CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL SIEGBERT ALBER

apresentadas em 9 de Julho de 1998 *

A — Introdução

1. Pelo presente recurso, a Comissão pretende a obter a declaração de que, ao adoptar e manter uma regulamentação incompatível com a Directiva 90/396/CEE do Conselho, de 29 de Junho de 1990, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes aos aparelhos a gás [1] (a seguir «directiva»), a República Italiana violou as obrigações que lhe incumbem por força do direito comunitário.

2. A Comissão entende que a República Italiana, ao prescrever que os geradores de calor não isolados — autorizados pela directiva — devem ser instalados no exterior ou em locais tecnicamente adaptados, está a implicitamente proibir a instalação desses aparelhos em locais destinados a habitação.

3. No âmbito do presente processo, deve prestar-se particular atenção ao artigo 4.°, n.° 1, da directiva, que diz o seguinte: «Os Estados-Membros não podem proibir, restringir ou criar entraves à colocação no mercado e à colocação em serviço de aparelhos que satisfaçam os requisitos essenciais enunciados na presente directiva.» Os requisitos essenciais visados nesta disposição são as «prescrições exclusivamente necessárias para satisfazer os requisitos imperativos e essenciais de segurança, de saúde e de economia de energia relativos aos aparelhos a gás» [2]. Figuram no anexo I da directiva.

4. Segundo a Comissão, os requisitos relativos à utilização de certos aparelhos a gás em vigor na República Italiana não são compatíveis com a directiva. Refere-se, a este propósito, ao artigo 5.°, parágrafo 10, do Decreto n.° 412 do Presidente da República Italiana, de 26 de Agosto de 1993 (a seguir «DPR n.° 412/93»), que, para os casos de nova instalação ou de transformação de aparelhos de aquecimento que implique a instalação de geradores de calor individuais, com excepção dos casos de mera substituição, obriga à instalação de geradores de calor isolados do ambiente habitado. Os aparelhos de outros tipos (ou seja, os aparelhos não isolados) devem, por seu lado, ser instalados no exterior ou em locais tecnicamente adaptados [3].

* Língua original: alemão.

1 — JO L 196, p. 15.

2 — Quinto considerando da directiva.

3 — O texto original diz o seguinte: «In tutti i casi... è prescritto l'impiego di generatori isolati rispetto all'ambiente abitato... apparecchi di qualsiasi tipo se installati all'esterno o in locali tecnici adeguati...».

5. No entender da Comissão, esta disposição proíbe implicitamente a instalação e utilização de geradores de calor *não isolados*, ou seja, geradores de calor de tipo aberto em espaços habitados. Estando estes últimos aparelhos, segundo a Comissão, abrangidos pelo âmbito de aplicação da directiva, os Estados-Membros não podem, nos termos do seu artigo 4.°, proibir, restringir ou criar entraves à colocação no mercado e à colocação em serviço de aparelhos que satisfaçam os requisitos nela previstos. O artigo 5.°, parágrafo 10, do DPR n.° 412/93 era, portanto, incompatível com o artigo 4.° da directiva.

6. Por esta razão, a Comissão deu início, em Outubro de 1994, ao processo previsto no artigo 169.° do Tratado CE. No decorrer da fase précontenciosa, a República Italiana sustentou que os geradores de calor de tipo aberto instalados em espaços habitados podem, em certas condições, ser uma fonte de perigos. De facto, a sua utilização podia originar, nos espaços habitados, uma acumulação nociva de produtos da combustão, ou o empobrecimento em oxigénio do ar ambiente.

7. Foi tardiamente que a República Italiana respondeu ao parecer fundamentado que a Comissão lhe enviou em Novembro de 1995, para finalmente comunicar um projecto de modificação da lei em litígio.

8. Não tendo entretanto recebido qualquer informação sobre a eventual adopção dessa modificação, e tendo considerado insuficientes os argumentos apresentados pela República Italiana durante a fase précontenciosa, a Comissão acabou por decidir intentar uma acção no Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. A Comissão concluiu pedindo ao Tribunal que se digne:

«Depois de indeferir os pedidos e excepções ou deduções em contrário,

— declarar que a República Italiana, ao ter instituído e mantido um regime que impõe a instalação em locais habitados apenas de aparelhos de aquecimento de tipo "estanque", proibindo tacitamente a instalação de aparelhos de aquecimento de outro tipo que estão em conformidade com a Directiva 90/396/CE [4], não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do direito comunitário;

— condenar a República Italiana no pagamento das despesas da instância.»

4 — V. nota 1, *supra*.

9. A República Italiana concluiu pedindo

— que o pedido da Comissão seja julgado improcedente, e

— que esta última seja condenada nas despesas.

B — Análise

10. Segundo a Comissão, o artigo 5.°, parágrafo 10, do DPR n.° 412/93 é incompatível com o artigo 4.° da directiva, na medida em que implicitamente proibia a instalação de geradores de calor não isolados em espaços habitados; estes apenas podiam ser instalados no exterior ou em locais tecnicamente adaptados. Estava-se em presença de requisitos específicos, que não correspondiam aos constantes da directiva.

11. Segundo a Comissão, os requisitos que figuram no anexo da directiva são exaustivos e substituem as prescrições nacionais na matéria. A Comissão acrescenta que, consequentemente, qualquer outro requisito nacional relativo à segurança dos aparelhos a gás deve *a priori* ser considerado incompatível com o direito comunitário. A Comissão refere-se, a este respeito, ao quinto considerando da directiva, que dispõe na parte final: «esses requisitos, porque são essenciais, devem substituir as prescrições nacionais na matéria». Acresce que a incompatibilidade, com o direito comunitário, dos requisitos respeitantes à segurança previstos pela legislação nacional decorria da lógica subjacente aos artigos 3.° [5] e 4.° da directiva.

12. Estando os geradores de calor de tipo aberto abrangidos pelo âmbito de aplicação da directiva, também lhes devia estar assegurada, desde a data de entrada em vigor da directiva [6], e na condição de preencherem os requisitos formulados por esta, a livre colocação no mercado e a livre colocação em serviço. Embora seja certo que o artigo 5.°, parágrafo 10, do DPR n.° 412/93 não estabelece qualquer proibição de comercialização ou de instalação destes geradores de calor de tipo aberto, no entanto proíbe — ainda que implicitamente — a instalação destes aparelhos em espaços habitados, nos casos de nova instalação ou de transformação dos aparelhos de aquecimento. Na medida em que esta proibição constituía um obstáculo à colocação em serviço destes aparelhos — quando satisfizessem os requisitos impostos pela directiva —, verificava-se uma violação do artigo 4.° da directiva.

13. O Governo italiano entende, pelo contrário, que não há violação directa do artigo 4.° da directiva. No seu entender, a legislação italiana não proibia a instalação de geradores de tipo aberto, apenas contendo prescrições

5 — O artigo 3.° prevê que os aparelhos abrangidos pelo âmbito de aplicação da directiva devem satisfazer os requisitos essenciais que lhes sejam aplicáveis constantes do anexo I.

6 — O artigo 14.°, n.° 1, da directiva fixou essa data em 1 de janeiro de 1992.

relativas às modalidades de instalação. Limitava-se a prever que qualquer aparelho, independentemente do seu tipo, deve estar isolado dos espaços habitados. O consumidor teria depois a liberdade de optar por um gerador de calor já isolado, ou de tomar as medidas necessárias a um aparelho de tipo aberto. Segundo o Governo italiano, a instalação no exterior dos locais de habitação não acarreta despesas suplementares, não se podendo assim falar, sobretudo nesta hipótese, de um obstáculo à comercialização dos aparelhos de tipo aberto. Esse obstáculo apenas existiria se os aparelhos de tipo aberto não pudessem de modo algum ser isolados ou instalados no exterior dos locais de habitação.

14. A este respeito, a Comissão replica que o artigo 5.°, parágrafo 10, do DPR n.° 412/93 constituía em todo o caso um entrave, na medida em que respeitava à instalação de aparelhos de tipo aberto nos espaços habitados. Esta simples circunstância bastava para que fosse considerado incompatível com o artigo 4.° da directiva, que impedia *em qualquer caso* os Estados-Membros de proibirem, restringirem ou criarem entraves à colocação no mercado ou à colocação em serviço desses aparelhos. Acrescenta que, noutros termos, não existe, quanto à transposição e aplicação das directivas de harmonização que visam (como é o caso) a realização do mercado comum, qualquer regra *de minimis* em virtude da qual a criação de entraves pudesse ser considerada compatível com as directivas na medida em que apenas tinham um alcance limitado.

15. Quanto a este ponto, o Governo italiano não se refere necessariamente a uma regra *de minimis*, mas argumenta que não há violação directa do artigo 4.°, nem restrição ao mercado interno para os aparelhos de tipo aberto. Não podemos concordar com estas considerações. É certo que a legislação italiana não proíbe totalmente a instalação de aparelhos de tipo aberto; contudo, como o próprio Governo italiano expõe, a sua instalação em espaços habitados deve ser acompanhada de um qualquer tipo de isolamento. Isto significa que, de facto, um aparelho de tipo aberto é posteriormente transformado em aparelho isolado. Esta transformação não só acarreta certas despesas como também acaba por pura e simplesmente conduzir à exclusão de aparelhos de tipo aberto, enquanto tais, dos espaços habitados, pondo-se de parte o caso excepcional da simples troca de geradores de calor. Deste modo, a impossibilidade de utilizar, sem intervenção técnica adicional — ainda que muito limitada —, os aparelhos de tipo aberto, enquanto tais, constitui um entrave à sua comercialização. Por que razão iria um consumidor instalar um aparelho de tipo aberto e depois isolá-lo, em vez de recorrer desde o início a um aparelho isolado?

16. Além disso, deve referir-se o segundo considerando da directiva, em virtude do qual as disposições nacionais, embora possam estatuir um nível de segurança idêntico entre os Estados-Membros, são consideradas, em virtude da sua disparidade, um entrave ao comércio no interior da Comunidade.

17. Para se concluir que o artigo 4.° da directiva foi violado, é todavia necessário que essa disposição seja aplicável. Isso pode ser duvidoso quando — como defende o Governo italiano — um aparelho não isolado, colocado num local habitado, não puder satisfazer os requisitos essenciais formulados pela directiva.

18. A este respeito, a República Italiana refere-se ao ponto 3.4.3 do anexo I da directiva, que dispõe: «A construção dos aparelhos ligados a condutas de evacuação dos produtos da combustão deve ser tal que, em caso de tiragem anormal, não se verifique qualquer libertação de produtos da combustão em quantidades perigosas no local em questão.» Não se explicitando na directiva a noção de «tiragem anormal», dever-se-ia considerar que *em caso algum* poderá haver libertações perigosas de produtos da combustão no local onde o aparelho está instalado. Contudo, esse perigo existe relativamente a qualquer aparelho de tipo aberto, ainda que equipado com um dispositivo de segurança e que se garantisse um arejamento suficiente.

19. Em apoio das suas afirmações, o Governo italiano invoca os testes levados a cabo na Primavera de 1993 pelo laboratório de testes da empresa Italgas. É certo que esses testes serviram para demonstrar a grande utilidade dos dispositivos de segurança, que param a combustão em caso de libertação de produtos da combustão. Todavia, mesmo esses dispositivos, em determinadas condições e apesar da existência de uma ventilação regular, não conseguiram impedir uma grave poluição no interior do local. As condições específicas do teste previam, nomeadamente, uma velocidade de descida do vento na conduta superior a 0,5 m/s e uma oclusão do permutador de calor de 88%.

20. Inversamente, os geradores isolados revelaram-se absolutamente fiáveis nestas condições e conformes aos requisitos formulados na directiva, em virtude da separação física entre a câmara de combustão e o espaço habitado.

21. Os aparelhos de tipo aberto também não podiam satisfazer os requisitos constantes dos pontos 3.1.9 e 3.2.1 do anexo I da directiva. Em virtude do ponto 3.1.9, os aparelhos devem ser concebidos e construídos de tal modo que a avaria de um dispositivo de segurança, de controlo e de regulação não possa constituir fonte de perigo. O ponto 3.2.1 prevê que a construção dos aparelhos deve ser tal que a taxa de fuga de gás não apresente qualquer risco. Segundo o Governo italiano, as reflexões levadas a cabo no que respeita ao ponto 3.4.3 são igualmente válidas para estes requisitos. O que significa que também aqui não pode considerar-se, com base nos testes referidos, que os aparelhos de tipo aberto preenchem os requisitos da directiva.

22. A Comissão replica, em primeiro lugar, dizendo que no domínio da ordem jurídica comunitária não é de modo algum admissível que um Estado-Membro «faça justiça» por si próprio e viole unilateralmente certas disposições que julga insuficientes, como no pre-

sente processo o artigo 4.° da directiva. Para este tipo de casos, a ordem jurídica comunitária prevê meios apropriados, a saber, aqui, os artigos 6.° e 7.° da directiva.

23. A violação do artigo 4.°, alegada pela Comissão, só poderá contudo existir se esta disposição for pertinente para efeitos do presente processo. A este respeito, deve começar-se por examinar os objectivos da directiva. À luz do seu título, tem em vista a aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes aos aparelhos a gás. Em virtude do seu quinto considerando, esta harmonização deve limitar-se àquelas prescrições que sejam necessárias para satisfazer os requisitos imperativos e essenciais de segurança, de saúde e de economia de energia. Quer isto dizer que, relativamente a todos os aparelhos abrangidos pelo âmbito de aplicação da directiva, os requisitos em matéria de segurança constam do respectivo anexo. No presente processo, o Governo italiano também não contesta que os geradores de calor de tipo aberto — isto é, os aparelhos não isolados — ficam, em virtude do artigo 1.° da directiva, sob a alçada desta. Assim, apenas são relevantes, mesmo para estes aparelhos, os requisitos de segurança enunciados no anexo da directiva. Se os aparelhos satisfizerem estes requisitos deixa de ser possível, em virtude do artigo 4.° da directiva, proibir, restringir ou criar entraves à sua colocação no mercado ou à sua colocação em serviço.

24. Assim, o Conselho, autor da directiva, parte do princípio de que é possível construir geradores de calor de tipo aberto que satisfaçam os requisitos da directiva. Por conseguinte, a directiva também tem como objectivo a harmonização das legislações relativas a geradores de calor de tipo aberto que preencham esses requisitos.

25. O Governo italiano contesta este ponto. Na sua opinião, é impossível construir aparelhos de tipo aberto que preencham os requisitos mencionados na directiva. A Comissão julga, pelo contrário, que, se fosse esse o caso, a directiva por certo teria tido em conta tal impossibilidade. Acrescenta que era isso, aliás, o que resultava do seu sexto considerando, por força do qual um dos seus objectivos essenciais é a manutenção ou a melhoria dos níveis de segurança atingidos nos Estados-Membros. Na medida em que a directiva não proibia a instalação de aparelhos de tipo aberto em espaços habitados, nem procedia a qualquer distinção entre aparelhos de tipo aberto e aparelhos isolados, a Comissão conclui que não há razão para subscrever a afirmação do Governo italiano segundo a qual em caso algum os aparelhos de tipo aberto podiam preencher os requisitos formulados pela directiva.

26. Todavia, do mero facto de a directiva não conter qualquer disposição específica relativa aos aparelhos de tipo aberto não pode concluir-se que, apenas por esta razão, estes preenchem os requisitos gerais respeitantes à segurança por ela impostos. Desta circunstância apenas se pode deduzir que, no entender do Conselho, esses aparelhos podem satisfazer os requisitos gerais de segurança fundamentais. Quando o Governo italiano contesta este ponto, o que põe em causa não é já a questão de saber a forma como os Estados

-Membros aplicam ou transpõem a directiva, mas antes a questão fundamental de saber quais os requisitos de segurança que deverão ser estabelecidos para os aparelhos, e o *momento em que devem estar preenchidos.* Se a República Italiana, no domínio destas questões fundamentais, vai além dos requisitos impostos pela directiva, deverá fazê-lo no quadro do procedimento do artigo 7.°, previsto na própria directiva.

27. Esta disposição prevê as medidas a tomar quando um Estado-Membro verifique que aparelhos normalmente utilizados e ostentando a marca CE podem comprometer a segurança das pessoas, dos animais domésticos e dos bens. Nessa hipótese, o Estado-Membro tomará todas as medidas necessárias para retirar esses aparelhos do mercado ou proibir ou restringir a sua colocação no mercado; disso informará imediatamente a Comissão, indicando as razões da sua decisão. Num estádio ulterior do procedimento, a Comissão consultará as partes interessadas e, em certas condições — quando sejam alegadas lacunas nas normas —, apresentará o assunto ao comité permanente. Neste caso, iniciam-se os procedimentos do artigo 6.° da directiva. Esta disposição rege as situações em que os Estados-Membros ou a Comissão consideram que as normas não preenchem inteiramente os requisitos essenciais impostos pela directiva.

28. Em virtude do artigo 7.°, a Comissão também devia ter mantido os outros Estados-Membros ao corrente do andamento e dos resultados do procedimento [7]. Contudo, não se infere dos autos que a República Italiana tenha submetido o assunto à Comissão através deste procedimento.

29. *Por outro lado, a Comissão alega que, no* decurso da fase précontenciosa, a República Italiana nunca invocou formalmente o artigo 7.° da directiva, apenas se tendo reservado a possibilidade de a ele recorrer posteriormente. A República Italiana não contesta expressamente este ponto. Todavia, era insuficiente que um Estado-Membro se limitasse a invocar o artigo 7.° da directiva, sem respeitar o procedimento nele fixado. É com razão que a Comissão observa que, no âmbito do artigo 7.°, não podem deixar de a informar, a fim de poder tomar as medidas necessárias para consultar as partes interessadas.

30. Neste quadro, importa igualmente referir o acórdão Tedeschi [8]. A directiva então em litígio [9] continha um dispositivo comparável ao do artigo 7.° O artigo 5.° da Directiva 74/63 previa que, quando um Estado-Membro considerasse que um teor máximo fixado no anexo da directiva ou que uma substância não mencionada como indesejável nesse anexo representasse um perigo para a saúde, esse Estado-Membro podia reduzir provisoria-

7 — Artigo 7.°, n.° 4, da directiva.

8 — Acórdão de 5 de Outubro de 1977 (5/77, Recueil, p. 1555, Colect., p. 555).

9 — Directiva 74/63/CEE do Conselho, de 17 de Setembro de 1973, relativa à fixação de teores máximos em substâncias e produtos indesejáveis nos alimentos para animais (JO 1974, L 38, p. 31; EE 03 F7 p. 151).

mente esse teor, fixar um teor máximo para a substância não mencionada ou proibir a sua presença nos alimentos. As medidas tomadas deviam ser comunicadas sem demora à Comissão e aos outros Estados-Membros. Neste contexto, o Tribunal de Justiça decidiu que, no âmbito dessa disposição (artigo 5.° da Directiva 74/63), os Estados-Membros podiam tomar as medidas aí previstas «de acordo com as condições materiais e formais nela estabelecidas» e recordou que se tratavam apenas de medidas provisórias [10].

31. Por outro lado, a Comissão observa que o artigo 7.° só a título excepcional autoriza os Estados-Membros a adoptarem regulamentações próprias. Normalmente, no âmbito da directiva, as disposições comunitárias deviam substituir as prescrições nacionais [11]. Nesse caso, o Estado-Membro só podia invocar uma regra semelhante à do artigo 7.° se preenchesse todas as condições de aplicação do procedimento aí previsto. Assim, o Tribunal de Justiça decidiu, no âmbito do artigo 100.°-A, n.° 4, do Tratado, que este procedimento também só podia ser aplicado se tivessem sido respeitadas todas as condições aí estabelecidas [12]. Segundo a Comissão, este acórdão é transponível para o presente processo, obrigando, portanto, a República Italiana a também aqui respeitar igualmente todas as condições do procedimento previsto no artigo 7.° Como já referimos, a República Italiana não agiu desta forma.

10 — Acórdão Tedeschi, já referido na nota 8, n.os 37 a 40.

11 — Quinto considerando da directiva.

12 — Acórdão de 17 de Maio de 1994, França/Comissão (C-41/93, Colect., p. I-1829).

32. Independentemente da questão de saber se as reservas que formulou são justificadas, acontece que a República Italiana não respeitou o procedimento previsto. Além disso, o presente processo trata de questões técnicas, devendo dar-se razão à Comissão quando afirma que o intentar de uma acção por incumprimento no Tribunal de Justiça não é o meio apropriado para resolver estas questões.

33. Por fim, a argumentação da República Italiana também é posta em causa pela Comissão no plano técnico. Em seu entender, a directiva já contém as disposições adequadas a todos os riscos e perigos referidos pela República Italiana.

34. No que diz respeito às reservas da República Italiana, de acordo com as quais a libertação de produtos da combustão aquando da utilização de aparelhos de tipo aberto nos locais de habitação era uma fonte de perigo, a Comissão refere-se aos pontos 1.2.1, 1.2.3 e 3.4.1 a 3.4.3 do anexo I da directiva. Assim, em virtude do ponto 1.2.1, as instruções técnicas destinadas ao instalador devem especificar, nomeadamente, as condições de evacuação dos produtos da combustão. O ponto 1.2.3 respeita às advertências apostas no aparelho e na respectiva embalagem, prevendo, nomeadamente, a indicação de que o aparelho só deve ser instalado em locais suficientemente arejados.

35. Os pontos 3.4.1 a 3.4.3 referem-se à combustão no aparelho. Em virtude dos dois primeiros pontos, a construção dos aparelhos deve ser tal que, quando normalmente utilizados, os produtos da combustão não contenham concentrações inaceitáveis de substâncias nocivas para a saúde e não se verifique qualquer libertação não prevista de produtos da combustão. Por fim, o ponto 3.4.3 prevê que a construção dos aparelhos ligados a condutas de evacuação deverá ser tal que, em caso de tiragem anormal, não se verifique qualquer libertação de produtos da combustão em quantidades perigosas no local em questão.

36. No âmbito do exame das alegações da Comissão, deve igualmente atender-se ao facto de que, todavia, esta presume que os aparelhos de tipo aberto podem ser construídos de forma a satisfazer os requisitos da directiva e devem igualmente — quando respeitem esta condição — ser considerados fiáveis, o que é contestado pela República Italiana. Assim, em virtude dos requisitos mencionados pela Comissão, a evacuação dos produtos da combustão deve efectivamente ser assegurada de uma determinada maneira. Do mesmo modo, importa assegurar-se que os locais onde se instala o aparelho são suficientemente arejados. Todavia, segundo o Governo italiano, existem determinadas situações em que mesmo um arejamento satisfatório dos locais não é suficiente, aquando da utilização de aparelhos de tipo aberto, para evitar que se produza poluição, quando, nessas situações concretas, e apesar do dispositivo de segurança, os produtos da combustão penetrem no local.

37. Por outro lado, os requisitos impostos pela directiva garantem, contudo, que, relativamente aos aparelhos que estejam em conformidade com esses requisitos, os produtos da combustão não contêm concentrações inaceitáveis de substâncias nocivas para a saúde. Contudo, não estando explicitado o conceito de «inaceitável», não se pode considerar que a saúde *nunca* poderá se afectada. A prescrição constante do ponto 3.4.2, citada pela Comissão, também não era adequada a reduzir esse risco, uma vez que a República Italiana pôs precisamente em dúvida a possibilidade de ser sempre possível evitar a libertação de produtos da combustão aquando da utilização de aparelhos de tipo aberto. Ainda por outro lado, todavia, o Governo italiano refere-se, na sua argumentação, ao ponto 3.4.3, que respeita aos casos de tiragem *anormal*. Desta forma, o ponto 3.4.2, que respeita à utilização *normal*, não estaria aqui em causa.

38. No que agora diz respeito à libertação de produtos da combustão em caso de tiragem anormal, a Comissão faz referência à norma harmonizada EN 297. Esta norma dizia principalmente respeito a caldeiras de tipo aberto, dispondo que estas devem estar equipadas com um dispositivo de segurança que bloqueie o funcionamento do aparelho em caso de evacuação anormal de produtos da combustão durante um certo período de tempo. Por conseguinte, e salvo prova em contrário, os Estados-Membros deviam presumir que os aparelhos de tipo aberto dotados desse dispositivo de segurança, previsto pela norma EN 297, preenchem o requisito essencial previsto no ponto 3.4.3 do anexo I da directiva. Esta presunção decorria das disposições do artigo 5.° da directiva.

39. O artigo 5.°, n.° 1, dispõe: «Os Estados-Membros devem presumir a conformidade com os requisitos essenciais referidos no artigo 3.°, no caso dos aparelhos e equipamentos que estejam conformes com:

a) as normas nacionais aplicáveis que transpõem as normas harmonizadas cujos números de referência tenham sido publicados no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias...*»

Assim, quando, como no presente processo, exista tal norma, deve presumir-se que um aparelho — mesmo de tipo aberto — equipado com o dispositivo de segurança citado na norma satisfaz os requisitos de segurança fixados pela directiva, no que diz respeito aos perigos relacionados com uma tiragem anormal. Noutros termos, deve presumir-se que, de qualquer modo, mesmo os geradores de calor de tipo aberto satisfazem fundamentalmente neste ponto os requisitos formulados pela directiva, ou podem preenchê-los.

40. Caso um Estado-Membro entenda que as normas a que se refere o artigo 5.°, primeiro parágrafo, não satisfazem inteiramente os requisitos essenciais, terá que recorrer ao procedimento previsto no artigo 6.° da directiva, que o obriga a submeter o assunto à apreciação do comité permanente, indicando as razões de tal facto. O comité emitirá um parecer sem demora.

41. Além disso, o Governo italiano exprimiu reservas no sentido de ser impossível construir ou conceber aparelhos de tipo aberto de tal modo que a avaria de um dispositivo de segurança, de controlo e de regulação não possa constituir fonte de perigo [13], ou que a taxa de fuga de gás não apresente qualquer risco [14]. Nas condições dos testes referidos *supra*, só se podia satisfazer estes requisitos se os aparelhos estivessem isolados (relativamente ao local de habitação).

42. No que respeita à avaria de um dispositivo de segurança, ou seja, ao ponto 3.1.9, o Governo italiano não fornece mais indicações no sentido de os aparelhos de tipo aberto, precisamente, não poderem preencher este requisito. Refere-se vagamente ao dispositivo de segurança destinado a impedir uma libertação dos produtos da combustão. Todavia, uma vez que, como já se demonstrou, se deve presumir que esse dispositivo impede a libertação dos produtos da combustão tanto em aparelhos isolados como em aparelhos de tipo aberto, não há diferenças entre os dois tipos de aparelhos quanto a este ponto. Nesta medida, também não se encontram diferenças no que respeita ao disposto no ponto 3.1.9, uma vez que se deve presumir, relativamente a ambos os aparelhos, que, em caso de funcionamento anormal de aparelhos não equipados de um dispositivo de segurança, pode ocorrer uma libertação dos produtos da combustão.

13 — Ponto 3.1.9 do anexo I da directiva.

14 — Ponto 3.2.1 do anexo I da directiva.

43. As razões pelas quais os aparelhos de tipo aberto — contrariamente aos aparelhos isolados — não podiam, segundo o Governo italiano, ser construídos de maneira a satisfazer os requisitos constantes do ponto 3.2.1, que se refere à taxa de fuga de gás, são ainda menos evidentes. Também aqui, o Governo italiano não fornece mais explicações. Resta-nos, pois, concluir que as reservas formuladas pela República Italiana, bem como os riscos para que chamou a atenção, estão cobertas pelos requisitos formulados na directiva.

44. Finalmente, a Comissão salienta que a legislação italiana prevê que as caldeiras de tipo aberto estejam equipadas com um dispositivo de segurança [15], não havendo em termos legais outra solução técnica. Acresce que o decreto em causa citava outra norma [16] que fixava as condições de instalação, nomeadamente, dos aparelhos a gás de tipo aberto. Esta norma previa que os aparelhos de tipo aberto não podiam ser instalados nos quartos de dormir e, em certas condições, nas casas de banho. Daqui, a Comissão conclui, justificadamente, que a norma em questão admite a possibilidade de se instalarem aparelhos de tipo aberto noutros espaços habitados, e, em certos casos, nas casas de banho. Contudo, isto só pode servir como um indício de que as reservas sobre segurança formuladas pelo Governo italiano aquando da adopção da norma UNI-CIG 7129 nunca tiveram a amplitude das reservas ora emitidas. Indício semelhante pode retirar-se da circunstância de a instalação de aparelhos de tipo aberto em espaços habitados continuar a ser autorizada em casos excepcionais — aquando da simples troca de geradores de calor.

45. Para a hipótese de o Tribunal considerar que existe violação das disposições da directiva, o Governo italiano alega que a regulamentação adoptada pelo DPR n.º 412/93 encontrava a sua justificação no artigo 7.º da própria directiva. Como já referimos, este artigo prevê que um Estado-Membro pode tomar todas as medidas necessárias para retirar do mercado ou proibir ou restringir a colocação no mercado de aparelhos que ostentem a marca CE e que possam, em sua opinião, comprometer a segurança das pessoas, dos animais domésticos ou dos bens. Estas medidas apenas poderão ser encaradas no âmbito do procedimento integral do artigo 7.º — a que a República Italiana não deu início; além disso, a justificação das mesmas deve ser controlada desde o início pela Comissão.

46. Por outro lado, é com razão que a Comissão salienta que a República Italiana não pode só agora, no âmbito do processo no Tribunal de Justiça, recorrer ao artigo 7.º O recurso ao artigo 7.º devia ter tido lugar durante a fase pré-contenciosa ou de troca de correspondência com a Comissão e não pode, de modo algum, ser iniciado no quadro do processo no Tribunal de Justiça.

15 — Em conformidade com a norma UNI-CIG 7271/FA.2, aprovada e publicada por decreto ministerial de 21 de Abril de 1993.

16 — UNI-CIG 7129.

47. Segundo o Governo italiano, a legislação adoptada pelo DPR n.º 412/93 justifica-se ainda com base no artigo 36.º do Tratado CE.

48. Quanto a este ponto, a Comissão refere-se, a justo título, à jurisprudência constante do Tribunal, nomeadamente aos acórdãos Tedeschi e Motte [17]. Assim, no acórdão Tedeschi, o Tribunal decidiu: «O artigo 36.º não tem como objecto reservar certas matérias para a competência exclusiva dos Estados-Membros, mas sim admitir a consagração pelas legislações nacionais de excepções ao princípio da livre circulação na medida em que sejam e permaneçam justificadas pela prossecução dos objectivos daquele artigo; ... quando, nos termos do artigo 100.º do Tratado, as directivas comunitárias procedem à harmonização das medidas necessárias à garantia da protecção da saúde dos animais e das pessoas e à instituição dos procedimentos comunitários de controlo da sua observância, o recurso ao artigo 36.º deixa de ser justificado, devendo ser efectuados os controlos adequados e adoptadas as medidas de protecção no âmbito definido pela directiva de harmonização» [18].

49. No acórdão Motte, o Tribunal mencionou o critério da «harmonização completa». Considerou que «é jurisprudência constante que... é apenas quando normas comunitárias procedem à harmonização completa de todas as medidas necessárias à garantia da protecção da saúde e instituem procedimentos comunitários de controlo da sua observância que deixa de se justificar o recurso ao artigo 36.º do Tratado.» [19]

50. Deve também reconhecer-se que a Comissão tem razão quanto ao facto de estarmos aqui em presença de uma directiva de harmonização completa no que respeita aos requisitos imperativos e essenciais de segurança, de saúde e de economia de energia relativos aos aparelhos a gás, e que define igualmente os procedimentos necessários para controlar a observância destes requisitos. A este respeito, deve referir-se o quinto considerando da directiva, em virtude do qual a harmonização legislativa se deve limitar, no presente caso, aos requisitos imperativos e essenciais acima referidos. O quinto considerando dispõe ainda que estes requisitos essenciais devem substituir as prescrições nacionais. Por outro lado, o capítulo II da directiva regulamenta os meios de certificação da conformidade; o capítulo III prevê, por seu lado, a introdução de uma marca CE de conformidade. Deste modo, fica assente que a directiva em causa no presente processo é uma directiva de harmonização completa e que os Estados-Membros deixam, por essa razão, de poder recorrer ao artigo 36.º

51. Contudo, o Governo italiano é de opinião que os Estados-Membros deviam poder continuar a recorrer ao artigo 36.º do Tratado, uma vez que, por um lado, em virtude da própria directiva, incumbe aos Estados-Membros garantir a segurança e a saúde das pessoas no que se refere aos riscos decorrentes

17 — Acórdão Tedeschi, já referido na nota 8, e acórdão de 10 de Dezembro de 1985, Motte (247/84, Recueil, p. 3887).

18 — Acórdão Tedeschi, *loc. cit.*, n.ºs 34 e 35.

19 — Acórdão Motte, referido na nota 17, n.º 16.

da utilização de aparelhos a gás [20] e que, por outro, o seu artigo 7.° autoriza os Estados-Membros a adoptar todas as medidas necessárias para retirar aparelhos do mercado ou proibir ou restringir a sua colocação no mercado, quando esses aparelhos possam, no entender desses Estados-Membros, comprometer a segurança das pessoas ou dos bens. No entanto, não podemos aceitar esta argumentação do Governo italiano. Também no processo Tedeschi a directiva em causa previa um regime comparável ao do artigo 7.°, e, no entanto, o Tribunal proibiu o recurso ao artigo 36.° O Tribunal apenas mencionou que, no âmbito desta disposição da directiva, os Estados-Membros podiam adoptar certas medidas *provisórias* «de acordo com as condições materiais e formais nela estabelecidas» [21]. Todavia, como a República Italiana não informou a Comissão das medidas que previa adoptar, esta última também não teve a possibilidade — no quadro do artigo 7.° — de controlar se essas medidas se justificavam.

52. Por último, o Governo italiano tenta fundamentar a aplicabilidade do artigo 36.° através da alegação de que, quando os seus interesses específicos não forem suficientemente garantidos pelas medidas comunitárias e desde que esses interesses se relacionem com situações particulares não abrangidas pela directiva, não podia ser afastada a possibilidade de invocar o artigo 36.° A este respeito, refere o acórdão Campus Oil e o. [22]. Em casos semelhantes ao do presente processo, que podemos imaginar, com base nos relatórios da Italgas, poderem estar na origem de graves perigos aquando da utilização de aparelhos de tipo aberto em locais habitados, o Estado-Membro devia ser autorizado, em virtude do artigo 36.° do Tratado, a adoptar cláusulas de protecção da saúde e da segurança, embora essas cláusulas tivessem por efeito limitar a livre circulação de mercadorias.

53. No acórdão Campus Oil e o., já referido, o Tribunal decidiu que, mesmo existindo regulamentação comunitária na matéria, não se podia excluir que um Estado-Membro recorresse ao artigo 36.° para justificar a adopção, a nível nacional, das medidas complementares apropriadas, quando não tenha a certeza absoluta, com base na regulamentação comunitária, que os fornecimentos regulares de produtos petrolíferos serão mantidos, pelo menos, ao nível das suas necessidades mínimas [23].

54. Quanto a este ponto, a Comissão sustenta que a regulamentação comunitária em causa no processo Campus Oil e o. não dizia respeito à harmonização das legislações, mas sim à política conjuntural. As directivas e as decisões do Conselho a que o acórdão se refere tinham por fundamento o artigo 103.° do Tratado CE, em virtude do qual os Estados-Membros consideram as suas políticas económicas uma questão de interesse comum que coordenam no interior do Conselho. Era,

20 — Primeiro considerando da directiva.

21 — Acórdão Tedeschi, referido na nota 8, n.os 37 a 40.

22 — Acórdão de 10 de Julho de 1984 (72/83, Recueil, p. 2727).

23 — Acórdão já referido, nota 22, n.° 31.

portanto, evidente que a actividade legislativa das instituições comunitárias nesta matéria tinha uma natureza totalmente diversa daquela levada a cabo com vista a alcançar o objectivo da harmonização prevista no artigo 100.°-A do Tratado CE, que serve de fundamento à directiva em causa no presente processo.

55. A política conjuntural continuava a ser uma política nacional destinada a proteger os interesses nacionais. Havia certas medidas concretas que deviam ser coordenadas a nível comunitário. Em contrapartida, a Directiva 90/396 tinha sido adoptada com base no artigo 100.°-A do Tratado, que visa alcançar objectivos fundamentais e exclusivos da Comunidade, a saber, o estabelecimento de um mercado interno que garanta a liberdade de circulação e que não deixe aos Estados-Membros qualquer possibilidade de adoptarem medidas nacionais complementares. Além disso, sendo a directiva uma directiva de harmonização *completa*, o recurso ao artigo 36.° não era permitido.

56. Há que concordar com este raciocínio. Com efeito, da jurisprudência do Tribunal de Justiça resulta claramente que, nas hipóteses de harmonização completa das legislações, deixa de ser possível recorrer ao artigo 36.° No processo Campus Oil e o., as regulamentações em causa não tinham por objectivo harmonizar as legislações, e ainda menos proceder a uma harmonização completa. Assim, deste acórdão não se pode inferir que a jurisprudência constante do Tribunal desenvolvida no domínio da harmonização completa não tem aplicação no presente processo.

57. A fim de fundamentar a aplicabilidade do artigo 36.°, o Governo italiano refere-se finalmente ao artigo 100.°-A, n.° 4, do Tratado.

58. Neste contexto, a Comissão refere-se, a justo título, ao acórdão França/Comissão de 1994 [24]. Nesse acórdão, o Tribunal expôs que o procedimento previsto no artigo 100.°-A, n.° 4, visa garantir que nenhum Estado-Membro possa aplicar uma regulamentação nacional que derrogue as regras harmonizadas, sem ter obtido confirmação disso pela Comissão. Se os Estados-Membros mantivessem a faculdade de aplicar unilateralmente regulamentações nacionais derrogatórias, as medidas relativas à aproximação das legislações nacionais ficariam desprovidas de efeito. Por esta razão o Tribunal decidiu que «um Estado-Membro só será autorizado a aplicar as disposições nacionais notificadas após ter obtido da Comissão uma decisão que as confirme» [25]. A Comissão observa que as autoridades italianas nunca notificaram o DPR n.° 412/93 para aplicar uma derrogação baseada no artigo 100.°-A, n.° 4. Por seu lado, o Governo italiano não alega ter procedido a essa notificação. Apenas se refere ao artigo 100.°-A, n.° 4, para através dele fundamentar a aplicabilidade do artigo 36.° e, portanto, ser capaz de justificar a regulamentação derrogatória que adoptou.

24 — Acórdão referido na nota 12.

25 — Acórdão já referido, nota 12, n.os 28 a 30.

59. Neste quadro, deve igualmente recordar-se que a directiva não priva a República Italiana de todas as possibilidades de intervenção. Caso, em seu entender, uma norma ou um aparelho autorizado não satisfaçam os requisitos de segurança impostos pela directiva, os artigos 6.° e 7.° desta autorizam-na a tomar as medidas necessárias, desde que, todavia, respeite o procedimento neles previsto. Como já se referiu, a República Italiana não deu início a tal procedimento. Assim, a regulamentação prevista pela República Italiana em substituição deste procedimento viola o artigo 4.° da directiva; por conseguinte, há que declarar que se verificou um incumprimento por parte da República Italiana.

Quanto às despesas

60. Nos termos do artigo 69.°, n.° 2, do Regulamento de Processo do Tribunal, a parte vencida é condenada nas despesas, se a parte vencedora o houver requerido.

C — Conclusão

61. Propõe-se ao Tribunal que:

1) declare que, ao ter prescrito, através do artigo 5.°, parágrafo 10, do Decreto n.° 412 do Presidente da República, de 26 de Agosto de 1993, que os locais habitados apenas podem ser equipados com geradores de calor de tipo estanque, assim proibindo implicitamente a instalação de geradores de calor de outros tipos que preencham os requisitos formulados na Directiva 90/396/CEE do Conselho, de 29 de Junho de 1990, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes aos aparelhos a gás, a República Italiana violou as obrigações que lhe incumbem por força do direito comunitário;

2) condene a República Italiana nas despesas.