurança dos utentes, não considero todavia que se possa chegar a uma conclusão diferente. Trata-se, de facto, da violação de uma disposição, o artigo 6.° da directiva, provida de efeito directo a partir de 1 de Julho de 1989.

De resto, à mesma conclusão chegou, sem aparentes hesitações, a própria Cour de cassation francesa, a seguir aos acórdãos Decoster e Taillandier, já referidos [16].

15 — Não é oportuno, nesta sede, tomar posição sobre a independência efectiva da France Télécom em relação ao Ministério dos C e T. Algumas dúvidas, de facto, poderiam surgir a este propósito, alimentadas sobretudo pelo estatuto do organismo, que, recordo, opera sob a responsabilidade do próprio ministro e é dirigido por um conselho de administração (do qual 14 membros em 24 são nomeados por decreto) que age no quadro das orientações fixadas pelo governo. Todavia, este ponto não é objecto da questão prejudicial que nos ocupa e, além disso, não foi contestado pelas partes.

16 — V., neste sentido, Cass. crim. de 21 de Fevereiro de 1994, n.° B 92-81.421 PF, Ochtman e Cass. crim. de 21 de Fevereiro de 1994, n.° G 91-86.230 PF, Procureur général junto da cour d'appel de Versailles. Deve notar-se, além disso, que tais acórdãos são um sinal claro de inversão de sentido da Cour de cassation, atendendo a que esta última, poucos meses apenas antes dos acórdãos Decoster e Taillandier, tinha confirmado a aplicabilidade da legislação francesa em matéria de aprovações, sem considerar mesmo oportuno um reenvio prejudicial (Cass. crim. 19 de Janeiro de 1993, n.° S 90-84.624 PF, Gilles).

21. À luz das observações que precedem, propomos, por conseguinte, ao Tribunal de Justiça que responda do modo seguinte à questão submetida pelo tribunal de grande instance de Paris:

«O artigo 6.° da Directiva 88/301/CEE da Comissão, de 16 de Maio de 1988, relativa à concorrência nos mercados de terminais de telecomunicações, opõe-se à aplicação de uma regulamentação nacional que proíbe, cominando sanções, os operadores económicos de fabricar, importar, deter para venda, vender, distribuir, ou publicitar aparelhos terminais sem comprovar, mediante a apresentação de um certificado de aprovação ou documento equivalente, a conformidade dos referidos equipamentos com alguns requisitos essenciais inerentes, em particular, à segurança dos utentes e ao bom funcionamento da rede, quando não seja garantida a independência, em relação aos operadores que oferecem bens e serviços no sector das telecomunicações, de todos os organismos que participam no processo de aprovação, incluindo os laboratórios encarregados de verificar da conformidade de tais aparelhos com as especificações técnicas.»