CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL MARCO DARMON

apresentadas em 15 de Março de 1989 *

Senhor Presidente,
Senhores Juízes,

1. Como costuma dizer-se, ninguém pode ser juiz e parte ao mesmo tempo. O adágio parece ser o pano de fundo das questões apresentadas pelo presidente do tribunal de commerce de Bruxelles. Estas visam, com efeito, determinar se o direito comunitário não proíbe a delegação, por um Estado-membro, do controlo técnico que condiciona, na prática, a comercialização no seu território de determinados produtos, a uma das empresas em concorrência no mercado desses produtos. Dito de outra forma, poderá o Estado confiar a um comerciante o cuidado de decidir, através de uma aprovação de carácter técnico, se os produtos propostos pelos outros comerciantes poderão ser concorrentes dos seus?

2. O que está em causa, mais precisamente, é o poder conferido, na Bélgica, à Régie des télégraphes et des téléphones (a seguir «RTT»), de subordinar à sua aprovação a autorização para ligar à rede das telecomunicações, de que assegura a exploração, qualquer aparelho por ela não fornecido. A RTT é, segundo a lei de 19 de Julho de 1930 [1] que a criou, uma «pessoa jurídica» que explora «no interesse geral... a telegrafia e a telefonia com ou sem fios» [2]. É gerida pelo ministro «que exerce a tutela sobre os telégrafos e os telefones» [3]. A lei de 19 de Outubro de 1930 [4] atribuiu à RTT o monopólio da exploração da rede de telecomunicações prevendo que esta tinha «só ela o direito de estabelecer e de explorar, para a correspondência do público, linhas e serviços telegráficos e telefónicos» [5]. O artigo 13.° do decreto ministerial de 20 de Setembro de 1978 [6] indica que, «salvo autorização escrita da Régie, o assinante não pode ligar qualquer... aparelho... à instalação cujo uso lhe é concedido», e o artigo 91.° do mesmo texto especifica que a RTT «determina o modo de constituição dos circuitos de assinatura e as suas características técnicas», devendo a aparelhagem ligada a esses circuitos ser «fornecida ou aprovada» por ela. Na prática, a Régie apenas autoriza a ligação de um aparelho que ela não tenha fornecido quando for de um tipo por ela aprovado.

3. O litígio no processo principal surgiu por ocasião da colocação à venda, nos armazéns da firma GB-Inno-BM (a seguir «Inno»), de aparelhos telefónicos, não aprovados, de proveniência exterior à CEE, a um preço muito competitivo. A RTT, criticando não o princípio da venda de tais aparelhos, mas a circunstância de que os clientes dos armazéns não eram informados pelo vendedor da sua falta de aprovação e da consequente proibição de os ligar à rede, intentou uma acção no tribunal de commerce de Bruxelles, a fim de fazer ordenar a cessação dessa prática comercial, prejudicial aos seus «interesses profissionais», ao abrigo da lei de 14

* Língua original: francês.

1 — *Moniteur belge* de 2.8.1930.

2 — Artigo 1.°

3 — Artigo 3.°

4 — *Moniteur belge* de 20.10.1930 e 21.10.1930.

5 — Artigo 1.°

6 — *Moniteur belge*, de 29 de Setembro de 1978.

de Julho de 1971 sobre as práticas do comércio. Foi a argumentação oposta pela Inno nesse processo que fez emergir o problema da compatibilidade da situação da RTT com o direito comunitário. A Inno, com efeito, afirmou que não pode ser reprovada por colocar aparelhos à venda sem informar os eventuais compradores de que não são de um tipo aprovado, uma vez que as condições da concessão da aprovação são objectivamente contrárias ao Tratado de Roma, nomeadamente ao seu artigo 86.°, em virtude do facto de a RTT ser ao mesmo tempo titular do poder de aprovação e concorrente no mercado da venda dos aparelhos que aprova. O tribunal nacional submeteu então, por despacho, ao Tribunal de Justiça, três questões prejudiciais relativas à interpretação do artigo 30.° e do artigo 86.° do Tratado CEE.

4. Este reenvio sobrevém num momento em que a necessidade de desenvolver o mercado comum das telecomunicações, na Comunidade, aparece como uma preocupação crescente, de que dão testemunho certos actos do Conselho e da Comissão. Entre estes, convém salientar particularmente, no período recente, que numa resolução de 30 de Junho de 1988 [7], o Conselho indicou, entre os «grandes objectivos de uma política das telecomunicações», o de desenvolver um mercado comum que permita às administrações das telecomunicações e a outros prestadores de serviços «fazer face à concorrência em igualdade de oportunidades», esclarecendo que para esse fim é conveniente nomeadamente:

«— estabelecer uma distinção nítida entre as actividades de regulamentação e de exploração, tendo em conta a situação que vigora em cada Estado-membro,

— aplicar às administrações das telecomunicações e às empresas privadas de telecomunicações as regras pertinentes do Tratado, nomeadamente as regras de concorrência» [8].

Essa resolução do Conselho tinha sido precedida por uma directiva da Comissão, com data de 16 de Maio de 1988, relativa à concorrência nos mercados de terminais de telecomunicações [9]. Aí se salienta que, a partir de 1 de Julho de 1989, a formalização das «especificações e processos de aprovação existentes relativos a aparelhos terminais» e o controlo da sua aplicação, bem como a aprovação «serão efectuados por uma entidade independente das empresas públicas ou privadas responsáveis pela oferta de bens e/ou de serviços no domínio das telecomunicações» [10].

5. Assim, pode notar-se que a questão da cumulação, pela entidade gestora da rede nacional de telecomunicações, da qualidade de autoridade de aprovação dos aparelhos terminais e da de vendedor de tais aparelhos constitui objecto de análise por parte das instituições comunitárias. Mas a resposta que dá, quanto a esse ponto, a directiva de 16 de Maio de 1988, já referida, não tem de ser tomada em conta no quadro do presente processo. Com efeito, esse texto, que consti-

7 — Resolução relativa ao desenvolvimento do mercado comum de serviços e equipamentos de telecomunicações até 1992 (JO C 257, p. 1).

8 — Idem, p. 2, objectivo n.° 5.

9 — Directiva 88/301/CEE (JO L 131, p. 73).

10 — Idem, artigos 5.° e 6.°

tui, aliás, objecto de um recurso de anulação pendente neste Tribunal [11], só é, de qualquer forma, aplicável a partir de 1 de Julho de 1989 quanto ao ponto que nos interessa. Assim, mesmo que, à semelhança do que acaba de decidir o legislador neerlandês [12], a Bélgica prepare actualmente um projecto de lei tendente a criar uma instância de aprovação independente, é unicamente com base no estatuto actual da RTT, e tendo em consideração o estado actual do direito comunitário, que o Tribunal deve examinar o presente processo.

6. Antes de entrar na discussão jurídica propriamente dita, convém fazer um esclarecimento. Os aparelhos telefónicos em causa no processo principal são terminais simples, conjuntos de receptores e emissores de que dispõe, normalmente, qualquer assinante de telefone. São comercializados, na Bélgica, no que convém designar-se por mercado do «segundo aparelho». Quando concede a utilização de uma linha a um assinante, a RTT fornece-lhe um «primeiro aparelho». Os «primeiros aparelhos» são fabricados por empresas, em execução de contratos de direito público celebrados pela RTT, e em conformidade com os cadernos de encargos que enunciam as exigências técnicas desta. Estes aparelhos, fornecidos à RTT, são exclusivamente distribuídos por ela aos assinantes. Não há, por isso, concorrência em relação ao primeiro aparelho, mas monopólio da RTT. Em contrapartida, para os outros aparelhos, o mercado é, em princípio, livre, não há monopólio comercial. Ao lado da RTT, qualquer firma pode, portanto, pô-los à venda nesse mercado. Assim, é a propósito dos segundos aparelhos que a questão da necessidade da aprovação se coloca, no quadro do litígio no processo principal.

11 — 202/88, França/Comissão.

12 — *Le Monde* de 3.1.1989.

7. O Tribunal de Justiça é, em primeiro lugar, convidado, pelo despacho de reenvio, a examinar a compatibilidade de uma situação tal como a que constitui objecto deste litígio à luz do disposto no artigo 30.° do Tratado.

8. A Comissão emitiu a opinião de que a análise de poderes tais como os detidos pela RTT deve, do ponto de vista do princípio da livre circulação de mercadorias, efectuar-se em primeiro lugar a partir das disposições do artigo 37.° do Tratado. Estas, relativas aos monopólios nacionais de natureza comercial, dizem respeito mais especificamente a uma situação como a da RTT do que as disposições gerais do artigo 30.°

9. Convém, antes de mais, esclarecer de que forma um monopólio tal como o detido pela RTT, isto é, o direito exclusivo «de estabelecer e de explorar, para a correspondência do público, linhas e serviços telegráficos e telefónicos» [13], pode ser afectado pelo disposto no artigo 37.°. O acórdão deste Tribunal de 20 de Março de 1985, Itália/Comissão [14], qualificou expressamente de prestação de serviços a actividade consistente em gerir as instalações públicas de telecomunicações e em pô-las, mediante o pagamento de taxas, à disposição dos utentes. Ora, sabe-se que, de acordo com os acórdãos deste Tribunal de 30 de Abril de 1974, Sacchi [15], e de 28 de Junho de 1983, Amélioration de l'élevage [16], o artigo 37.° tem em vista as trocas de mercadorias e não diz respeito a um monopólio de prestação de serviços. Mas sabe-se também, segundo esses mesmos acórdãos, que uma empresa monopolizadora da prestação de certos serviços

13 — Lei de 13 de Outubro de 1930, já referida, artigo 1.°.

14 — 41/83, Recueil 1985, p. 873.

15 — 155/73, Recueil 1974, p. 409.

16 — 271/81, Recueil 1983, p. 2057.

pode agir em contradição com o princípio da livre circulação de mercadorias na medida em que o seu monopólio redunde numa discriminação em benefício de produtos nacionais. É então aplicável o artigo 37.°

10. Um monopólio de prestação de serviços tal como o da RTT comporta modalidades de organização que redundam numa discriminação em detrimento dos aparelhos telefónicos importados? Mais precisamente, uma modalidade de organização tal como o poder exclusivo de verificar a aptidão dos aparelhos telefónicos para serem ligados à rede cuja exploração constitui directamente o objecto do monopólio, redundará numa discriminação semelhante? Nós pensamos que não. A obrigação de fazer aprovar os aparelhos, que condiciona directamente a possibilidade efectiva de os comercializar, não é específica dos produtos importados. Ela aplica-se também aos produtos nacionais. Deve acrescentar-se que se aplica da mesma maneira aos produtos nacionais e aos produtos importados de um outro Estado-membro. Com efeito, as especificações técnicas em função das quais a aprovação será ou não será concedida são as mesmas, qualquer que seja a origem dos aparelhos, o processo de aprovação é o mesmo, e o custo da taxa a pagar para submeter um aparelho a esse processo não varia conforme seja fabricado na Bélgica ou não. Assim, entendemos que o regime jurídico da aprovação não é, *a priori*, discriminatório. Não existe qualquer obstáculo de carácter jurídico a que os aparelhos importados obtenham a aprovação exigida para qualquer aparelho a ligar à rede, qualquer que seja a sua proveniência.

11. Para analisar, à luz do disposto no artigo 37.°, a situação do titular de um monopólio de telecomunicações detentor de um poder exclusivo de aprovação tal como o que está em causa, a Comissão sugeriu a distinção, nas prerrogativas deste monopólio, de três direitos exclusivos. Ao direito exclusivo de aprovação propriamente dito, acrescentar-se-ia o de autorizar a ligação e o poder de controlo do respeito das disposições relativas à autorização e à aprovação. Mesmo através desta decomposição do poder de aprovação, não chegamos a descortinar, no plano jurídico, elementos discriminatórios.

12. Se tomarmos como referência o método seguido por este Tribunal no acórdão Amélioration de l'élevage [17], devemos, ao que parece, considerar que, na ausência de regras de organização objectivamente discriminatórias, não há matéria para declarar que um monopólio nacional contraria as disposições do artigo 37.° Todavia, parece-nos igualmente que a resposta à questão de saber se, enquanto tal, um processo de aprovação técnica de aparelhos telefónicos não atenta contra o princípio de livre circulação de mercadorias pressupõe uma análise à luz do artigo 30.°, a fim de verificar se não tem um efeito equivalente a restrições quantitativas à importação. Após um desvio pelo artigo 37.°, voltamos, portanto, por assim dizer, ao artigo de base.

13. Como o Tribunal pôde notar, a tese da RTT e a da Comissão convergiram em dois pontos importantes e que não eram, na verdade, seriamente discutíveis. Resulta claro, em primeiro lugar, que o processo de aprovação dos aparelhos telefónicos, indistintamente aplicável aos aparelhos nacionais e importados, tem, pelo simples facto da sua

17 — Já referido.

existência, um efeito restritivo sobre as importações, pois os aparelhos comercializados num Estado-membro não poderão ser, na prática, vendidos no território do Estado-membro em que a aprovação é exigida, sem obtenção desta. Em seguida, é evidente que, no estado actual de diversidade técnica das redes de telecomunicações ao serviço do público estabelecidas no interior dos Estados-membros, a necessidade de preservar o bom funcionamento de uma rede nacional pode justificar, nesses Estados-membros, a verificação da aptidão dos aparelhos telefónicos difundidos entre o público, para serem ligados à referida rede sem inconveniente para esta, para os seus utentes e para os agentes encarregados da sua manutenção. Trata-se certamente aqui de uma exigência imperiosa de interesse geral que se pode ligar, nomeadamente, à protecção dos utentes enquanto consumidores de serviços, mas que nos parece também, e antes de tudo, a expressão de uma preocupação ligada à protecção da própria rede de telecomunicações, em virtude da multiplicidade dos interesses estratégicos, de ordem pública, de segurança pública, de saúde, que condicionam o seu bom funcionamento.

14. A Comissão invocou precisamente, quanto a este ponto, os «requisitos essenciais» previstos pela Directiva 86/361/CEE do Conselho, de 24 de Julho de 1986, relativa à primeira etapa de reconhecimento mútuo das aprovações de equipamentos terminais de telecomunicações [18]. A directiva tem por objecto, segundo o seu artigo 1.°, a colocação em prática, pelos Estados-membros, de «um sistema de reconhecimento mútuo dos resultados dos ensaios de conformidade dos equipamentos terminais de telecomunicações fabricados em série». As suas disposições não são aplicáveis à situação em apreço, pois não houve ainda colocação em prática, na Comunidade, de especificações comuns para as redes de telecomunicações aqui em causa; pode, no entanto, notar-se que essas especificações deverão corresponder a certos «requisitos essenciais» que, segundo o disposto no n.° 17 do artigo 2.° do texto, são «actualmente»:

— a segurança dos utentes,

— a segurança dos empregados das entidades exploradoras da rede,

— a protecção das redes públicas de telecomunicações contra quaisquer danos,

— a interoperabilidade dos equipamentos terminais, «quando justificada».

Existe, portanto, «eco» legislativo da análise que valoriza certas exigências imperiosas que tornam necessário o controlo da compatibilidade com a rede dos aparelhos destinados a serem ligados a ela.

15. Perante tais exigências, os entraves à importação que podem resultar da sua colocação em prática devem, de acordo com a jurisprudência do Tribunal de ora em diante bem estabelecida, ser aceites na medida em que sejam necessárias. Ora, é precisamente a propósito da apreciação da necessidade dos entraves resultantes, concretamente, de um processo de aprovação tal como é organi-

18 — JO L 217, p. 21.

zado no caso da RTT que surgem divergências entre a análise que esta desenvolveu e o ponto de vista da Comissão. Para a primeira, as modalidades desse processo estão rigorosamente adaptadas à preservação dos interesses em causa. Para a segunda, certas modalidades são excessivas, desproporcionadas em relação àquilo que seria necessário para a protecção eficaz desses interesses.

16. A fim de escorar a sua opinião, a Comissão dedicou-se a um exame, para dizer a verdade surpreendente, do detalhe das especificações técnicas ao respeito das quais a RTT subordina a concessão da aprovação, a fim de mostrar que algumas de entre elas eram mais restritivas do que era necessário para a protecção dos interesses reconhecidos como legítimos. Ora, não cabe a este Tribunal, no presente processo prejudicial, ocupar-se com uma apreciação do bem fundado das especificações técnicas em questão. O tribunal *a quo* não solicita ao Tribunal de Justiça que proceda a tal exame. O tribunal *a quo*, ao que parece, formula interrogações não quanto ao conteúdo das especificações técnicas utilizadas pela RTT, mas quanto à situação jurídica resultante do facto de a legislação belga deixar à discrição desse organismo tanto a definição das suas especificações como o controlo do seu respeito. No entanto, o facto de o Tribunal não se dever dedicar a uma verificação da pertinência das especificações técnicas não significa que estas últimas não devam ser submetidas a nenhuma verificação. No entanto, pensamos que esta deve pertencer a um controlo a nível nacional, num quadro que nos vamos esforçar por precisar a seguir.

17. *A priori*, as modalidades jurídicas do processo de aprovação postas em prática na RTT não parecem cair na alçada da proibição enunciada no artigo 30.° Desde que se admita como exigência imperiosa a preservação do bom funcionamento da rede, não parece excessivo confiar ao organismo encarregado da exploração dessa rede e responsável, a esse título, por esse bom funcionamento, o cuidado de determinar as especificações técnicas cujo respeito condiciona a compatibilidade de um aparelho telefónico, e proceder à sua aplicação através do processo de aprovação. Não parece também desproporcionado prever que as despesas implicadas pelos danos causados na rede devido à ligação de um aparelho não aprovado fiquem a cargo do assinante que tiver efectuado essa ligação. Nestas condições, se se analisar, como nós o fazemos, tais modalidades como não constituindo um entrave excessivo às importações, porque são adequadas à protecção dos interesses gerais em causa, afigura-se difícil considerar que a circunstância de o titular do poder de aprovação ser ao mesmo tempo um vendedor de aparelhos análogos àqueles que devem ser-lhe submetidos para aprovação implique por si só, de forma imediata, um acréscimo dos entraves. Se a competência para a aprovação, caracterizada por certas modalidades processuais precisas, for analisada como não caindo na alçada da proibição do artigo 30.°, dificilmente descortinamos como se poderá conceber que a atribuição dessa competência a este órgão antes que àqueloutro, sem qualquer mudança das referidas modalidades processuais, implique, por si só, a passagem a um estado de proibição à luz do mesmo artigo. Dificilmente o descortinamos, pois não vemos que agravamento efectivo, palpável, dos entraves à importação resultará apenas da determinação do titular da competência em causa.

18. O que nós queremos dizer, no fundo, é que quando se admitiu, tendo em conta o disposto no artigo 30.°, que certos interesses eram dignos de protecção, e que certas modalidades jurídicas determinadas estavam adaptadas a essa protecção, a simples consideração da qualidade, jurídica ou económica, do responsável pela colocação em prática dessas modalidades jurídicas não pode, em princípio, conduzir à qualificação de medida de efeito equivalente. Não é possível, sem proceder por meio de presunção, considerar que a simples identidade do titular de uma competência jurídica seja, abstraindo das condições de exercício dessa competência, constitutiva de uma medida de efeito equivalente. Ora, a jurisprudência do Tribunal relativa às medidas de efeito equivalente não reconhece a existência de entraves às importações com base em presunções, mas com fundamento em medidas, actos, comportamentos.

19. Parece-nos interessante recordar que, no acórdão deste Tribunal de 9 de Maio de 1985, Comissão/França [19], relativo à aprovação dos aparelhos de franquia postal, o Tribunal de Justiça considerou que a prática de recusa sistemática da aprovação em relação a aparelhos de franquia provenientes do Reino Unido era contrária ao disposto no artigo 30.° quando, na circunstância, o titular do poder de aprovação era a administração francesa dos correios. Não foi, portanto, a presunção de que essa administração teria estado *a priori* preocupada com a protecção da produção nacional no exercício do seu poder de aprovação que, aos olhos deste Tribunal, justificou a declaração de incumprimento das obrigações decorrentes do artigo 30.°, mas os actos que, efectivamente, traduziam a preocupação de criar entraves às importações, na ocorrência, recusas repetidas e não justificadas de conceder a aprovação.

20. Assim, não é a atribuição do poder de aprovação à RTT que nos parece susceptível de cair na alçada do artigo 30.°, mas eventualmente o exercício desse poder. Com efeito, se o facto de a RTT editar ela mesma as especificações técnicas, ao respeito das quais está subordinada a aprovação, não é, em si, criticável à luz do artigo 30.°, a circunstância de o conteúdo das especificações efectivamente editadas não terem estritamente por objecto garantir a compatibilidade com a rede deixa de permitir a invocação de uma exigência imperiosa. Acontece o mesmo no caso de se verificar que recusas de aprovação assentam noutros motivos que não o respeito de especificações técnicas adequadas.

21. Tratando-se, aqui, de restrições a um princípio fundamental do Tratado, o da livre circulação de mercadorias, entendemos que há que esclarecer certas condições indispensáveis para o controlo da sua necessidade por um tribunal nacional. Isto estará, parece-nos, em conformidade com as ideias que o Tribunal exprimiu, no acórdão de 12 de Março de 1987, Comissão/Alemanha [20], a propósito da proibição de comercializar, na República Federal, cerveja com aditivos. Com efeito, o Tribunal de Justiça referiu que uma ausência injustificada de autorização para utilizar aditivos determinados devia

19 — 21/84, Recueil, p. 1355.

20 — 178/84, Colect., p. 1227.

«poder ser posta em causa pelos operadores económicos através de um recurso jurisdicional» [21].

Essa posição, adoptada para a implementação do princípio de livre circulação de mercadorias, deve aproximar-se do acórdão deste Tribunal de 15 de Outubro de 1987, Heylens, em que o Tribunal declarou:

«Quando num Estado-membro, o acesso a uma profissão assalariada estiver subordinado à posse de um diploma nacional ou de um diploma estrangeiro reconhecido como equivalente, o princípio da livre circulação de trabalhadores consagrado pelo artigo 48.° do Tratado exige que a decisão que recusa a um trabalhador nacional de um outro Estado-membro o reconhecimento da equivalência do diploma emitido pelo Estado-membro de que é nacional seja susceptível de um recurso de natureza jurisdicional que permita verificar a sua legalidade relativamente ao direito comunitário e que o interessado possa ter conhecimento dos fundamentos subjacentes à decisão [22].»

Pensamos que, face a decisões de recusa de aprovação que vedam, na prática, a entrada no mercado nacional de aparelhos telefónicos importados de outro Estado-membro, o artigo 30.° comporta exigências análogas às referidas nesse acórdão.

22. Assim, parece-nos que a resposta do Tribunal pode consistir em declarar que a legislação de um Estado-membro que atribui à empresa pública exploradora da rede de telecomunicações, e que vende aparelhos, o poder de conceder aos aparelhos telefónicos não fornecidos por ela a aprovação que permitirá autorizar a sua ligação à rede, e que prevê que as despesas provocadas pela ligação de um aparelho não aprovado fiquem a cargo do autor dessa ligação, não atenta contra as disposições do Tratado que consagram a livre circulação de mercadorias, desde que a legislação em causa permita recorrer a uma acção de natureza jurisdicional contra a decisão de recusa da aprovação de um aparelho importado de um outro Estado-membro, devendo esse recurso permitir verificar a legalidade, à luz do direito comunitário, dos fundamentos da recusa levados ao conhecimento do operador interessado.

23. Tal resposta, ao que parece, não exporia os sistemas jurídicos dos Estados-membros a perturbações. Com efeito, se a maior parte de entre eles conhece, no que toca à aprovação dos aparelhos telefónicos, uma situação próxima da da Bélgica, na medida em que o titular do poder de aprovação não é verdadeiramente distinto do organismo que detém o monopólio da exploração da rede de telecomunicações, a maior parte de entre eles admite, igualmente, um controlo da legalidade da recusa da aprovação, incluindo a verificação dos fundamentos atinentes à falta de conformidade com as especificações técnicas, com a ajuda, eventualmente, de medidas de peritagem. Apenas haveria, portanto, inovações a introduzir nos Estados-membros em que o controlo da legalidade não se estende à procedência das fundamentações que assentam em apreciações técnicas, isto é, ao que parece, em Itália, na Irlanda e no Luxemburgo. Pode pensar-se que o recurso a peritos permitiria aos tribunais nacionais em causa alargar o seu

21 — Idem, n.° 46.

22 — 222/86, n.° 17 (Colect., p. 4097).

controlo às fundamentações técnicas da recusa de concessão, o que não se afigura, *a priori*, apresentar importantes dificuldades.

24. A Comissão sugeriu ao Tribunal de Justiça, nas suas observações escritas, que incluísse, nos instrumentos de análise do direito comunitário úteis para responder às questões do tribunal *a quo*, algumas disposições da Directiva 83/189/CEE do Conselho, de 28 de Março de 1983, relativa a um procedimento de informação no domínio das normas e regulamentações técnicas [23]. Observou que as especificações técnicas actualmente postas em prática pela RTT para aprovação dos aparelhos telefónicos, editadas em 21 de Abril de 1987, não tinham sido objecto da notificação prévia prevista pelo n.° 1 do artigo 8.° da directiva em questão. De acordo com esta disposição, os Estados-membros comunicarão à Comissão «qualquer projecto de regra técnica, excepto se se tratar da mera transposição integral de uma norma internacional ou europeia», explicitando sucintamente «as razões pelas quais o estabelecimento de uma tal regra técnica é necessário». A Comissão levará imediatamente o projecto ao conhecimento dos outros Estados-membros. Nos termos do disposto no n.° 2 do artigo 8.°, o Estado-membro autor do projecto «tomará em consideração, na medida do possível», eventuais observações da Comissão e dos outros Estados-membros. Ademais, o Estado-membro interessado deve, segundo o n.° 1 do artigo 9.°, adiar por seis meses a adopção da regra técnica prevista no projecto se a Comissão ou um outro Estado-membro emitir «um parecer circunstanciado, de acordo com o qual a medida prevista deve ser alterada, a fim de eliminar ou limitar os entraves à livre circulação de bens que daí podem eventualmente resultar». A duração do adiamento da adopção passa, por força do n.° 2 do artigo 9.°, para doze meses, se a Comissão «der a conhecer a sua intenção de propor ou adoptar uma directiva sobre essa matéria».

25. Referindo-se à jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa ao efeito directo das directivas, tal como à respeitante à notificação de projectos de auxílios estatais, a Comissão entende que regras técnicas editadas, num Estado-membro, posteriormente à extinção do prazo fixado pelo artigo 12.° da directiva, sem que tenha sido respeitado o procedimento de informação prévia por ela previsto, são inaplicáveis num litígio que opõe esse Estado-membro a um particular.

26. A RTT não contestou ter omitido comunicar previamente à Comissão o seu projecto de especificações técnicas. Mas referiu, na audiência, que a falta de notificação de tal projecto não deve implicar a inaplicabilidade dessas especificações, na medida em que a directiva não comporta qualquer regra de carácter material, de fundo, mas regras processuais, e na medida em que o não respeito dessas regras não significa que uma regra de natureza substantiva de direito comunitário tenha sido violada. Tal violação poderá, eventualmente, ser imputada apenas ao próprio conteúdo das especificações.

27. Gostaríamos, quanto a este ponto, de notar que esta directiva não foi, de forma nenhuma, invocada perante o tribunal *a quo*, e que as suas questões não lhe fazem qualquer menção, pois evocam somente os artigos 30.° e 86.° do Tratado. Sentimos, por isso, algumas hesitações face à necessidade de uma tomada de posição pelo Tribunal de Justiça, no presente processo, quanto

23 — JO L 109, p. 8; EE 13 F14 p. 34.

à inaplicabilidade de regras técnicas não notificadas na forma prevista pela directiva. De resto, a argumentação da Comissão que conclui pela inaplicabilidade das regras técnicas não notificadas previamente parece-nos sujeita a discussão. Esta inaplicabilidade não é formalmente prevista pela directiva, que impõe simplesmente a não colocação das regras projectadas em prática antes do termo de certos prazos. Isto contrasta singularmente, convém notá-lo, com o regime de notificação dos projectos de auxílios previstos no n.° 3 do artigo 93.° do Tratado, pois esta disposição prevê expressamente a impossibilidade de pôr em execução um projecto de auxílio antes da tomada de uma decisão, em aplicação do disposto no n.° 2 do artigo 93.°, pela Comissão ou, se for esse o caso, pelo Conselho. Pode, aliás, observar-se também que um auxílio do Estado é, em princípio, segundo o artigo 92.° do Tratado, incompatível com o mercado comum, salvo no caso de derrogações previstas pelo próprio Tratado. Ora, no domínio das regras técnicas a que a directiva diz respeito, não existe incompatibilidade de princípio dessas regras técnicas com o direito comunitário. Uma eventual incompatibilidade está ligada à substância dessas regras.

28. Pode haver, portanto, matéria para controvérsia a propósito da interpretação da Directiva 83/189. Ora, o debate quanto a este ponto não foi abordado senão a título de incidente, e de forma alguma exaustivo, no presente processo, apesar de, como nós o indicámos, o tribunal *a quo* não ter formulado questões ao Tribunal de Justiça quanto a esse ponto. Nestas condições, não nos parece necessário, nem mesmo oportuno, tomar aqui em consideração essa directiva.

29. Chegamos, assim, à discussão relativa à compatibilidade da situação da RTT, enquanto titular do poder de aprovação, com as disposições do artigo 86.° do Tratado. A questão que é posta ao Tribunal, quanto a este ponto, consiste, no fundo, em saber se a atribuição, por um Estado-membro, ao titular de um monopólio de exploração da rede de telecomunicações, do direito exclusivo de conceder, aos aparelhos telefónicos por ele não fornecidos, a aprovação necessária para que a sua ligação à rede seja autorizada e determinar as especificações técnicas a cujo respeito é subordinada a aprovação, é contrária ao artigo 86.°, na medida em que o beneficiário desse monopólio é, por outro lado, vendedor no mercado dos aparelhos sujeitos à sua aprovação.

30. Tal como foi justamente observado pela Comissão, a apreciação da compatibilidade, em relação às disposições do artigo 86.°, de medidas estatais, apela a um alargamento do quadro jurídico da análise. Com efeito, dirigindo-se as disposições em questão às empresas, e não aos Estados, não podem aplicar-se directamente a essas medidas. É portanto, com base na jurisprudência do Tribunal relativa à interpretação do artigo 90.° do Tratado em conjugação com o disposto no artigo 86.° que convém procurar os elementos da resposta. Lembremos, a esse propósito, que, no acórdão de 16 de Novembro de 1977, Inno/ATAB, o Tribunal referiu que, embora

«o artigo 86.° se dirija às empresas, não é menos verdade também que o Tratado obriga os Estados-membros a não tomarem ou manterem em vigor medidas susceptíveis de eliminar o efeito útil desta disposição» [24],

24 — 13/77, n.° 31 (Recueil, p. 2115; tradução provisória).

e, a seguir, observou que o artigo 90.° prevê que

«os Estados-membros, no que toca às empresas públicas e às empresas a que concedem direitos especiais ou exclusivos, não tomarão nem manterão qualquer medida contrária, nomeadamente, às regras previstas nos artigos 85.° a 94.° inclusive» [25].

31. Estas fórmulas constituem referências pertinentes para o caso em apreço, na medida em que a RTT constitui indiscutivelmente uma empresa pública detentora, por efeito da vontade estatal, de certos direitos exclusivos. Esses direitos são, nomeadamente, os que caracterizam a sua situação de monopólio de exploração da rede de telecomunicações. Entre os direitos exclusivos atribuídos à RTT encontra-se, precisamente, o poder de aprovação de aparelhos telefónicos por ela não fornecidos.

32. Na análise dos elementos de resposta à questão de saber se a atribuição, a uma empresa pública exploradora da rede de telecomunicações e que comercializa aparelhos telefónicos, de um direito exclusivo tal como o poder de aprovar os aparelhos telefónicos comercializados pelos seus concorrentes, não é contrária às obrigações decorrentes, para os Estados-membros, do disposto no n.° 1 do artigo 90.° do Tratado, convém tomar em consideração uma precisão claramente aduzida pela jurisprudência do Tribunal. Com efeito, o Tribunal referiu no acórdão Sacchi, que

«a existência de um monopólio a favor de uma empresa a que um Estado-membro tenha concedido direitos determinados exclusivos não é, por si só, incompatível com o artigo 86.°» [26].

Isto significa que a atribuição de um direito exclusivo a uma empresa pública não é, em princípio, uma «medida contrária ao artigo 86.°» no espírito da jurisprudência do Tribunal no processo Inno. Tal atribuição só poderia analisar-se como uma medida contrária ao disposto no artigo 86.° na medida em que tivesse uma ligação directa e efectiva com um abuso de posição dominante. Segundo o acórdão do Tribunal de Justiça de 30 de Abril de 1986, Nouvelles frontières [27], um Estado-membro não respeita a sua obrigação de não adoptar nem manter em vigor medidas susceptíveis de eliminar o efeito útil das disposições do artigo 85.° do Tratado se impuser ou favorecer a conclusão de acordos contrários a esse artigo ou reforçar os seus efeitos. Essa fórmula parece-nos poder ser transposta para o terreno do artigo 86.°, no sentido de que os Estados-membros não podem, pela atribuição de um direito exclusivo, impor ou favorecer um abuso de posição dominante ou reforçar os seus efeitos.

33. O Tribunal de Justiça, no quadro do presente processo prejudicial, não tem de investigar se a situação em litígio deve ou não ser qualificada de abuso de posição dominante. O Tribunal de Justiça deve interpretar as disposições pertinentes do Tratado à luz de algumas características de natureza jurídica assinaladas pelo tribunal *a quo* nas suas questões. A aplicação das disposições assim interpretadas ao caso individual da RTT caberá a esse tribunal.

25 — Idem, n.° 32.

26 — 155/73, já referido, n.° 14.

27 — 209/84 a 213/84, Ministério Público/Asjes e o. (Colect., p. 1425).

34. Assim, convém agora determinar se a atribuição de um direito exclusivo tal como o que está em causa é susceptível de impor ou de favorecer um abuso de posição dominante ou de reforçar os seus efeitos. A Comissão e a firma Inno entendem que a resposta, quanto a este ponto, deve ser de sentido positivo. Nós não compartilhamos dessa opinião.

35. O ponto de vista sustentado pela Comissão suscita uma primeira nota, que pode parecer inspirada por uma preocupação de lógica jurídica um pouco formal, mas que visa, na realidade, assinalar uma certa confusão no recurso à noção de abuso de posição dominante. Pode-se, com efeito, perguntar se a Comissão não defende a tese de que a atribuição de um direito exclusivo tal como o presentemente em causa é ao mesmo tempo um elemento constitutivo de uma posição dominante e um abuso dessa posição. É certo que a Comissão se abstém de caracterizar formalmente a posição dominante de uma empresa tal como a RTT a partir da atribuição do poder de aprovação. Faz apelo a outros elementos, a saber, a detenção de um monopólio para a exploração da rede telefónica pública nacional e, em consequência, do acesso preferencial a todos os utilizadores da rede pública. Assim se evita, na sua argumentação, o recurso a um «duplo emprego» do poder de aprovação. Consideramos, no entanto, com base na jurisprudência do Tribunal, que não podemos deixar de considerar semelhante poder como um elemento constitutivo de uma posição dominante. No acórdão de 13 de Novembro de 1975, General Motors[28], o Tribunal salientou que a atribuição, por um Estado-membro, sob a forma de exclusividade legal, da função de direito público consistente em assegurar o controlo técnico de conformidade dos veículos com vista à sua admissão na circulação, ao construtor ou ao seu mandatário, combinada com a liberdade de este determinar livremente o preço da sua prestação, leva à constituição de uma posição dominante. De maneira análoga, o Tribunal considerou no seu acórdão de 11 de Novembro de 1986, British Leyland[29], que um construtor a quem, num Estado-membro, é atribuído, pela regulamentação em vigor, o monopólio da emissão de certificados de conformidade necessários à matrícula de veículos da sua marca deve, tendo em conta a situação de dependência económica assim criada aos revendedores profissionais, ser considerada como estando em posição dominante no mercado dos serviços indispensáveis a esses revendedores.

36. Se se considerar que a exigência de aprovação dos aparelhos telefónicos determina a existência de um mercado de serviços indispensáveis, de facto, aos operadores interessados, para assegurar a comercialização dos aparelhos telefónicos, parece-nos bastante claro que a atribuição, à empresa pública detentora do monopólio da exploração da rede de telecomunicações, da exclusividade legal para conceder a aprovação, pode colocá-la, nesse mercado, em posição dominante. Mas parece-nos, além disso, que, devido à situação de vendedor de aparelhos telefónicos dessa empresa pública, o seu direito exclusivo de conceder a aprovação pode contribuir para colocá-la em posição dominante noutro mercado, directamente aqui implicado, o da venda dos aparelhos telefónicos.

37. A partir destes elementos de facto, compreende-se que admitir a posição da Comis-

28 — 26/75, Recueil, p. 1367.

29 — 226/84, Colect., p. 3263.

são, quando analisa a atribuição do poder de aprovação, numa situação tal como a da RTT, como impondo ou favorecendo o abuso de posição dominante, pressupõe que se considere, de certa forma, essa atribuição ao mesmo tempo como constitutiva não só de tal posição como igualmente do seu abuso. Tocamos aqui na falha do raciocínio da Comissão, que tende a operar uma contracção de duas noções todavia distintas na jurisprudência do Tribunal de Justiça.

38. Segundo o acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de Fevereiro de 1979, Hoffmann-La Roche, está-se em presença de uma posição dominante quando uma empresa detém uma posição de força económica que

«lhe confere o poder de levantar obstáculos à manutenção de uma concorrência efectiva no mercado em causa, ao fornecer-lhe a possibilidade de comportamentos independentes em medida apreciável face aos seus concorrentes, aos seus clientes e, finalmente, aos consumidores» [30].

No mesmo acórdão, o Tribunal definiu a exploração abusiva de posição dominante como uma noção objectiva visando

«os comportamentos de uma empresa em posição dominante que são susceptíveis de influenciar a estrutura de um mercado em que, na sequência, precisamente, da presença da empresa em questão, o grau de concorrência é já reduzido e que tenham por efeito levantar obstáculos, pelo recurso a meios diferentes daqueles que regem uma concorrência normal dos produtos ou serviços que estão na base das prestações dos operadores económicos, à manutenção do grau da concorrência existente no mercado ou ao desenvolvimento dessa concorrência» [31].

Parece-nos que, destas definições, se extrai uma distinção entre a posição dominante, entendida como uma situação que dá a possibilidade de levantar obstáculos à manutenção da concorrência, e o abuso dessa posição, que deve consistir num comportamento pelo qual se levantam efectivamente obstáculos a essa manutenção.

39. Também a doutrina, na exposição do regime do abuso de posição dominante, tem o cuidado de precisar que, segundo esse regime, não é a posição dominante enquanto tal que é proibida, mas o abuso dela. Como indicam Stoufflet e Chaput, «o facto de uma empresa ocupar uma posição dominante não é... ilícito em si mesmo. O artigo 86.° não proíbe senão a exploração abusiva de tal situação» [32]. Esta distinção entre a posição dominante e a sua exploração abusiva é esclarecida através da jurisprudência do Tribunal, na medida em que exige, para que se verifique a existência de um abuso, um comportamento caracterizado da empresa em causa, acções, factos materiais ou actos jurídicos. Em contrapartida, a possibilidade de ter esse comportamento ou de cometer actos constitutivos de abuso não é em si mesma um abuso.

30 — 85/76, n.° 38, Recueil, p. 461 (tradução provisória).

31 — Idem, n.° 91.

32 — *Jurisclasseur de droit international public*, Communauté économique européenne, fascículo 164 G, n.° 198.

40. Assim, nos processos General Motors e British Leyland, já referidos, este Tribunal não notou qualquer abuso na circunstância de os construtores em causa serem concessionários, por delegação do Estado, do direito exclusivo de controlar a conformidade dos veículos das suas marcas, mas referiu que o uso feito desse poder, nomeadamente ao exigir para pagamento desse serviço taxas desproporcionadas em relação ao valor económico da prestação fornecida, podia constituir tal abuso [33]. O Tribunal declarou assim claramente que a detenção, a título exclusivo, de um poder de controlo de natureza administrativa não constituía, nos casos concretos em questão, um abuso de posição dominante, mas que a forma como esse poder era exercido poderia eventualmente considerar-se como um tal abuso.

41. O acórdão do Tribunal Nouvelles frontières parece-nos conter também indicações úteis, se bem que tenha incidido sobre a compatibilidade de um processo previsto por uma lei nacional com o artigo 85.° e não com o artigo 86.° Com efeito, o Tribunal entendeu que uma decisão de homologação de tarifas aéreas pelo Estado podia ser contrária ao Tratado, na medida em que as tarifas assim homologadas

«resultam de um acordo, de uma decisão de associação de empresas ou de uma prática concertada contrários ao artigo 85.°» [34],

o que significa, ainda aqui, que não era o processo de homologação como tal que colocava um problema de compabibilidade com o Tratado, mas as condições concretas de exercício do poder de homologação num dado caso.

42. Assim, parece-nos, tendo em conta estas observações extraídas da jurisprudência do Tribunal, que o facto de atribuir a uma empresa pública, tal como a RTT, o poder exclusivo de aprovar os aparelhos telefónicos, a fim de verificar a sua compatibilidade com a rede, não é contrário aos artigos 90.° e 86.° do Tratado, mesmo que não se possa excluir que o exercício desse poder possa conduzir a abusos de posição dominante. A delegação, pelo Estado, de um poder de aprovação de que apenas o mau uso pode redundar num abuso de posição dominante, não nos parece, em si mesmo, constitutivo de tal abuso.

43. Convém certamente reconhecer que, numa situação em que o poder de aprovação em questão é atribuído a uma empresa pública, ela mesma concorrente no mercado de aparelhos telefónicos, as possibilidades, se assim se pode dizer, de um mau uso do poder de aprovação podem parecer aumentar. Será preciso, no entanto, considerar que, devido a tal aumento, a própria atribuição desse poder se torna abuso de posição dominante? Não o pensamos, pois parece-nos importante que a distinção entre a posição dominante e a sua exploração abusiva seja preservada e que, a esse título, a qualificação de abuso de posição dominante abrange apenas comportamentos, actos positivos, sem ir ao ponto de dizer respeito à simples possibilidade de tais comportamentos ou de tais actos.

33 — 26/75 e 226/84, já referidos.

34 — 209/84 a 213/84, já referidos, n.° 77.

44. Convém justamente ver, aliás, que, do ponto de vista de uma concepção liberal do direito, a equiparação a comportamento proibido, da simples possibilidade de tal comportamento, coloca problemas. Com tal equiparação, com efeito, passa-se de um regime repressivo, em que deve ser feita a prova do comportamento proibido, a um regime preventivo, em que basta a presunção de que haverá tal comportamento. Isto não nos parece admissível. Eis porque entendemos que há que responder no sentido de que a atribuição a uma empresa, tal como a RTT, do poder de aprovação de aparelhos por ela não fornecidos ou vendidos não é, em si, contrário aos artigos 90.° e 86.° do Tratado, mas que o exercício do poder de aprovação por essa empresa com finalidade diferente da da verificação da compatibilidade com a rede pode redundar em abuso de posição dominante proibida pelo artigo 86.° do Tratado, sob reserva de que estejam reunidas as condições previstas por esse texto legal, nomeadamente no que toca à própria existência de posição dominante num mercado determinado e ao efeito sobre o comércio entre Estados-membros.

45. Não pensamos que seja necessário juntar à resposta a dar, no âmbito dos artigos 86.° e 90.° do Tratado, reservas expressas atinentes à existência de um recurso jurisdicional em relação a recusas de aprovação. Com efeito, se o Tribunal acolher as nossas sugestões no âmbito da resposta no terreno da livre circulação de mercadorias, as reservas em questão constituirão, em muito larga medida, repetição escusada. Se o Tribunal não acolher essas sugestões, há poucas possibilidades de que tais reservas se afigurem ao Tribunal necessárias no terreno dos artigos 86.° e 90.° Além disso, parece-nos que o controlo do exercício do poder de aprovação deve integrar-se na apreciação que em função do conjunto dos dados de facto, o tribunal nacional, no qual é invocado um abuso de posição dominante, deve fazer sobre a existência de tal abuso. Talvez fosse útil esclarecer que, entre esses dados de facto, há que tomar em consideração a inadequação do ponto de vista técnico dos critérios de aprovação, bem como o carácter injustificado de decisões de recusa da aprovação. Praticamente, e segundo as particularidades dos sistemas nacionais, pode o tribunal nacional ter que ordenar medidas de peritagem e, se necessário, colocar questões prejudiciais ao órgão jurisdicional administrativo sempre que este seja exclusivamente competente para apreciar a legalidade das decisões administrativas e que, precisamente, a aprovação e as especificações técnicas assumam a forma de tais decisões.

46. Finalmente, concluímos no sentido de que o Tribunal declare:

«1) A legislação de um Estado-membro que atribui a uma empresa pública que explora a rede nacional de telecomunicações e vende aparelhos, um direito exclusivo que se concretiza no poder de aprovar os aparelhos por ela não fornecidos ou vendidos, a fim de verificar, em função das especificações técnicas que ela estabeleceu, se podem ser ligados à rede, e que prevê que as despesas provocadas pela ligação de um aparelho não aprovado ficarão a cargo

daquele que a tiver efectuado, não é contrária às disposições do Tratado CEE que consagram a livre circulação de mercadorias, desde que preveja a possibilidade de recurso jurisdicional contra a decisão de recusa da aprovação de um aparelho proveniente de outro Estado-membro, devendo esse recurso permitir a verificação, à luz do direito comunitário, dos fundamentos de recusa levados ao conhecimento do operador interessado.

2) Tal legislação também não é contrária aos artigos 90.° e 86.° do Tratado CEE, esclarecendo-se, no entanto, que o exercício, pela empresa pública, do poder de aprovação com finalidade diferente da de verificar a compatibilidade técnica dos aparelhos com a rede, poderá redundar em abuso de posição dominante proibido pelo artigo 86.°, sob reserva de que todas as condições previstas por esse texto legal estejam reunidas; cabe ao tribunal nacional, no qual tal abuso é alegado, apreciar, em função do conjunto dos dados de facto, entre os quais a eventual inadequação das especificações técnicas e o carácter eventualmente injustificado das decisões de recusa da aprovação, se há abuso.»