CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL GIUSEPPE TESAURO

apresentadas em 18 de Abril de 1991 *

Senhor Presidente,
Senhores Juízes,

1. As presentes conclusões dizem respeito a dois processos distintos: uma acção intentada pela Comissão contra o Reino dos Países Baixos (processo C-353/89) e um pedido de decisão prejudicial submetido pelo Raad van State de Haia (processo C-288/89).

Nos dois processos suscitam-se problemas parcialmente idênticos relativamente à conformidade com o direito comunitário da regulamentação neerlandesa relativa à produção e à difusão de programas radiofónicos e televisivos. Mais precisamente, as questões que são objecto do reenvio prejudicial dizem respeito às condições impostas pelo artigo 66.° da «Mediawet» [1] para a retransmissão de programas, provenientes de outros Estados-membros, que incluam publicidade especialmente destinada ao público neerlandês; a acção intentada pela Comissão diz respeito, além das condições previstas no artigo 66.°, à obrigação, prevista pelo artigo 61.° da Mediawet, de os organismos de radiodifusão se dirigirem, total ou parcialmente, a uma empresa nacional para a realização dos seus programas.

Razões de economia levam-nos portanto a apresentar conclusões comuns; trataremos *ex professo* o processo Comissão/Países Baixos, para em seguida daí retirar igualmente as respostas às questões do juiz *a quo* no processo C-288/89.

2. No que diz respeito ao *processo C-353/89*, a Comissão solicita ao Tribunal que declare que o Reino dos Países Baixos, ao reservar a uma empresa nacional — no todo ou em parte — a realização de programas para os organismos nacionais de radiodifusão e ao impor aos emissores estrangeiros certas condições para a retransmissão dos programas com publicidade especialmente destinada ao público neerlandês, não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 59.° do Tratado.

3. As duas medidas contestadas encontram-se, como já mencionámos, previstas na Mediawet, lei que entrou em vigor em 1 de Janeiro de 1988. Essa lei, tal como a anterior na matéria, é inspirada pela intenção de proteger um sistema de radiodifusão pluralista e não comercial; é precisamente em função deste objectivo que são estabelecidas as principais regras em que se articula o sistema, em especial as que se referem ao direito de emissão e as relativas à publicidade.

A fim de garantir uma programação que reflita as diferentes componentes políticas, sociais e religiosas da sociedade neerlandesa, o tempo de emissão ao nível nacional é dividido na maior parte entre as «omroepvere-

* Língua original: italiano.

1 — Lei de 21 de Abril de 1987 que regula o fornecimento de programas de rádio e de televisão, as taxas de radiotelevisão e as medidas de auxílio aos órgãos de imprensa (Stbl. n.° 249 de 4. 6. 1987).

nigingen» (a seguir «organismos nacionais de radiodifusão»), associações de ouvintes ou de telespectadores com personalidade jurídica e que tenham pelo menos 150 000 membros. Além disso, é atribuído aos partidos políticos, aos grupos religiosos e às minorias culturais um tempo de emissão limitado (8 %).

A coordenação dos programas difundidos a nível nacional e a realização de emissões de interesse comum (por exemplo o telejornal) são asseguradas pela Nederlandse Omroep Stichting (fundação neerlandesa para a difusão de programas radiofónicos e televisivos).

Os organismos nacionais de radiodifusão têm, em princípio, a mais ampla liberdade no que diz respeito às suas emissões: podem comprar programas já realizados, tanto nos Países Baixos como noutros Estados, ou produzir eles próprios os seus programas.

Neste último caso, todavia, são obrigados, por força do artigo 61.° da Mediawet, a recorrer às estruturas e aos meios técnicos (estúdios de gravação, oficinas de cenografia, técnicos, orquestra, etc.) de uma associação de direito neerlandês, o Nederlandse Omroepproduktie Bedrijf (a seguir «Bedrijf»), que oferece os seus serviços a preços controlados. A obrigação em questão diz respeito à totalidade dos programas radiofónicos e a 75 % dos programas televisivos.

4. Além disso, é imposta aos organismos de radiodifusão a proibição de inserirem nos seus programas mensagens publicitárias provenientes de terceiros. O monopólio da difusão destas mensagens é com efeito reservado à Stichting Etherreclame (a seguir «STER»), organismo autónomo em relação aos titulares do direito de emissão. A STER limita-se, essencialmente, a vender os tempos de emissão publicitários; as receitas daí resultantes são recebidas pelo Estado e são utilizadas para subsidiar os organismos de radiodifusão e, em menor medida, a imprensa.

Nos Países Baixos, a maior parte dos programas só pode ser recebida através da distribuição por cabo. Os distribuidores estão autorizados a transmitir programas estrangeiros. Todavia, exceptuados os casos em que estes programas podem ser captados através de uma antena individual, o artigo 66.° da Mediawet só autoriza a sua retransmissão, no caso de conterem publicidade especialmente destinada ao público neerlandês, se forem respeitadas certas condições.

Uma primeira série de condições diz respeito ao próprio emissor: não deve prosseguir um fim lucrativo; não pode realizar lucros para terceiros; deve confiar a gestão da publicidade a uma pessoa colectiva independente.

As outras condições dizem respeito, em contrapartida, às mensagens publicitárias: devem ser reconhecíveis enquanto tais; não podem exceder 5 % do tempo total de emissão; não podem ser difundidas ao domingo.

Considera-se que uma mensagem publicitária é destinada ao público neerlandês se for «difundida durante ou imediatamente depois de uma parte de um programa ou de um conjunto coerente de partes de programa le-

gendados em neerlandês ou que tenham uma parte de programa em língua neerlandesa».

Abordemos agora as duas acusações formuladas pela Comissão.

A — Quanto à reserva em favor do Bedrijf (artigo 61.° da Mediawet)

5. A Comissão contesta a compatibilidade do artigo 61.° da Mediawet com o artigo 59.° do Tratado, alegando que esta disposição impede as empresas dos outros Estados-membros de fornecer serviços no que diz respeito à realização de programas radiofónicos e limita consideravelmente, a 25 %, a possibilidade de oferecer serviços para a produção de programas televisivos.

O Governo neerlandês alega, em primeiro lugar, que a obrigação prevista na Mediawet é temporária e deriva da preocupação de garantir uma transição harmoniosa do antigo sistema, em que os meios técnicos pertenciam ao sector público e em que a obrigação em questão era absoluta, para um sistema em que as regras do mercado são, pelo contrário, plenamente aplicadas[2]. Segundo o Governo demandado, revela-se indispensável um período de transição para evitar a falência do Bedrijf e despedimentos em massa, bem como para preservar as experiências culturais do período anterior, e acima de tudo o pluralismo. Sem um regime transitório, o Bedrijf poderia deparar com sérias dificuldades financeiras, susceptíveis de provocar o seu desaparecimento, impedindo assim o acesso dos organismos de radiodifusão aos seus meios técnicos e comprometendo, consequentemente, a continuidade do sistema.

Essencialmente, e sob este ponto de vista, a defesa do Governo neerlandês não assenta em argumentos jurídicos, limitando-se a observar a inoportunidade de uma acção com base no artigo 169.° num momento tão delicado e, em consequência, a falta de «compreensão» da Comissão.

A este respeito basta salientar, como a Comissão, que o carácter provisório da situação actual não pode justificar a inobservância da proibição constante do artigo 59.°

6. Daqui decorre que a compatibilidade do artigo 61.° da Mediawet com o artigo 59.° do Tratado deve ser apreciada sem ter em conta o facto de que se trata de uma situação temporária.

A este respeito, o Governo neerlandês observa que a medida controvertida não é incompatível com o artigo 59.°; com efeito, a mesma não implica qualquer discriminação entre as empresas neerlandesas diversas do Bedrijf e as empresas dos outros Estados-membros. Além disso, as empresas ou organismos que não operem a nível nacional podem recorrer aos meios técnicos da sua escolha; e mais, no que diz respeito à produção de programas televisivos, é evidentemente possível, em 25 %, dirigir-se a empresas de outros Estados-membros.

2 — O Governo dos Países Baixos apresentou com efeito ao Parlamento um projecto de lei que altera a Mediawet; com base na alteração proposta, a obrigação prevista no artigo 61.° é suprimida a partir de 1 de Janeiro de 1991 para as produções televisivas e a partir de 1 de Janeiro de 1992 para as produções radiofónicas. Esta alteração ainda não foi aprovada; todavia, no que diz respeito à produção de programas televisivos está de facto já em vigor uma vez que a obrigação em questão foi fixada em 0 %.

A tese do Governo demandado não pode ser acolhida. Com efeito, é indiscutível que a regra em questão favorece uma empresa nacional garantindo-lhe a cobertura da maior parte das necessidades nacionais; limita, assim, consideravelmente, ou impede, a possibilidade de as empresas de outros Estados-membros oferecerem serviços nos Países Baixos [3]. O facto, além disso, de a medida em questão desfavorecer de modo análogo as outras empresas nacionais não pode ser considerado susceptível de legitimar a restrição em relação aos prestadores de serviços dos outros Estados-membros.

Com efeito, uma medida nacional restritiva da livre prestação de serviços que, como o Tribunal afirmou várias vezes, constitui uma *liberdade fundamental* garantida pelo Tratado, não pode ser considerada compatível com o artigo 59.° do Tratado pelo mero facto de os seus efeitos restritivos não favorecerem a totalidade das empresas nacionais do tipo em questão.

Estamos com efeito convencidos de que tal raciocínio, que foi no entanto seguido pelo Tribunal num caso respeitante à livre circulação de mercadorias [4], é igualmente válido para a livre prestação de serviços. O nível já atingido pela integração comunitária não permite definir o alcance do artigo 59.° de modo diverso e mais reduzido do que o do artigo 30.° E isto sem ter em conta que o Tribunal, no recente acórdão «telecomunicações» [5], esclareceu bem que o alcance do artigo 30.° é definido em função de um «sistema de concorrência não falseada» que implica a «igualdade de oportunidades entre os diferentes operadores económicos»: perspectiva que não nos parece poder ser limitada apenas aos operadores que trocam mercadorias.

7. As considerações que precedem levam-nos a concluir que a regulamentação neerlandesa em questão tem carácter discriminatório e que portanto não é possível invocar eventuais razões de interesse geral para a justificar. Recordemos com efeito que, com base numa jurisprudência constante do Tribunal, «regulamentações nacionais, não indistintamente aplicáveis às prestações de serviços independentemente da sua origem e que, por isso, são discriminatórias, apenas estarão em conformidade com o direito comunitário se puderem ser abrangidas por uma disposição derrogatória expressa» [6].

A única derrogação susceptível de aplicação, no caso aqui em apreço, seria, consequentemente, a prevista pelo artigo 56.° do Tratado (para que remete o artigo 66.°), com base na qual eventuais medidas discriminatórias devem ser justificadas por razões de ordem pública, de segurança pública e de saúde pública.

Ora, não nos parece que a defesa do carácter pluralista e não comercial do sistema radiotelevisivo neerlandês possa ser abrangida

3 — Recordemos a este respeito o acórdão de 10 de Julho de 1984, Campus Oil, n.° 16 (72/83, Recueil, p. 2727), em que o Tribunal, a propósito de uma medida nacional que obrigava todos os importadores a comprar a um fornecedor nacional uma determinada quantidade de petróleo, afirmou que tal «obrigação... limita em igual medida as possibilidades de importação deste mesmo produto; tem portanto um efeito protector em favor de uma produção nacional e desfavorece, na mesma medida, os produtores de outros Estados-membros». Consequentemente, o Tribunal afirmou a sua incompatibilidade com o artigo 30.°

4 — Acórdão de 20 de Março de 1990, Du Pont de Nemours, n.os 11 a 14 (C-21/88, Colect., p. I-889).

5 — Acórdão de 19 de Março de 1991, França/Comissão, n.° 51 (202/88, Colect., p. I-1223).

6 — Acórdão de 26 de Abril de 1988, Bond van Adverteerders, n.° 32 (352/85, Colect., p. 2085).

pelo disposto no artigo 56.°, nem, em especial, que tal finalidade possa ser considerada uma «razão de ordem pública», tendo em conta a jurisprudência restritiva do Tribunal na matéria[7].

8. Por outro lado, mesmo que se quisesse considerar que a medida contestada não é fundada em elementos de discriminação formais em razão da nacionalidade e que, em consequência, as restrições daí decorrentes são — em princípio — justificáveis por razões de interesse geral, o resultado não seria diverso.

Com efeito, se bem que a protecção de finalidades de natureza cultural, como a defesa do carácter pluralista e não comercial[8] do sistema de radiotelevisão neerlandês seja, em princípio, abrangida pelas razões de interesse geral[9], as exigências invocadas no caso concreto (ligadas a esse interesse) não são no entanto susceptíveis de justificar uma derrogação à livre prestação de serviços. A este respeito, recorde-se que, segundo o Governo neerlandês, a medida em questão é indispensável para garantir o acesso dos organismos de radiodifusão a instrumentos técnicos de qualidade e, portanto, a continuidade do sistema, bem como a prossecução das tarefas de ordem cultural confiadas ao Bedrijf.

Dado que o próprio Governo demandado reconhece que a medida em questão se «destina efectivamente a assegurar a sobrevivência do Bedrijf» (p. 5 da réplica), salientamos de imediato que essa «sobrevivência» não é necessária para garantir o pluralismo e o carácter não comercial do próprio sistema, nem as exigências específicas ligadas à protecção de tal objectivo. A este respeito, basta observar que se os organismos nacionais de radiodifusão considerassem conveniente dirigir-se ao Bedrijf, para poderem beneficiar de instrumentos técnicos de qualidade a baixo custo, fá-lo-iam mesmo na ausência de uma obrigação jurídica neste sentido; a reserva é, portanto, deste ponto de vista, inútil. Quanto ao facto de estas tarefas de ordem cultural (manutenção de meios materiais como orquestra, coros, fonoteca, arquivos de filmes) serem confiadas ao Bedrijf, concordamos com a Comissão em que a execução destas tarefas, sendo financiada integralmente pelo Estado, poderia ser mantida mesmo após a supressão da obrigação visada no artigo 61.° da Mediawet, se tal fosse legítimo sob outros aspectos.

Por último, o próprio facto de a reserva em questão ter na realidade sido já suprimida, pelo menos no que diz respeito à produção de programas de televisão, demonstra que a sobrevivência do Bedrijf não é indispensável para garantir o pluralismo do sistema neerlandês. Por outro lado, a afirmação do Governo neerlandês de que o Bedrijf entraria em falência, com a consequente perda de

7 — Recorde-se com efeito que o Tribunal afirmou várias vezes que, uma vez que a sua aplicação comporta uma derrogação a um princípio fundamental do Tratado [artigo 3.°, alínea c)], a cláusula do artigo 56.° deve ser interpretada de modo restritivo e a sua aplicabilidade exige uma «ameaça real e suficientemente grave, que afecte um interesse fundamental da sociedade» (acórdão de 27 de Outubro de 1977, Bouchereau, n.° 35, 30/77, Recueil, p. 1999), bem como a adopção de medidas proporcionais e estritamente necessárias em relação aos interesses que se pretendem proteger (ver acórdão de 18 de Maio de 1982, Adoui e Cornuaille, n.° 9, 115/81 e 116/81, Recueil, p. 1665).

8 — Esclareceremos quanto a este ponto que o carácter não comercial de um sistema radiotelevisivo não pode de qualquer modo ser em si mesmo considerado uma exigência imperativa susceptível de justificar uma restrição à livre prestação de serviços; pelo contrário, mais não é do que um instrumento para garantir o pluralismo. Em consequência, este carácter só pode justificar restrições na medida em que as mesmas sejam indispensáveis para atingir um objectivo digno de protecção a nível comunitário, como precisamente um objectivo de política cultural tendente a garantir o pluralismo.

9 — Ver, por exemplo, acórdão de 26 de Fevereiro de 1991, Comissão/Itália, n.° 20 (C-180/89, Colect., p. I-709), em que o Tribunal reconheceu que o «interesse geral ligado à... conservação do património histórico e artístico nacional (pode) constituir uma razão imperiosa que justifique uma restrição à livre prestação de serviços».

3 000 empregos, se a reserva em questão fosse suprimida sem qualquer transição, confirma que a medida em questão se encontra estreitamente ligada a considerações de carácter económico.

9. O Governo neerlandês alega, a título subsidiário, que o regime criado pelo artigo 61.° da Mediawet é autorizado pelo artigo 90.°, n.° 1, do Tratado, disposição que assenta precisamente no pressuposto da legalidade da existência de empresas titulares de direitos especiais e exclusivos.

Limitamo-nos a salientar quanto a este ponto, sem que seja necessário verificar se, e em que medida, a reserva em favor do Bedrijf constitui um direito exclusivo ou um direito especial, que no acórdão «telecomunicações» [10], atrás referido, o Tribunal afirmou precisamente que, mesmo que o artigo 90.° pressuponha a existência de empresas titulares de certos direitos especiais ou exclusivos, daí não resulta que todos os direitos especiais e exclusivos sejam necessariamente compatíveis com o Tratado. Isso depende das diferentes regras para que o n.° 1 do artigo 90.° remete».

Em suma, o Tribunal interpretou o artigo 90.°, n.° 1, como uma regra de remissão; o que implica, no caso concreto, que a verificação da compatibilidade do artigo 61.° da Mediawet com o Tratado deve ser efectuada em conjugação com o artigo 59.°, na medida em que esta regra prevê a possibilidade de derrogar ao princípio da livre prestação de serviços.

10 — Acórdão de 19 de Março de 1991, C-202/88, atrás referido, n.° 22.

Ora, como já analisámos, a reserva em favor do Bedrijf não é justificável, nem com base nas derrogações visadas no artigo 56.° do Tratado, nem com base em exigências imperativas ou, se se preferir uma terminologia diversa da relativa ao artigo 30.°, de razões de interesse geral. Consequentemente, a medida em questão é incompatível com o artigo 59.° do Tratado.

B — Quanto às condições previstas no artigo 66.°

10. O artigo 66.° da Mediawet autoriza a retransmissão de programas estrangeiros com publicidade especialmente destinada ao público neerlandês se os mesmos satisfizerem uma série de condições, igualmente impostas aos organismos nacionais de radiodifusão. Se estas condições não forem satisfeitas cumulativamente, os programas estrangeiros só podem ser retransmitidos se não contiverem publicidade especialmente dirigida ao público neerlandês.

Recordemos que três das seis condições em questão dizem respeito aos próprios emissores (não ter fim lucrativo, não realizar lucros para terceiros, confiar a gestão da publicidade a uma pessoa colectiva independente) e as três outras condições referem-se às mensagens publicitárias (não podem exceder 5 % do tempo de emissão, devem ser claramente reconhecíveis e distintas do resto do programa e não podem ser transmitidas ao domingo).

Posto isto, consideramos oportuno, antes de passar à verificação da compatibilidade destas condições com o artigo 59.° do Tratado, formular algumas observações de carácter geral a propósito das restrições à livre circu-

lação de serviços decorrentes da aplicação de medidas indistintamente aplicáveis.

11. Observemos em primeiro lugar que o artigo 59.°, primeiro parágrafo, não proíbe apenas as discriminações em razão da nacionalidade, mas, de um modo mais geral, as «*restrições à livre prestação de serviços na Comunidade... em relação aos nacionais dos Estados-membros estabelecidos num Estado da Comunidade que não seja o do destinatário da prestação*». Acrescentemos que as disposições que prevêem um regime especial para os nacionais «estrangeiros» só são aplicáveis quando sejam «justificadas por razões de ordem pública, segurança pública e saúde pública» (artigo 56.° evocado pelo artigo 66.°).

12. Como já demonstrámos no início, pela terminologia utilizada e pelo seu teor, tal sistema corresponde em larga medida ao da livre circulação de mercadorias, com proibição de todas as restrições (artigos 30.° e 34.°) e com as derrogações previstas pelo artigo 36.°; assim, em nossa opinião, como acontece em relação à livre circulação de mercadorias, eventuais restrições à livre prestação de serviços — mesmo não discriminatórias — são em princípio incompatíveis com o artigo 59.° [11].

A jurisprudência do Tribunal, pelo menos *in abstracto*, não parece desmentir tal conclusão. Com efeito, lembramos que o Tribunal afirmou, a partir do acórdão Van Binsbergen [12], que os artigos 59.° e 60.° relativos à livre prestação de serviços se tornaram directamente aplicáveis a partir do termo do período de transição e que «*a sua aplicabilidade não está subordinada à harmonização ou à coordenação das legislações dos Estados-membros*» [13].

Esclareceu além disso que os artigos 59.° e 60.° «exigem não apenas a eliminação de qualquer discriminação do prestador em razão da sua nacionalidade, mas também a supressão de qualquer restrição à livre prestação de serviços imposta com fundamento no facto de o prestador estar estabelecido num Estado-membro que não aquele em que a prestação é efectuada» [14]. E acrescentou que, «especialmente, o Estado-membro não pode subordinar a realização da prestação de serviços no seu território ao preenchimento de todas as condições exigidas para o estabelecimento, sob pena de privar de qualquer efeito útil as disposições destinadas a assegurar a livre prestação de serviços» [15].

13. O alcance da livre prestação de serviços é portanto definido, pelo menos em abstracto, em termos muito amplos. Em especial, resulta claro das afirmações que reproduzimos que a proibição de discriminações em razão da nacionalidade não joga um papel absoluto e decisivo como nos casos do direito de estabelecimento. Na realidade, tendo em conta o facto de que a «passagem das fronteiras» não é acompanhada, no caso

11 — Ver neste sentido as conclusões do advogado-geral F. Jacobs no processo C-76/90, Säger, apresentadas na audiência de 21 de Fevereiro de 1991 (acórdão de 25 de Julho de 1991, Colect., p. I-4221, I-4229), bem como as conclusões do advogado-geral O. Lenz nos acórdãos «guias turísticos» de 26 de Fevereiro de 1991, Comissão/França, Comissão/Itália e Comissão/Grécia (C-154/89, Colect., p. I-659; C-180/89, Colect., p. I-709; C-198/89, Colect., p. I-727). Considerações interessantes a este respeito encontram-se, além disso, nas conclusões do advogado-geral W. Van Gerven no processo C-340/89, Vlassopoulou, apresentadas na audiência de 28 de Novembro de 1990 (acórdão de 7 de Maio de 1991, Colect., p. I-2357, I-2365), conclusões estas que dizem no entanto respeito a um caso de direito de estabelecimento.

12 — Acórdão de 3 de Dezembro de 1974, 33/74, Recueil, p. 1299.

13 — Ver, em último lugar, o acórdão de 4 de Dezembro de 1986, Comissão/Alemanha, n.° 25 (205/84, Colect., p. 3755).

14 — Acórdão Comissão/Alemanha, atrás referido, n.° 25, bem como acórdão de 26 de Fevereiro de 1991, Comissão/Itália, n.° 15 (C-180/89, Colect., p. I-709).

15 — Acórdão Comissão/Itália, atrás referido, n.° 15.

da prestação de serviços, de um estabelecimento estável, o princípio do tratamento nacional correria o risco de se traduzir em restrições excessivas em relação a esta característica da prestação de serviços. Com efeito, ao impor aos estrangeiros, apesar do que precede, as mesmas condições que as exigidas para os nacionais e que pressupõem uma ligação estável com o Estado, este último acabaria em suma por tornar vã a liberdade em questão e o seu próprio carácter específico, em relação ao direito de estabelecimento [16].

É um facto que o próprio Tribunal introduziu limitações importantes ao amplo alcance da proibição prevista no artigo 59.°, considerando legítimas as limitações que atingem do mesmo modo os nacionais e os estrangeiros «comunitários», desde que as mesmas resultem da aplicação de regras nacionais estabelecidas para proteger interesses gerais e, consequentemente, obrigatórios para todos.

14. No entanto o Tribunal insistiu na carácter excepcional das possibilidades de derrogação, afirmando, a este respeito, que a livre prestação de serviços, enquanto princípio fundamental do Tratado, pode ser limitada unicamente:

— através de regulamentações justificadas pelo interesse geral e que se apliquem (indistintamente) a qualquer pessoa ou empresa que exerça uma actividade no território do Estado destinatário;

— na medida em que este interesse não seja protegido pelas regras a que o prestador está sujeito no Estado-membro em que se encontra estabelecido;

— por último, se estas exigências forem objectivamente necessárias, ou seja, desde que o mesmo resultado não possa ser atingido através de regras menos restritivas [17].

Examinaremos agora as condições impostas pela Mediawet; por razões de sistemática, analisaremos em primeiro lugar as que dizem respeito aos emissores e em seguida as que se referem às mensagens publicitárias.

— *Condições relativas aos emissores*

15. A Comissão defende que, ao tornar extensivo aos emissores estrangeiros o sistema aplicável aos emissores nacionais, a Mediawet torna de facto impossível a retransmissão dos programas de emissores estrangeiros nos Países Baixos, quando os mesmos contenham publicidade destinada especialmente ao público neerlandês. E isto especialmente porque, para poderem satisfazer estas condições, os emissores estrangeiros deviam estar estabelecidos em Estados que tivessem uma regulamentação decalcada da que está em vigor nos Países Baixos.

Na realidade, se bem que sejam, no plano formal, indistintamente aplicáveis, as medi-

16 — Assim Tizzano: «La libera circolazione dei servizi nella CEE. Profili generali», em *Professioni e servizi nella CEE* (coordenado por Tizzano), Pádua, 1985, p. 20 e seguintes.

17 — Em relação com as três condições referidas, ver acórdãos de 18 de Janeiro de 1979, Van Vesemael, 110/78 e 111/78, Recueil, p. 35; de 17 de Dezembro de 1981, Webb, 279/80, Recueil, p. 3320; de 4 de Dezembro de 1986, Comissão/Alemanha, atrás referido, n.os 27 e 29, bem como, em último lugar, de 26 de Fevereiro de 1991, Comissão/Itália, atrás referido, n.os 17 e 18.

das em questão revelam-se, em razão da sua própria natureza, de facto discriminatórias. Não tendo os outros Estados-membros um sistema de radiotelevisão análogo ao que está em vigor nos Países Baixos, daqui resulta efectivamente que os emissores estrangeiros não podem, de modo algum, encontrar-se na mesma situação que os emissores nacionais. A discriminação «material» decorre, essencialmente, do tratamento idêntico de situações que de facto não são comparáveis.

16. A este respeito, é necessário sublinhar que, com base na jurisprudência do Tribunal, são proibidas «não apenas as discriminações abertas em razão da nacionalidade do prestador mas também todas as formas dissimuladas de discriminação que, se bem que fundadas em critérios aparentemente neutros, conduzem de facto ao mesmo resultado» [18].

Ora, as condições impostas pela Mediawet aos emissores estrangeiros parecem constituir um caso típico de discriminação dissimulada. De qualquer modo, não podem razoavelmente ser consideradas justificadas por razões de interesse geral. Com efeito, estas condições tornam praticamente impossível a retransmissão de programas provenientes de outros Estados-membros, sem todavia terem qualquer incidência sobre a finalidade que o Governo neerlandês declara querer prosseguir: protecção do pluralismo e do carácter não comercial do sistema radiotelevisivo.

17. Na realidade, impor aos emissores estrangeiros que não realizem lucros para terceiros, com o objectivo de evitar, segundo o que afirma o Governo neerlandês, que quantias destinadas ao financiamento da radiodifusão sejam desviadas, bem como exigir que estes emissores não prossigam um fim lucrativo, e, assim, que os recursos publicitários se destinem exclusivamente ao financiamento da radiodifusão a fim de «proporcionar aos emissores estrangeiros possibilidades pelo menos semelhantes às que existem para o sistema neerlandês» (p. 24 do memorando de defesa), não tem qualquer sentido em relação à finalidade prosseguida. Com efeito, é evidente que o respeito (ou não respeito) das referidas condições não tem qualquer efeito no sistema de radiotelevisão neerlandês enquanto tal.

De facto, as condições em questão não dizem respeito ao conteúdo dos programas; o facto é que, ao impedir os emissores estrangeiros de penetrar no mercado publicitário neerlandês, as mesmas impedem que uma parte dos rendimentos publicitários seja subtraída à STER. Ora, na medida em que se pretenda sustentar que estas receitas constituem uma fonte de financiamento dos organismos nacionais de radiodifusão e contribuem, assim, para assegurar, deste ponto de vista, o pluralismo do sistema em questão, limitamos-nos a observar que se trata de um objectivo eminentemente económico e de qualquer modo excessivo em relação à finalidade prosseguida, sobretudo se tivermos em conta o facto de que a parte de financiamento que se pode considerar proveniente dos recursos da STER só constitui uma parte limitada em relação à totalidade do financiamento público.

Quanto à condição segundo a qual as mensagens publicitárias devem ser produzidas por uma pessoa colectiva distinta do próprio emissor, a tese do Governo neerlandês é a de que, através desta condição, pretende-se impedir que a publicidade possa exercer

18 — Acórdão de 3 de Fevereiro de 1982, Seco/Evi, n.º 8 (62/81 e 63/81, Recueil, p. 223).

qualquer influência sobre o conteúdo dos programas: visa portanto garantir a protecção dos consumidores em relação à qualidade destes programas. Todavia, o mesmo Governo afirma que não exige que essa distinção seja efectuada pela regulamentação em vigor do Estado-membro de emissão. Em contrapartida bastaria que, na empresa de radiodifusão interessada, o serviço de redacção e o que vende espaços publicitários sejam juridicamente distintos; noutros termos, mesmo apenas uma «ficção» seria susceptível de satisfazer a exigência pretendida pelo Governo neerlandês. É evidente que essa hipótese não pode ser considerada adequada a garantir que a publicidade não exerce qualquer influência nos programas.

18. Terminando, as condições impostas pela Mediawet aos emissores estrangeiros não podem beneficiar de qualquer derrogação à livre prestação de serviços: são, portanto, incompatíveis com o artigo 59.° do Tratado.

— *Condições relativas às mensagens publicitárias*

19. Quanto às condições previstas na Mediawet em matéria de publicidade, salientamos em primeiro lugar que se trata de medidas indistintamente aplicáveis tanto no plano formal como, em princípio, no plano material, portanto *restrições não discriminatórias.*

Posto isto, recordamos que o Tribunal teve ocasião de se pronunciar sobre as restrições impostas em matéria de publicidade televisiva no acórdão Debauve [19] e no acórdão Bond Van Adverteerders [20], ao estabelecer essencialmente que, enquanto as disposições que regulam esta matéria não tiverem sido objecto de harmonização, as restrições não discriminatórias devem ser consideradas compatíveis com o Tratado.

No acórdão Debauve, com efeito, o Tribunal declarou que «tendo em conta a natureza especial de certas prestações de serviços, como a emissão e a transmissão de mensagens televisivas, não se podem considerar incompatíveis com o Tratado exigências específicas impostas aos prestadores, que sejam justificadas pelo interesse geral e dirigidas a qualquer pessoa ou empresa estabelecida no território (de um) Estado-membro, na medida em que o prestador estabelecido noutro Estado-membro não esteja aí sujeito a prescrições similares» (n.° 12) (tradução provisória).

Na realidade, o Tribunal partiu da verificação de que a maior parte dos Estados-membros impõe limitações de alcance diverso às emissões de mensagens publicitárias: limitações que vão da proibição absoluta à imposição de restrições quanto ao seu conteúdo, às horas, à duração e às próprias modalidades das emissões; limitações determinadas pelo facto de os Estados-membros prosseguirem, no sector em questão, objectivos de carácter geral. O Tribunal chegou assim à conclusão de que, «tendo em conta considerações de interesse geral inerentes às regulamentações limitativas nesta matéria, a aplicação das legislações em causa não pode ser

19 — Acórdão de 18 de Maio de 1980, 52/79, Recueil, p. 833.

20 — Recordamos que através deste acórdão o Tribunal se pronunciou sobre a interpretação do artigo 59.° do Tratado em relação ao artigo 4.° da Kabelregeling, norma substituída precisamente pelo artigo 66.° da Mediawet quanto aos aspectos aqui relevantes.

considerada como constituindo uma restrição à livre prestação de serviços, desde que essas legislações tratem de modo idêntico todas as prestações na matéria, independentemente da sua origem e da sua nacionalidade ou do local de estabelecimento dos prestadores» (n.° 13) (tradução provisória).

Tal condição é substancialmente confirmada pelo acórdão Bond Van Adverteerders, em que o Tribunal declarou incompatível com o artigo 59.° o artigo 4.° da Kabelregeling no que diz respeito à proibição imposta aos emissores estrangeiros de transmitirem publicidade especialmente destinada ao público neerlandês e de legendarem em neerlandês os programas retransmitidos nos Países Baixos, mas confirmou igualmente que as proibições impostas por um Estado por razões de interesse geral (no caso concreto exigências de política cultural) não são em si mesmas incompatíveis com o Tratado desde que não tenham carácter discriminatório e um alcance desproporcionado em relação aos objectivos prosseguidos.

20. Assim, resulta da jurisprudência na matéria que, enquanto as legislações nacionais respeitantes à radiodifusão não estiverem harmonizadas [21], a livre prestação de serviços, directamente garantida pelo Tratado, abrangerá apenas a proibição de limitar as mensagens televisivas de modo mais restritivo do que a publicidade televisiva nacional.

Acrescentamos que, no acórdão Bond Van Adverteeders, o Tribunal qualificou de «restrições objectivas ... a proibição da publicidade para certos produtos ou em certos dias, e a limitação da duração ou da frequência das mensagens» [22].

Em suma, consequentemente, o Tribunal considerou justificadas pelo interesse geral as restrições decorrentes da aplicação de certas condições relativas às mensagens publicitárias; e é precisamente a conformidade destas disposições com o artigo 59.° do Tratado que é contestada pela Comissão na presente acção.

21. A Comissão sustenta, com efeito, que o facto de estas condições não deverem ou de qualquer modo não poderem ser respeitadas quando se trate de publicidade não especialmente destinada ao público neerlandês implica que as mesmas não existam no interesse geral, por exemplo a protecção do espectador ou do ouvinte contra os excessos de publicidade.

Essa argumentação é contestada pelo Governo neerlandês que sustenta que de qualquer modo os ouvintes e os telespectadores que seguem programas estrangeiros representam uma fraca percentagem, e que em consequência basta garantir que os programas em língua neerlandesa ou legendados em neerlandês respeitam as condições impostas.

Pelo contrário, na opinião da Comissão, o único objectivo do Governo neerlandês seria o de proteger o mercado neerlandês da pu-

21 — Recorde-se a propósito que a Directiva 89/552/CEE do Conselho, de 3 de Outubro de 1989, relativa à coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros relativas ao exercício de actividades de radiodifusão televisiva (JO L 298, p. 23), entrará em vigor em 3 de Outubro de 1991.

22 — Acórdão de 26 de Abril de 1988, atrás referido, n.° 37.

blicidade em benefício do sistema nacional de radiodifusão e contra a concorrência estrangeira.

22. Observe-se a este respeito que, tudo bem considerado, uma legislação como a ora em análise é susceptível de tornar de qualquer modo mais oneroso e mais difícil para os emissores estrangeiros transmitirem programas com publicidade especificamente destinada ao público neerlandês; mais que não seja porque devem readaptar os seus programas para respeitar as condições em questão. Noutros termos, condições como o limite de 5 % e a proibição de transmitir publicidade ao domingo resultam, de facto, num regime particular para os emissores de outros Estados-membros, na medida em que, apenas no seu caso, é necessário suprimir uma parte dos programas.

As condições em questão são portanto susceptíveis de constituir um obstáculo de facto principalmente à actividade dos emissores estrangeiros e constituem uma restrição à livre circulação de serviços, no sector considerado. Temos portanto algumas dúvidas de que, sob esta óptica, se trate de condições que possam certamente ser consideradas «objectivas», sendo mais aparente do que real a diferença com as três condições já examinadas.

23. Por isto, não podemos ignorar o facto de tal restrição ser justificável com base em exigências ligadas ao interesse geral, como precisamente a protecção do consumidor, que o próprio Tribunal várias vezes tomou em consideração como exigência digna de protecção no sector dos serviços [23].

Ora, no caso concreto, é evidente que as medidas contestadas se aplicam de modo não discriminatório aos emissores nacionais e aos emissores estrangeiros e não são desproporcionadas em relação ao objectivo prosseguido (com efeito, não foi demonstrado que o resultado pretendido pelas autoridades neerlandesas pode ser obtido por regras menos restritivas).

É incontestável que deste modo é a lei do Estado de recepção da mensagem que se impõe em vez da do Estado de emissão, como devia pelo contrário verificar-se num regime de liberalização com o configurado pelo Tratado e, em termos gerais, pelo próprio Tribunal.

Todavia, esta circunstância demonstra simplesmente que a livre prestação de serviços, tal como a própria liberdade de circulação de mercadorias, embora constituindo uma liberdade fundamental garantida pelo Tratado, deve ser conciliada (na ausência de harmonização a nível comunitário) com imperativos que não são menos «fundamentais», no caso concreto, a protecção do consumidor.

24. Em suma, as condições impostas pelo artigo 66.° da Mediawet, relativas às mensagens publicitárias, embora constituindo uma restrição de facto à livre circulação de serviços, são compatíveis com o artigo 59.°, na medida em que são justificadas pela prossecução de um interesse geral digno de protecção: a do consumidor.

23 — Ver em último lugar o acórdão de 4 de Dezembro de 1986, Comissão/Alemanha, atrás referido, n.° 33, bem como o acórdão de 26 de Fevereiro de 1991, Comissão/Itália, atrás referido, n.° 20.

25. À luz do que precede concluímos, portanto, propondo ao Tribunal que

— declare que o Reino dos Países Baixos, ao reservar a uma empresa nacional — total ou parcialmente — a realização de programas para os organismos nacionais de radiodifusão e ao impor aos emissores estrangeiros, no que se refere à retransmissão de programas que contenham publicidade especialmente destinada ao público neerlandês, que não prossigam um objectivo lucrativo, que não proporcionem lucros a terceiros e que confiem a gestão da publicidade a uma pessoa colectiva independente, não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 59.° do Tratado;

— indefira o pedido quanto ao restante;

— condene a demandante nas despesas.»

26. No que diz respeito ao processo C-288/89, concluímos propondo ao Tribunal que responda da seguinte forma às questões colocadas pelo Raad van State de Haia:

«1) Restrições à livre circulação de serviços impostas por uma regulamentação nacional, ainda que indistintamente aplicável, só são compatíveis com o artigo 58.° se forem justificadas por exigências imperativas inerentes ao interesse geral e se essas exigências não puderem ser satisfeitas através de condições menos restritivas.

2) A prossecução de um objectivo de política cultural, como a conservação de um sistema de difusão pluralista, pode, em princípio, constituir uma exigência imperativa que justifique uma restrição à livre prestação de serviços.

3) O artigo 59.° do Tratado deve ser interpretado no sentido de que constitui obstáculo à aplicação de uma regulamentação nacional, ainda que aplicável indistintamente como o artigo 66.° da Mediawet, que subordina a difusão por cabo de programas provenientes de outros Estados-membros que contêm publicidade especialmente destinada ao público nacional à condição de que o emissor não prossiga um objectivo lucrativo, não proporcione lucros a terceiros e que a publicidade seja gerida por uma pessoa colectiva independente do emissor; por outro lado, na falta de harmonização, a condição de só transmitir mensagens publicitárias se estas forem reconhecíveis como tais e se a sua transmissão não ultrapassar 5 % do tempo de emissão, bem como de não se efectuar ao domingo, é justificada por razões imperativas ligadas a interesses gerais.»