

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
MARCO DARMON

apresentadas em 8 de Fevereiro de 1994 *

*Senhor Presidente,
Senhores Juízes,*

1. Pelo presente reenvio prejudicial, o Tribunal de Justiça é convidado pela primeira vez, segundo julgo saber, a interpretar as regras de concorrência do Tratado CEE relativamente à questão da distribuição pública de energia eléctrica. Existe uma possibilidade de concorrência para o fornecimento de electricidade? O acesso de terceiros às redes públicas deve ser autorizado para permitir uma concorrência eficaz entre fornecedores de electricidade? A questão, como se pode ver, é importante.
2. Os dados económicos e físicos do abastecimento de electricidade são muito específicos. A electricidade só pode ser transportada por fios condutores. Em longas distâncias ocorrem perdas consideráveis. A impossibilidade de armazenar faz com que a produção deva, em cada momento, ser função do consumo. Simultaneamente, ao permitir satisfazer um grande número de necessidades, a electricidade é um produto de primeira necessidade cujo abastecimento deve ser garantido, generalizado e acessível em termos de custo.
3. A principal originalidade do *mercado* da electricidade reside no facto de que, como em matéria de telefone vocal tradicional, a distribuição efectua-se por uma rede e por linhas fixas. Daqui resulta que o cliente é cativo e as fontes de oferta e de procura não são móveis. Ora a mobilidade, que permite a escolha do seu co-contratante, faz parte da própria essência de um regime de concorrência não falseada. Esta rede é gerida de modo *centralizado* para permitir assegurar a todo o momento a adequação entre a oferta e a procura, portanto a segurança do abastecimento.
4. Estes ónus económicos e técnicos excepcionais repercutem-se no regime jurídico aplicável às trocas comerciais de energia eléctrica e no estado de adiantamento da integração comunitária na matéria.
5. Impõe-se aqui uma breve resenha da evolução da legislação comunitária.
6. O mercado da electricidade ficou muito tempo afastado da construção comunitária. Nem o tratado originário nem o Acto Único previam política comum neste domínio.

* Língua original: francês.

7. Só duas disposições do Tratado da Comunidade Europeia lhe fazem referência: nos termos do artigo 3.º, alínea t), a acção da Comunidade implica medidas no domínio da energia. Nos termos do artigo 129.º-B, a Comunidade «contribuirá» para a criação e o desenvolvimento de redes transeuropeias no sector das infra-estruturas da energia. Uma declaração relativa à energia que figura na Acta Final do Tratado de Maastricht prevê, contudo, que a questão da introdução no Tratado de um título relativo ao domínio da energia será examinada com base num relatório que a Comissão apresentará ao Conselho o mais tardar em 1996.

8. Neste domínio, a legislação comunitária limitou-se, numa primeira fase, a coordenar as políticas nacionais¹, continuando a matéria a ser fundamentalmente da competência dos Estados.

9. Sob o impulso da Comissão², tem vindo a ser construído por etapas um mercado interno da electricidade, no âmbito das disposições do artigo 8.º-A do Tratado de Roma, como o demonstra a proposta de directiva do Conselho relativa à adopção de regras comuns para o mercado interno da electricidade³ instituindo — de modo limitado — o acesso de terceiros à rede, condição

de uma concorrência eficaz entre fornecedores: «... o mercado interno da electricidade deve ser progressivo e aplicado por fases, a fim de permitir que a indústria se adapte de forma flexível e ordenada ao seu novo contexto»⁴. Sublinhe-se que a Comissão não utilizou, como em matéria de telecomunicações, o poder de regulamentação que lhe é atribuído pelo artigo 90.º, n.º 3, do Tratado, preferindo a via da aproximação das legislações (artigo 100.º-A).

10. As questões prejudiciais colocadas ao Tribunal de Justiça têm por pano de fundo o regime de distribuição nos Países Baixos.

11. Foi submetido à apreciação do Gerechtshof te Arnhem um recurso de uma decisão arbitral proferida num litígio que opõe *empresas locais de distribuição* de electricidade (ou as comunas que asseguram elas próprias essa distribuição) a uma empresa de distribuição a nível regional («IJsselcentrale»).

12. Os Países Baixos têm quatro produtores, accionistas de uma sociedade comum: a Samenwerkende Elektriciteitsproduktiebedrijven NV (a seguir «SEP»)⁵. A electricidade produzida é vendida às empresas

1 — V., por exemplo, a Directiva 90/377/CEE do Conselho, de 29 de Junho de 1990, que estabelece um processo comunitário que assegure a transparência dos preços no consumidor final industrial de gás e electricidade (JO L 185, p. 16) e a Directiva 90/547/CEE do Conselho, de 29 de Outubro de 1990, relativa ao trânsito de electricidade nas grandes redes (JO L 313, p. 30).

2 — «Livro Branco» sobre o mercado interno da energia, de 2 de Maio de 1988 [COM(88) 238].

3 — 92/C65/04 (JO C 65, p. 4). Não obteve, nessa fase, a aprovação do Conselho.

4 — *Ibidem*, terceiro considerando.

5 — Entre as missões estatutárias da SEP, «... figuram nomeadamente a gestão da rede de alta tensão e a celebração de acordos com empresas de electricidade estrangeiras, relativos à importação e à exportação de electricidade bem como à utilização das ligações entre redes» (acórdão de 18 de Novembro de 1992, Rendo e o., T-16/91, Colect., p. II-2417, n.º 4).

regionais de distribuição (a recorrida no processo principal, por exemplo) que a revendem às empresas locais de distribuição (as recorrentes no processo principal, por exemplo) que, por seu turno, a revendem aos consumidores.

13. De 1985 a 1988, a IJsselcentrale (que em 1988 passou a ser IJsselmij, a seguir «IJM») impôs às empresas de distribuição comunal uma «taxa de compensação» («egaliseringsbetaling») destinada a compensar os custos acrescidos de distribuição em zona rural para praticar tarifas uniformes relativamente a todos os consumidores finais na zona abrangida.

14. As recorrentes no processo principal são empresas locais de distribuição que contestam ser devedoras da taxa de compensação a título desse período, a qual se elevaria a 20 707 942 HFL.

15. Os distribuidores locais estão vinculados por uma obrigação de aquisição exclusiva e por uma proibição de importação que resultam de dois acordos distintos:

— um acordo horizontal celebrado em 22 de Maio de 1986 entre as empresas produtoras de electricidade, por um lado, e a SEP, por outro (o «Overeenkomst van Samenwerking» dito «acordo de cooperação», a seguir «OVS») prevê no seu artigo

21.º que a importação e a exportação de electricidade são reservadas à SEP e que, nos contratos de fornecimento celebrados com as empresas distribuidoras de energia eléctrica, os produtores são obrigados a estipular que estas se absterão de se dedicar à importação ou à exportação de electricidade⁶;

— as condições gerais de fornecimento de energia eléctrica às comunas⁷ (a seguir «CG») contêm uma cláusula de exclusividade que lhes impõe uma obrigação de aquisição exclusiva e, deste modo, uma proibição implícita de importação (artigo 2.º, n.º 2)⁸. Em contrapartida, a IJM compromete-se a não fornecer energia eléctrica a terceiros no território de uma comuna sem o consentimento desta (artigo 2.º, n.º 1). Há *exclusividade recíproca*.

16. O artigo 34.º da lei de 16 de Novembro de 1989 («Elektriciteitswet»)º e o ministerial besluit de 20 de Março de 1990 dispõem que

6 — Segundo o Governo neerlandês, esta proibição é justificada pelo facto de as importações serem efectuadas unicamente de modo centralizado — e planificado — pela SEP (observações do Governo neerlandês, ponto 10).

7 — Condições gerais aplicáveis ao fornecimento de energia eléctrica às comunas que dispõem da sua própria empresa de distribuição na área de concessão da IJsselcentrale estabelecida em Zwolle, de 17 de Dezembro de 1964, entradas em vigor em 1 de Abril de 1965.

8 — «A comuna obriga-se, quanto à distribuição de electricidade no seu território, a adquirir a energia eléctrica exclusivamente à IJsselcentrale e a só utilizar essa energia para seu próprio uso, ou para o fornecimento de terceiros para utilização no território da comuna.»

9 — *Staatsblad* 535. A lei da electricidade de 16 de Novembro de 1989 abriu o mercado neerlandês da electricidade muito limitadamente: as sociedades de distribuição têm a escolha do seu distribuidor neerlandês (*horizontaal winkelen*) e os consumidores industriais podem importar electricidade para as suas próprias necessidades, desde que não se utilize a rede de distribuição pública.

a SEP é a única entidade a poder importar electricidade destinada à distribuição pública, a não ser que se trate de electricidade com voltagem inferior a 500 V.

17. Segundo o juiz *a quo*, é verosímil que na ausência de proibição de importação, a taxa de compensação não podia ser imposta. Não se exclui, com efeito, que as empresas locais de distribuição pudessem escapar à taxa de compensação, pelo menos parcialmente, se pudessem abastecer-se no estrangeiro ¹⁰. Para saber se a taxa é devida, é pois importante verificar se essa proibição é conforme ao direito comunitário.

18. Por decisão arbitral de 12 de Dezembro de 1986, os distribuidores locais foram vencidos pelas razões de que a exclusividade recíproca é necessária à IJM para desempenhar a sua missão, de que a mesma só afecta as trocas comerciais de modo diminuto e de que sendo aplicável a excepção do artigo 90.º, n.º 2, «o facto de os demandantes não terem a capacidade de se abastecer em electricidade junto de terceiros não é incompatível com o artigo 85.º do Tratado». Quanto à taxa de compensação, os árbitros consideraram que não se provava que ela afectasse o comércio entre Estados-membros.

19. As recorrentes interpuseram recurso no *Gerechthof te Arnhem* que coloca ao Tribunal de Justiça as duas questões prejudiciais seguintes:

« 1) Deve qualificar-se de órgão jurisdicional nacional, nos termos do artigo 177.º do Tratado CEE, o órgão jurisdicional nacional que, num caso previsto pela lei, conhece de um recurso contra uma decisão arbitral, quando o referido órgão, por força da convenção de arbitragem celebrada entre as partes, deve julgar segundo a equidade?»

e, em caso de resposta afirmativa à primeira questão:

2) Como devem interpretar-se os artigos 37.º e/ou 85.º e/ou 86.º e/ou 90.º do Tratado CEE face a uma proibição de importação de electricidade para fornecimento público, constante das condições gerais de uma empresa de distribuição regional de electricidade de 1985 a 1988 inclusive, eventualmente conjugada com uma proibição de importação constante de um acordo das empresas de produção de electricidade no Estado-membro em causa?»

20. Certos aspectos do sistema neerlandês de electricidade foram já ou são actualmente objecto de uma análise tanto por parte da Comissão como dos órgãos jurisdicionais comunitários.

21. Paralelamente ao presente processo, algumas sociedades locais de distribuição de electricidade (a IGMO de Meppel, a Central

10 — V. o ponto 5.11 do acórdão do juiz *a quo*.

Overijsselse Nutsbedrijven de Almelo, a Regional Energiebedrijf Salland de Deventer e a Comuna de Hoogeveen) apresentaram à Comissão, em 26 de Maio de 1988, uma denúncia contra a IJM, por infracção ao artigo 85.º do Tratado, visando «... as acções cíveis relativas à imposição pela (IJM) de uma proibição de importação e de exportação juntamente com uma obrigação de aquisição exclusiva e à imposição de uma taxa de compensação dos custos»¹¹.

22. Na sua Decisão 91/50, a Comissão considerou que «o artigo 21.º do acordo de cooperação... constitui uma infracção ao disposto no n.º 1 do artigo 85.º do Tratado CEE, na medida em que tem por objecto ou efeito a restrição das importações, *por parte dos consumidores industriais privados*, e das exportações de produção *fora do âmbito do abastecimento público*, por parte dos *distribuidores e consumidores industriais privados*, incluindo os produtores independentes»¹².

23. Por acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 18 de Novembro de 1992 foi negado provimento ao recurso interposto contra essa decisão¹³. Este acórdão é actualmente objecto de recurso no Tribunal de Justiça (processo C-19/93 P).

24. Observe-se que, na decisão, a Comissão não se pronunciou sobre a taxa de compensação praticada pela IJM¹⁴ nem sobre as restrições à *importação* impostas às sociedades de distribuição encarregadas do abastecimento público, antes da entrada em vigor da lei da electricidade de 16 de Novembro de 1989¹⁵.

25. No entanto comunicou aos denunciantes, por carta de 20 de Novembro de 1991¹⁶, que: «... a taxa de compensação, contra a qual a denúncia original era essencialmente dirigida, não pode ser objecto de um processo baseado nos artigos 85.º e/ou 86.º do Tratado, porque não afecta de maneira significativa o comércio entre Estados-membros». Esta carta deu origem a um segundo recurso julgado inadmissível por despacho do Tribunal de Primeira Instância de 29 de Março de 1993¹⁷ (T-2/92, Rendo II) já transitado em julgado.

26. Por último, deve-se salientar que em 26 de Novembro de 1992, a Comissão notificou um parecer fundamentado ao Governo neerlandês: o direito de importação exclusivo reconhecido pela lei de 1989 à SEP constitui uma infracção aos artigos 30.º e 37.º do

11 — V. a Decisão 91/50/CEE da Comissão, de 16 de Janeiro de 1991, relativa a um processo de aplicação do artigo 85.º do Tratado CEE [JO L 28, p. 32 (1)].

12 — Artigo 1.º da parte decisória, sublinhado nosso.

13 — Acórdão Rendo, já referido.

14 — (1), penúltimo parágrafo.

15 — Acórdão Rendo, n.ºs 58 e 61. Relativamente às restrições à importação impostas às sociedades de distribuição pelo artigo 34.º da lei da electricidade de 1989, a Comissão não se pronunciou sobre a questão de saber se essa restrição se justificava face ao artigo 90.º, n.º 2, do Tratado, sendo encaráda a possibilidade de um processo por incumprimento a este respeito [(50) da decisão e n.ºs 46 e 47 do acórdão do Tribunal de Primeira Instância].

16 — *Ibidem*, n.º 27.

17 — Por a carta não ter qualquer conteúdo decisório e não ter produzido qualquer efeito jurídico.

Tratado CEE e não é justificado nem pelo artigo 36.º nem por exigências imperativas de interesse geral¹⁸.

27. Nem a Comissão, na sua Decisão 91/50, nem o Tribunal de Primeira Instância examinaram a conformidade com o direito comunitário da concorrência da *proibição de importação de energia eléctrica através da rede de distribuição pública* na medida em que a mesma é imposta por uma sociedade de distribuição regional a uma *sociedade local de distribuição* pelas condições gerais de fornecimento de energia eléctrica às comunas de 17 de Dezembro de 1964 e pelo acordo de cooperação anterior à entrada em vigor da lei da electricidade de 1989.

28. É este precisamente o objecto da segunda questão prejudicial. Mas convém, previamente, examinar a primeira questão.

Quanto à primeira questão prejudicial

29. Um órgão jurisdicional nacional que conhece de um recurso de uma decisão arbitral e julgando segundo a equidade é um órgão jurisdicional na acepção do artigo 177.º do Tratado?

30. No acórdão Vaassen-Göbbels¹⁹, o Tribunal de Justiça, inspirando-se nos princípios gerais comuns aos direitos dos Estados-membros, decidiu que o conceito comunitário de órgão jurisdicional pressupunha reunidos um determinado número de critérios, tais como a origem legal, o carácter permanente, a jurisdição obrigatória, o processo contraditório e a aplicação das normas de direito. Em acórdãos ulteriores, o Tribunal de Justiça tomou também em consideração o princípio da independência²⁰.

31. Para qualificar uma instância de «órgão jurisdicional de um Estado-membro» na acepção do artigo 177.º, o Tribunal de Justiça procura saber se o processo aplicável nessa instância tem vínculos suficientemente estreitos com a organização das vias de recurso previstas na legislação aplicável do Estado-membro em causa²¹.

32. Não há dúvida que preenchem estas exigências as normas de processo internas que prevêm que o recurso de uma decisão arbitral deve ser interposto perante o juiz normalmente competente na ausência de cláusula compromissória²² e que determina, assim, de modo obrigatório, um órgão jurisdicional nacional como instância de recurso, quando as partes decidam prever esse recurso²³.

19 — Acórdão de 30 de Junho de 1966 (61/65, Recueil, p. 376).

20 — V. os acórdãos de 11 de Junho de 1987, Pretore di Salò (14/86, Colect., p. 2545, n.º 7), e de 21 de Abril de 1988, Pardini (338/85, Colect., p. 2041, n.º 9).

21 — Acórdão de 23 de Março de 1982, Nordsee/Reederei Mond (102/81, Recueil, p. 1095, n.º 13).

22 — V. as observações da IJM, p. 8 da tradução francesa.

23 — V. o artigo 647.º do antigo Código de Processo Civil neerlandês aplicável *ratione temporis* ao litígio submetido ao *judicium a quo* e o artigo 16.º das CG celebradas entre as partes.

18 — Observações escritas da Comissão, pontos 16 e 17. V. também o n.º 26 do acórdão Rendo.

33. Assim, satisfaz as condições do artigo 177.º, um órgão jurisdicional nacional instituído por lei, permanente e independente, cuja composição não é confiada à livre decisão das partes²⁴ e que profere uma decisão coerciva.

34. Assinale-se, aliás, que a possibilidade de efectuar um reenvio prejudicial para qualquer órgão jurisdicional ordinário que conheça do recurso de uma decisão arbitral é expressamente reconhecida pelo Tribunal de Justiça no acórdão Nordsee²⁵.

35. Esta conclusão é modificada pelo facto de esse órgão jurisdicional decidir segundo a equidade («als goede mannen naar billijkheid»)? A aplicação da norma de direito comunitário pode ser excluída nesse caso?

36. Considero que um órgão jurisdicional nacional, mesmo decidindo segundo a equidade, deve aplicar esse direito.

37. Com efeito, resulta dos princípios do primado e da uniformidade de aplicação do direito comunitário que as normas do Tratado, particularmente as relativas à concorrência, se impõem em todos os Estados-membros.

38. Assim, o Tribunal de Justiça decidiu nos acórdãos Broekmeulen²⁶ e Nordsee, já referido, que

«... é necessário que o direito comunitário seja integralmente respeitado no território de todos os Estados-membros; as partes de um contrato não têm portanto a liberdade de o derrogar»²⁷.

39. Do mesmo modo, o Tribunal de Justiça considera que

«... práticas legislativas ou *judiciais* nacionais, mesmo que sejam comuns a todos os Estados-membros, não podem impor-se na aplicação das regras de concorrência do Tratado»²⁸.

40. Tais práticas são efectivamente contrárias ao artigo 5.º, segundo parágrafo, do Tratado, e susceptíveis de privar de efeito útil as normas comunitárias²⁹.

41. Conclui-se que um órgão jurisdicional nacional, mesmo decidindo segundo a

24 — V., sobre este ponto, o acórdão de 17 de Outubro de 1989, Danfoss (109/88, Colect., p. 3199, n.º 8).

25 — Já referido (v. referências *supra*, nota 21), n.º 14.

26 — Acórdão de 6 de Outubro de 1981 (246/80, Recueil, p. 2311).

27 — Acórdão Nordsee, n.º 14.

28 — V. o acórdão de 17 de Janeiro de 1984, VBVB e VBVB/Comissão (43/82 e 63/82, Recueil, p. 19, n.º 40, sublinhado nosso).

29 — V. acórdão de 10 de Janeiro de 1985, Leclerc e o./«Au blé vert» e o. (229/83, Recueil, p. 1, n.º 14).

equidade, deve respeitar as regras do direito comunitário da concorrência e poder submeter ao Tribunal de Justiça qualquer questão relativa à sua interpretação ou, eventualmente, à sua validade ³⁰.

42. Assim, a obrigação de decidir segundo a equidade não pode ter por efeito excluir a aplicação de normas que o Tribunal de Justiça qualifica, aliás, de *imperativas* ³¹.

43. Assinale-se, além disso, que foi submetido ao juiz *a quo* um pedido de «declaração de *direito*» («*verzoek om een verklaring voor recht*») ³².

44. A aplicabilidade do artigo 177.º do Tratado é, portanto, incontestável.

30 — V., sobre esta questão, as minhas conclusões (ponto 19) no processo C-24/92, Corbiau, acórdão de 30 de Março de 1993 (Colect., p. I-1277).

31 — V. o considerando reproduzido em vários acórdãos do Tribunal de Justiça: acórdãos de 21 de Setembro de 1989, Hoechst/Comissão (46/87 e 227/88, Colect., p. 2859, n.º 25), de 17 de Outubro de 1989, Dow Benelux/Comissão (85/87, Colect., p. 3137, n.º 36), de 17 de Outubro de 1989, Dow Chemical Ibérica e o./Comissão (97/87, 98/87 e 99/87, Colect., p. 3165, n.º 22), e de 18 de Outubro de 1989, Orkem/Comissão (374/87, Colect., p. 3283, n.º 19), a seguir citado e por mim sublinhado: «Estas normas (da concorrência) têm por função, como resulta do quarto parágrafo do preâmbulo do Tratado, da alínea f) do artigo 3.º e dos artigos 85.º e 86.º, evitar que a concorrência seja falseada em detrimento do interesse geral, de cada uma das empresas e dos consumidores. O exercício dos poderes conferidos à Comissão pelo Regulamento n.º 17 contribui, assim, para a manutenção do regime de concorrência desejado pelo Tratado, que as empresas estão *obrigadas* a respeitar».

32 — Decisão proferida em 24 de Abril de 1990 pelo juiz de recurso.

Quanto à segunda questão prejudicial

45. Antes de passar à análise de fundo da segunda questão, gostaria de dizer o seguinte: o Governo francês sustenta que esta questão só tem umnexo hipotético com o litígio pendente perante o juiz *a quo* e não especifica suficientemente o contexto factual e jurídico em que se insere.

46. Não estou de acordo com esta análise: o pedido no processo principal tem por objecto o pagamento de uma taxa de compensação imposta por um distribuidor regional neerlandês em aplicação das condições gerais de fornecimento de energia. É possível que se durante o período em causa os distribuidores locais tivessem podido abastecer-se de electricidade junto de um fornecedor estrangeiro, teriam podido escapar, pelo menos em parte, ao pagamento desta taxa. Assim, têm interesse em que seja decidido que o direito comunitário se opõe à proibição implícita de importação que os afecta.

47. Por outro lado, o Tribunal de Justiça dispõe, em minha opinião, de todos os dados de facto e de direito que lhe permitem responder à questão colocada. Assim, foi acertadamente que o juiz nacional remeteu para a Decisão 91/50 cujo contexto factual era idêntico.

48. A segunda questão, relativa à interpretação dos artigos 37.º, 85.º, 86.º e 90.º do Tratado CEE, diz essencialmente respeito,

relativamente ao período de 1985-1988, à proibição de importação, na medida em que visa as relações entre os distribuidores regionais e locais (mas não os consumidores: a sua situação foi examinada na Decisão 91/50).

49. Como salienta a IJM³³: «O presente processo refere-se precisamente ao problema que, na sua decisão IJsselcentrale, a Comissão manifestamente não quis abordar: a regulamentação de direito privado do sector da electricidade nos Países Baixos no domínio da distribuição pública, tal como foi aplicada até à entrada em vigor da lei da electricidade de 1989.»

50. Quanto a este mercado, a questão colocada ao Tribunal de Justiça deve ser bem delimitada.

51. Na ocorrência, o princípio da unicidade da rede não é discutido: a vantagem que resultaria da introdução da concorrência no transporte de electricidade seria, aliás, muito inferior ao inconveniente resultante de uma duplicação da rede.

52. Também não são postos em causa o princípio do gestor único (a SEP, no caso concreto) e a existência de monopólios regionais de distribuição.

53. O único ponto que está aqui em discussão é a proibição de importação utilizando o circuito da distribuição pública.

54. Dentro destes limites, examinarei cada um dos artigos citados.

Quanto ao artigo 37.º

55. A aplicação do artigo 37.º pressupõe uma tripla verificação:

- quanto ao seu âmbito de aplicação, só abrange as trocas comerciais de mercadorias;
- quanto ao seu objecto, só diz respeito aos monopólios nacionais de natureza comercial;
- quanto aos seus efeitos, conduz à exclusão de toda e qualquer discriminação entre nacionais dos Estados-membros.

56. O que é que se verifica quanto a estes três pontos?

33 — P. 24 da tradução francesa das suas observações.

1. A electricidade é uma mercadoria?

57. Nos termos do acórdão Sacchi³⁴: «... resulta tanto da sua sistematização (do artigo 37.º) no capítulo relativo à eliminação das restrições quantitativas como da utilização dos termos 'importação' e 'exportação' no n.º 1, segundo parágrafo, e do termo 'produtos' nos n.ºs 3 e 4, que (o mesmo) abrange as trocas comerciais de *mercadorias* e não pode dizer respeito a um monopólio de prestações de serviços.»

58. As condições de transporte e de distribuição da electricidade são tão importantes como as suas condições de produção. Assim, escreveu-se que «... les conditions de transport et de distribution induisent inévitablement certaines déformations de ses caractéristiques...»³⁵. Portanto, há que colocar a questão de saber se a electricidade pode ser qualificada de mercadoria³⁶.

59. Assim, nas suas observações no processo C-22/92, EDF/Coramine³⁷, o Governo francês verificava que: «Une des spécificités

de l'électricité est d'ailleurs que sa qualité ne dépend que du réseau de transport et de distribution et pratiquement pas de ses conditions de production. Cette caractéristique conduit d'ailleurs à considérer l'électricité davantage comme un service que comme une marchandise, le réseau n'assurant pas seulement une fonction de transport, mais aussi une fonction d'optimisation et d'élaboration d'éléments déterminants de l'électricité livrée aux consommateurs finals»³⁸.

60. Poder-se-ia acrescentar que o artigo 2.º da Convenção das Nações Unidas sobre os contratos de venda internacional de mercadorias, assinada em Viena em 11 de Abril de 1980, exclui do seu âmbito de aplicação as vendas de electricidade.

61. Por último, a ausência de política comum na matéria³⁹ vem recordar, se tal fosse necessário, a extrema especificidade do produto.

62. Não duvido, porém, que a electricidade deve ser considerada uma mercadoria na acepção do Tratado.

34 — Acórdão de 30 de Abril de 1974 (155/73, Recueil, p. 409, n.º 10, sublinhado nosso). A jurisprudência é constante desde então: v. o n.º 8 do acórdão de 28 de Junho de 1983, Société coopérative d'amélioration de l'élevage et d'insémination artificielle du Béarn (271/81, Recueil, p. 2057). Acórdão de 27 de Outubro de 1993, Lagache e Evrard (C-46/90 e C-93/91, n.º 33, Colect., p. I-5267).

35 — Sablière, P.: nota sobre o acórdão da cour d'appel d'Angers de 16 de Dezembro de 1987, *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz*, Maio 1988, p. 182.

36 — V. o ponto 30 das observações do Governo neerlandês.

37 — Observações apresentadas antes de a questão prejudicial ser retirada.

38 — P. 7.

39 — V. artigo 3.º, alínea t), do Tratado CE e a Declaração relativa à protecção civil, à energia e ao turismo, anexo à Acta Final do Tratado de Maastricht.

63. Em primeiro lugar, é objecto de um comércio e de um mercado comparáveis aos de uma mercadoria e deve poder beneficiar das disposições do direito comunitário que se destinam à supressão dos entraves às trocas comerciais ⁴⁰.

64. Em segundo lugar, a categoria dos serviços é residual, como o demonstra a redacção do artigo 60.º do Tratado.

65. Em terceiro lugar, o Tribunal de Justiça já decidiu — embora implicitamente — no célebre acórdão Costa/ENEL, que a electricidade relevava do âmbito de aplicação do artigo 37.º ⁴¹.

66. Em quarto lugar, a electricidade é considerada uma mercadoria pela nomenclatura pautal (código NC 27.16).

67. Por último, as outras fontes de energia, tais como o carvão, o gás natural ou o petróleo, são consideradas mercadorias pelo direito comunitário ⁴². Assim, parece lógico tratar a electricidade do mesmo modo.

68. Se a electricidade é uma mercadoria, trata-se então de um monopólio comercial na acepção do artigo 37.º?

2. Trata-se de um monopólio nacional de natureza comercial?

69. Resulta do acórdão Bodson ⁴³ que o artigo 37.º engloba situações em que o monopólio apenas abrange uma parte do território nacional, tal como uma região ⁴⁴.

70. Para poder aplicar-se, o artigo 37.º pressupõe uma situação em que «... as autoridades nacionais têm a possibilidade de controlar ou de dirigir as trocas comerciais entre Estados-membros ou de as influenciar sensivelmente através de um organismo criado para esse fim ou de um monopólio delegado» ⁴⁵.

71. Ora a situação que é apresentada pelo juiz *a quo* não se situa nesse contexto. Efectivamente, a IJM beneficiou até 1989 de uma concessão não exclusiva ⁴⁶ do Estado para

40 — V., neste sentido, Everling, U.: «Der Binnenmarkt nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften», in *Ein EWG-Binnenmarkt für Elektrizität — Realität oder Utopie*, herausgegeben von Rudolf Lukes, 1988, p. 142.

41 — Acórdão de 15 de Julho de 1964 (6/64, Recueil, p. 1141, na p. 1163).

42 — V., por exemplo, o acórdão de 13 de Dezembro de 1990, Comissão/Grécia (C-347/88, Colect., p. I-4747) relativo às importações de petróleo bruto e de produtos petrolíferos.

43 — Acórdão de 4 de Maio de 1988 (30/87, Colect., p. 2479, n.º 13).

44 — Como salienta o advogado-geral J. L. da Cruz Vilaça nas suas conclusões no processo Bodson: o artigo 37.º não faz depender de qualquer dimensão territorial as suas condições de aplicação «... as quais se definem antes em função dos efeitos do monopólio sobre o comércio intracomunitário» (Colect. 1988, p. 2494, ponto 41).

45 — Acórdão Bodson, n.º 13.

46 — V., sobre este ponto, as observações da IJM, ponto 1.1., e o artigo 2.º, n.º 1, da concessão. V. também a decisão da Comissão 91/50 (9).

assegurar o abastecimento público de electricidade que não prevê qualquer proibição de importação ⁴⁷.

72. Esta é estipulada no acordo de cooperação celebrado entre os produtores de electricidade e a SEP (artigo 21.º, n.º 1) e, implicitamente, pelas condições gerais da IJM que são, ambas, como salientou justamente a Decisão 91/50 ⁴⁸ a propósito do OVS, actos de direito privado.

73. Não se prova de forma alguma que esta proibição tenha sido, entre 1985 e 1988, imposta ou mesmo simplesmente recomendada pelos poderes públicos ⁴⁹. A lei relativa à importação de electricidade aplicável durante o período em análise não proibía essa importação que sujeitava simplesmente à obtenção de uma licença ⁵⁰.

74. Deste modo, a circunstância de os concessionários da distribuição regional de electricidade serem proibidos de importar e de imporem essa proibição aos seus clientes não resulta do comportamento das autoridades nacionais mas do das próprias empresas.

47 — V. esta decisão e o Decreto Real n.º 54 de 13 de Junho de 1918 (*Staatscourant* de 15.6.1918, n.º 138). V. também as observações da IJM, pp. 21 e 22: a regulamentação neerlandesa não proíbe a importação de electricidade, apenas sujeita à obtenção de uma licença.

48 — (21).

49 — *Ibidem*.

50 — Lei de 22 de Outubro de 1938, *Staatsblad* 523. V. ponto 3.2, *in fine*, das observações da IJM.

75. Conclui-se que, de acordo com a regra consagrada pelo acórdão Bodson ⁵¹, a situação considerada pelo juiz *a quo* deve ser apreciada à luz das disposições do Tratado aplicáveis às empresas e não em relação às disposições do artigo 37.º relativas aos monopólios nacionais ⁵².

76. Pela mesma razão, o monopólio de importação instituído pelo OVS não releva deste artigo. Assinale-se, com efeito, que foi só a partir de 1989 que uma regulamentação estatal (a *Elektriciteitswet* entrada em vigor em 1 de Julho de 1989) reservou à SEP a importação de electricidade destinada ao abastecimento público. Foi aliás essa regulamentação, alheia ao caso em apreço, que foi alvo do parecer fundamentado dirigido em 26 de Novembro de 1992 ao Governo neerlandês ⁵³.

77. Daqui resulta que nem a proibição de importação nem a obrigação de aquisição exclusiva em causa relevam do âmbito de aplicação do artigo 37.º não havendo, consequentemente, que examinar a sua terceira condição de aplicação.

51 — N.ºs 14 e 15.

52 — V. também o acórdão de 27 de Setembro de 1988, Bayer e Henneke (65/86, Colect., p. 5249, n.º 12).

53 — V. as observações do Governo neerlandês, ponto 25.

Quanto ao artigo 85.º

78. Uma questão prévia. As disposições dos artigos 85.º a 90.º do Tratado aplicam-se à distribuição de electricidade?

79. A jurisprudência do Tribunal de Justiça é constante: «... quando o Tratado entendeu subtrair certas actividades à aplicação das regras de concorrência, previu uma derrogação expressa para esse efeito»⁵⁴. As excepções a este princípio são de aplicação restritiva⁵⁵.

80. Em matéria de electricidade não existe uma disposição correspondente à do artigo 42.º do Tratado relativo aos produtos agrícolas. De resto, o Conselho nunca utilizou, na matéria, a possibilidade prevista pelo artigo 87.º, n.º 2, alínea c).

81. O Tribunal de Justiça admite, desde o acórdão BNIC⁵⁶, que um acordo relativo a uma matéria-prima que entra no fabrico de um produto final comercializado em toda a Comunidade releva do âmbito de aplicação do artigo 85.º

82. Os artigos 85.º e seguintes devem, assim, poder aplicar-se a acordos relativos à produção e à distribuição de electricidade, do mesmo modo que, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, o artigo 90.º do Tratado é aplicável às regras relativas ao abastecimento da Irlanda em produtos petrolíferos⁵⁷.

83. Entre 1985 e 1988, o sistema de distribuição da electricidade nos Países Baixos é regido por uma série de relações jurídicas que podem ser esquematizadas do seguinte modo:

1. um eixo horizontal: a proibição de importação convencionalizada entre os produtores e a SEP (artigo 21.º, n.º 1, OVS);

2. um eixo vertical, ou seja, de montante a jusante:

a) as relações produtores/distribuidores regionais: artigo 21.º, n.º 2, OVS;

54 — Acórdãos de 30 de Abril de 1986, *Asjes e o.* (209/84, 210/84, 211/84, 212/84 e 213/84, *Colect.*, p. 1425, n.º 40), e de 27 de Janeiro de 1987, *Verband der Sachversicherer* (45/85, *Colect.*, p. 405, n.º 12).

55 — V. o acórdão definitivo do Tribunal de Primeira Instância de 2 de Julho de 1992, *Dansk Pelsdyravlereforening* (T-61/89, *Colect.*, p. II-1931, n.º 54).

56 — Acórdão de 30 de Dezembro de 1987 (136/86, *Colect.*, p. 4789, n.º 18).

57 — Acórdão de 10 de Julho de 1984, *Campus Oil e o.* (72/83, *Recuil*, p. 2727).

b) as relações distribuidores regionais/
/distribuidores locais: artigo 2.º, n.º 2,
CG;

c) as relações distribuidores locais/
/consumidores: disposições, elas tam-
bém, de natureza contratual.

84. Uma proibição de importação, como a que resulta do artigo 21.º, n.º 1, do OVS, e uma obrigação de aquisição exclusiva, como a inserida nos acordos verticais, constituem infracções ao artigo 85.º, n.º 1?

85. Trata-se, em ambos os casos, de acordos entre empresas. Embora resulte do n.º 18 do acórdão Bodson que o artigo 85.º não visa os contratos de concessão celebrados entre comunas agindo na qualidade de autoridades públicas e empresas encarregadas da execução de um serviço público, assinala-se que a IJM não tem apenas como co-contratantes as comunas mas também sociedades privadas⁵⁸.

86. A apreciação dos efeitos, face ao direito comunitário da concorrência, desses acordos pressupõe a tomada em consideração do

contexto económico e jurídico em que os mesmos se inserem e do alcance real dessas práticas restritivas⁵⁹. O mercado da electricidade tem especificidades que convém aqui recordar.

87. O mercado do comércio de electricidade entre os Países Baixos e o resto da Comunidade tem uma característica comum a todos os Estados-membros: é um «comércio entre grandes redes»⁶⁰, constituído por uma «cooperação voluntária entre os monopólios nacionais»⁶¹.

88. As importações de electricidade nos Países Baixos, vimo-lo, são centralizadas pela SEP que assegura a gestão da rede de transporte e comércio com o estrangeiro.

89. As transferências entre as redes interligadas são consideráveis e, em 1988, quase um décimo das necessidades dos Países Baixos foi satisfeito recorrendo às importações⁶².

90. A Comunidade procura promover este tipo de transferências, como o demonstra a

59 — Acórdão de 28 de Fevereiro de 1991, Delimitis (C-234/89, Colect., p. I-935, n.º 14).

60 — A expressão é de Guièze, J. L.: nota sobre a Decisão da Comissão 91/50, *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz*, Janeiro de 1992, p. 34.

61 — Decisão 91/50 (11).

62 — *Ibidem* (12). Segundo o «Livro Branco» da Comissão sobre o mercado da energia, a CEE tem «... uma das redes internacionais de alta tensão mais integradas do mundo...» (já referido na nota 2, p. 69).

Directiva 90/547 relativa ao trânsito de electricidade nas grandes redes ⁶³.

âmbito de contratos de abastecimento entre um utilizador (ou um distribuidor local de electricidade) e um produtor, independentemente de este estar estabelecido no mesmo Estado ou num outro Estado-membro.

91. Como a Decisão 91/50 salienta, as transferências transfronteiriças de electricidade, *exceptuando as trocas entre as grandes redes*, são quase inexistentes ⁶⁴.

92. Os debates no presente processo mostraram que os distribuidores locais não dispõem de «linhas duplas» ligando-os directamente às redes estrangeiras de electricidade ⁶⁵ e que qualquer importação só se pode fazer por intermédio da rede de distribuição pública (que nos Países Baixos é gerida pela SEP).

95. Assim, o mercado pode ser afectado de dois modos por uma proibição de importação quando esta é total ⁶⁶. As sociedades de distribuição regionais ou locais são privadas da possibilidade de se abastecer, passando pela rede pública, junto de um produtor de electricidade estabelecido num outro Estado-membro. Além disso, o custo da electricidade no Estado-membro em que a importação é proibida pode afectar as capacidades de exportação das empresas consumidoras que aí tenham o seu centro de produção.

93. Consequentemente, se os direitos exclusivos de importação fossem suprimidos, a companhia local de distribuição só poderia comprar electricidade a um produtor estabelecido num outro Estado-membro se a mesma pudesse ser transportada pela rede de distribuição pública.

96. A conjugação do OVS e das condições gerais teve um efeito restritivo sobre a concorrência ⁶⁷?

94. Tal faculdade, dita de acesso de terceiros à rede (ATR) ou «common carrier», permite utilizar a rede de distribuição pública no

97. O artigo 21.º, n.º 1, do OVS proíbe às sociedades de produção importar. O seu n.º 2 proíbe aos compradores de electricidade abastecerem-se junto de outros produtores que não os membros da SEP, privando-os assim de todo e qualquer acesso a outras fontes de abastecimento.

63 — Já referida, nota 1. A directiva admite que, num Estado-membro, uma única entidade possa ter a responsabilidade de uma grande rede eléctrica de alta tensão. Relativamente aos Países Baixos, designa a SEP.

64 — (16).

65 — V. nomeadamente o n.º 3, *in fine* (p. 30), da tradução francesa das observações da IJM.

66 — O que parece ser o caso dos Países Baixos. V. (27) da Decisão 91/50.

67 — V. quanto a este ponto (25) e segs. da Decisão 91/50.

98. As CG obrigam o distribuidor local a abastecer-se exclusivamente junto do distribuidor regional, sendo esta obrigação de aquisição exclusiva acordada por um período indeterminado com um prazo de pré-aviso de três anos (artigo 17.º, n.º 2).

99. O carácter recíproco da exclusividade tem por efeito barrar totalmente o acesso ao mercado em causa, tornado por este facto inacessível a eventuais concorrentes tanto dos produtores como dos distribuidores. Daqui resulta «um todo coerente»⁶⁸ que implica uma canalização do mercado fechando o seu acesso a qualquer produtor independente. O efeito restritivo sobre a concorrência de tais acordos é, deste modo, claro⁶⁹.

100. Mas estes acordos afectam de modo sensível o mercado intracomunitário?

101. Na sua Decisão 91/50, a Comissão mostrou como, quanto à produção, o OVS influenciava o comércio entre Estados-membros, tendo em conta, nomeadamente, a sua duração e o seu âmbito geográfico de aplicação⁷⁰.

102. Considero que uma obrigação de aquisição exclusiva, como a prevista pelo artigo

2.º, n.º 2, das CG, pode também ter esse efeito quanto às relações entre distribuidores regionais e locais.

103. O distribuidor local é privado da possibilidade de se abastecer junto de outro distribuidor regional ou de um produtor estabelecidos num outro Estado-membro.

104. Poder-se-ia duvidar do efeito sensível dessa exclusividade se ela se limitasse a uma região pouco povoada de um Estado-membro. Todavia, é um facto que, desde os acórdãos do Tribunal de Justiça *Brasserie de Haecht*⁷¹ e *Delimitis*, já referido, esse acordo deve ser examinado no seu contexto económico e jurídico e que, se coexiste com outros acordos de exclusividade, deve ser tomado em consideração o seu eventual efeito cumulativo sobre a concorrência⁷².

105. Parece que as condições gerais impostas pela IJM se alinhavam pelas condições gerais-tipo de fornecimento estabelecidas pela associação dos exploradores de centros distribuidores de electricidade nos Países Baixos (a VEEN)⁷³. Assim, não está excluído que o seu efeito cumulativo tenha podido reportar-se ao conjunto do território de um Estado-membro. Deste modo, é uma parte substancial do mercado comum que estaria, então, em causa⁷⁴. Daqui resultaria uma

68 — Decisão 91/50 (28).

69 — *Ibidem* (25) e (28).

70 — *Ibidem* (32).

71 — Acórdão de 12 de Dezembro de 1967 (23/67, Recueil, p. 525).

72 — V. o n.º 14 do acórdão *Delimitis*.

73 — V. (6) e (28) da Decisão 91/50.

74 — V., por exemplo, o acórdão de 9 de Novembro de 1983, *Michelin/Comissão* (322/81, Recueil, p. 3461, n.º 23 a 28).

compartimentação do mercado nacional que entravaria a realização de um mercado único. É ao juiz *a quo* que cabe verificar este ponto.

106. Consequentemente, penso que os acordos do tipo daqueles em análise podem permitir, segundo a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, «... considerar com um grau suficiente de probabilidade que ele(s) pode(m) exercer uma influência directa ou indirecta, actual ou potencial, sobre as correntes de trocas comerciais entre Estados-membros, num sentido que pode prejudicar a realização dos objectivos de um mercado único entre Estados»⁷⁵.

107. Daqui resulta que essa proibição de importação

- 1) não afecta o comércio de electricidade entre grandes redes de distribuição pública,
- 2) mas pode afectar o comércio intracomunitário de electricidade envolvendo a utilização da rede de distribuição pública aos níveis regional e local.

75 — Acórdão de 11 de Julho de 1985, Remia e o./Comissão (42/84, Recueil, p. 2545, n.º 22).

108. Assinale-se que o artigo 85.º, n.º 3, não é aqui aplicável. Nem o OVS nem as CG, que não foram notificados⁷⁶, puderam ser objecto de decisões de isenção. Além disso, estes acordos não relevam do âmbito de aplicação dos regulamentos de isenção por categorias já adoptados pela Comissão⁷⁷.

Quanto ao artigo 86.º

109. Quanto à eventual existência de um abuso de posição dominante, os debates só se debruçaram sobre a IJM e não sobre uma eventual violação do artigo 86.º pela SEP. Esta sociedade, aliás, não é parte no litígio principal. Limitar-me-ei, assim, ao exame da situação da IJM.

110. Considerada isoladamente, uma sociedade, cuja concessão se limita ao território de uma província pouco povoada de um Estado-membro, não ocupa *a priori* uma posição dominante numa parte substancial do mercado comum.

76 — V. a Decisão 91/50 da Comissão (53), relativamente ao OVS.

77 — Por aplicação do seu artigo 3.º, alínea c), do Regulamento (CEE) n.º 1983/83 da Comissão, de 22 de Junho de 1983, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 85.º do Tratado a certas categorias de acordos de distribuição exclusiva (JO L 173, p. 1; EE 08 F2 p. 110) é inaplicável às CG.

111. Já não se passaria o mesmo se a concessão abrangesse a totalidade — ou mesmo uma grande parte — do território desse Estado ⁷⁸.

112. Vimos que outros distribuidores regionais neerlandeses de electricidade estão ligados aos distribuidores locais pelo mesmo tipo de contrato que o que une a IJM aos recorrentes no processo principal.

113. Assim, coloca-se a questão da existência de uma posição dominante colectiva.

114. Resulta dos próprios termos do artigo 86.º, primeiro parágrafo, que «várias empresas» podem explorar de forma abusiva uma posição dominante.

115. Assim, o Tribunal de Justiça decidiu que este texto se aplicava a um conjunto de monopólios comunais (que têm por objecto serviços funerários externos) «... concedidos a um mesmo grupo de empresas cuja linha de actuação sobre o mercado seja determinado pela casa-mãe...» ⁷⁹, desde que, nomeadamente, esse grupo ocupe uma situação de poderio económico o que lhe permitia impedir uma concorrência efectiva nesse mercado.

116. No acórdão «Vidro plano», SIV e o./Comissão ⁸⁰, o Tribunal de Primeira Instância precisou o conceito de posição dominante colectiva:

«Não se pode excluir, por princípio, que duas ou mais entidades económicas *independentes* estejam num mercado específico, unidas por tais laços económicos que, de facto, detenham em conjunto uma posição dominante sobre os outros operadores no mesmo mercado. Tal poderia, por exemplo, ser o caso se duas ou mais empresas *independentes* usufruíssem em comum, por via de um acordo ou de uma autorização, de um avanço tecnológico que lhes desse a possibilidade de comportamentos independentes em medida apreciável face aos seus concorrentes, aos seus clientes e, finalmente, aos consumidores...» ⁸¹.

117. Assim, não há posição dominante colectiva, sem um mínimo de vínculos que permitam assegurar às empresas em causa um domínio colectivo do mercado.

118. Compete ao juiz *a quo* verificar se as sociedades de distribuição regional estão unidas por vínculos económicos suficientes para deter colectivamente essa posição. Saliento que os distribuidores regionais de electricidade estabelecidos nos Países Baixos têm, parece, como ponto comum o facto de

78 — Acórdão de 18 de Junho de 1991, ERT (C-260/89, Colect., p. I-2925, n.º 31).

79 — Acórdão Bodson, já referido, n.º 35.

80 — Acórdão definitivo do Tribunal de Primeira Instância de 10 de Março de 1992 (I-68/89, T-77/89 e T-78/89, Colect., p. II-1403, n.º 357 e segs.).

81 — N.º 358, sublinhado nosso.

estarem ligados aos distribuidores locais pelo mesmo tipo de contrato ⁸².

Quanto ao artigo 90.º, n.º 2

119. Mas existe abuso?

120. Já várias vezes o Tribunal de Justiça teve ocasião de considerar que «... para uma empresa que se encontre em posição dominante num mercado, o facto de vincular compradores — ainda que a pedido destes — a uma obrigação ou promessa de abastecimento da totalidade ou de uma parte considerável das suas necessidades exclusivamente nessa empresa, constitui uma exploração abusiva de uma posição dominante, na acepção do artigo 86.º do Tratado CEE, quer a obrigação em questão seja estipulada sem mais, quer tenha a sua contrapartida na concessão de descontos...» ⁸³.

121. Assim, mesmo se o distribuidor regional está sujeito a uma obrigação incondicional de fornecimento, a obrigação de aquisição exclusiva que impõe aos seus clientes constitui uma restrição intransponível à penetração de terceiros no mercado.

122. Nas condições atrás definidas, o artigo 86.º seria, portanto, aplicável.

123. A existência de acordos ou de comportamentos de empresas contrários aos artigos 85.º e 86.º pode ser justificada pela missão que lhes é confiada? No caso vertente, deve-se considerar que os distribuidores de electricidade estão encarregados da gestão de um serviço de interesse económico geral?

124. Antes de abordar este problema, coloca-se uma questão: a de saber se o artigo 90.º, n.º 2, tem ou não efeito directo.

125. No acórdão do Tribunal de Justiça «Porto de Mertert» ⁸⁴, o Tribunal de Justiça recusou formalmente admitir tal efeito. No entanto, é claro que, embora não o tenha decidido expressamente, o Tribunal de Justiça considera actualmente que essa disposição é directamente aplicável.

126. Assim, numa primeira fase, o Tribunal de Justiça considerou que as derrogações às regras da concorrência deviam, em primeiro lugar, ser autorizadas por uma decisão da Comissão adoptada nos termos do artigo 90.º, n.º 3 ⁸⁵.

82 — (28) da Decisão 91/50.

83 — Em último lugar, acórdão de 1 de Abril de 1993, BPB Industries/Comissão (T-65/89, Colect., p. II-389, n.º 68). V. também os acórdãos de 13 de Fevereiro de 1979, Hoffmann-La Roche/Comissão (85/76, Recueil, p. 461, n.º 89), e de 3 de Julho de 1991, AKZO/Comissão (C-62/86, Colect., p. I-3359, n.º 149).

84 — Acórdão de 14 de Julho de 1971, Muller (10/71, Recueil, p. 723).

85 — V. os acórdãos «Porto de Mertert» já referido, n.º 16, e de 20 de Março de 1985, Itália/Comissão (41/83, Recueil, p. 873, n.º 30), bem como o n.º 16 da Decisão 90/16/CEE da Comissão, de 20 de Dezembro de 1989, relativa à prestação do serviço de correio rápido nos Países Baixos (JOL 10, p. 47). Esta decisão foi anulada pelo acórdão de 12 de Fevereiro de 1992, Países Baixos e o./Comissão (C-48/90 e C-66/90, Colect., p. I-565).

127. Tendo a questão do efeito directo sido expressamente colocada ao Tribunal de Justiça no processo «BRT-II»⁸⁶, não teve então o Tribunal de Justiça oportunidade de responder à mesma na medida em que a empresa que invocava o artigo 90.º, n.º 2, não estava encarregada pelo Estado da gestão de um serviço de interesse económico geral.

128. O acórdão Ahmed Saeed, de 11 de Abril de 1989⁸⁷, marca uma viragem na história desta jurisprudência: com efeito, o Tribunal de Justiça reconhece ao juiz nacional uma competência análoga à da Comissão, para interpretar e aplicar esse texto. Como o salientou o professor Berlin: «... si le juge étatique peut procéder à cette appréciation, c'est bien que cette disposition a été invoquée, aux fins d'application, devant lui. C'est donc admettre implicitement cette invocabilité»⁸⁸. Compete ao juiz nacional 1) verificar se a empresa que invoca o artigo 90.º, n.º 2, está efectivamente encarregada da gestão de um serviço de interesse económico geral⁸⁹, 2) determinar as necessidades do cumprimento da missão de interesse geral em causa e a sua repercussão na aplicação das regras de concorrência⁹⁰ («Compete ao órgão jurisdicional nacional proceder, quanto a este ponto, ao necessário apuramento dos factos»⁹¹).

129. No acórdão ERT⁹², o Tribunal de Justiça confirmou a sua posição nestes termos:

«... compete ao juiz nacional apreciar a compatibilidade das práticas de tal empresa (titular no caso concreto do monopólio da retransmissão de emissões de televisão estrangeiras) com o artigo 86.º e verificar se estas práticas, no caso de serem contrárias a esta disposição, podem ser justificadas pelas necessidades decorrentes da missão particular eventualmente confiada à empresa em causa»⁹³.

130. O acórdão Corbeau⁹⁴ constitui, até hoje, a última fase desta evolução: se compete ao órgão jurisdicional de reenvio examinar se uma empresa pode invocar o artigo 90.º, n.º 2, tal acontece na condição de aplicar certos critérios — que o Tribunal de Justiça define — de derrogação às regras de concorrência.

131. Assim, o titular de um serviço de interesse económico geral, como a Régie des postes, deve poder assegurar o equilíbrio económico do seu funcionamento graças a sectores de actividades rentáveis⁹⁵. Em contrapartida, a exclusão da concorrência não pode abranger «... serviços específicos, dissociáveis do serviço de interesse geral, que satisfazem necessidades especiais de

86 — Acórdão de 21 de Março de 1974 (127/73, Recueil, p. 313, n.º 19 a 23). V. igualmente o acórdão de 10 de Dezembro de 1991, *Merci convenzionali Porto di Genova* (C-179/90, Colect., p. I-5889, n.º 27).

87 — 66/86, Colect., p. 803.

88 — «L'application du droit communautaire de la concurrence par les autorités françaises», *RTDE*, 1991, pp. 1,5.

89 — N.º 55 do acórdão Ahmed Saeed, já referido.

90 — N.º 56.

91 — N.º 57.

92 — Já referido, nota 78. V. também o n.º 99 do acórdão de 18 de Novembro de 1992, *Rendo*, já referido.

93 — N.º 34.

94 — Acórdão de 19 de Maio de 1993 (C-320/91, p. I-2533).

95 — N.º 17.

operadores económicos e que exigem certas prestações suplementares que o serviço postal tradicional não oferece...»⁹⁶.

132. Acrescentarei que o efeito directo do artigo 90.º resulta da sua própria sistemática.

133. Os acórdãos do Tribunal de Justiça de 19 de Março de 1991, França/Comissão⁹⁷, e de 17 de Novembro de 1992, Espanha e o./Comissão⁹⁸, proferidos a propósito das directivas relativas à concorrência nos mercados dos terminais de telecomunicações e dos serviços de telecomunicações recordaram-no: «... o artigo 90.º do Tratado só confere poder à Comissão relativamente a medidas tomadas pelos Estados...»⁹⁹.

134. Paralelamente, os particulares devem poder invocar o artigo 90.º, n.º 2, a propósito de comportamentos de empresas.

135. Esta solução impõe-se tanto mais que o juiz nacional tem sempre a possibilidade de

recorrer ao Tribunal de Justiça por via prejudicial ou de consultar a Comissão¹⁰⁰.

136. Nesta fase, convém analisar se os distribuidores regionais e locais de electricidade fazem parte da categoria das «empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral» na acepção do artigo 90.º, n.º 2.

137. Permitindo derrogar aos princípios comunitários da concorrência, este conceito deve ser aplicado restritivamente¹⁰¹. Só abrange «... as actividades que beneficiam directamente à colectividade»¹⁰².

138. No domínio vizinho das telecomunicações, o Tribunal de Justiça considera que o monopólio de colocação à disposição dos utentes de uma rede pública de telefone constitui um serviço de interesse económico geral, na acepção do artigo 90.º, n.º 2¹⁰³. O mesmo se passa em relação ao da Régie des postes belges na medida em que é limitado ao direito exclusivo de recolher, transportar e distribuir o correio¹⁰⁴.

96 — N.º 19.

97 — C-202/88, Colect., p. I-1223.

98 — C-271/90, C-281/90 e C-289/90, Colect., p. I-5833.

99 — N.º 55 do acórdão França/Comissão e n.º 24 do acórdão Espanha e o./Comissão. Com efeito, o Tribunal de Justiça considera que o artigo 90.º, n.º 2, se aplica não só às empresas mas também aos Estados que nele fundamentam o poder de conferir às empresas que encarregam da gestão de serviços de interesse económico geral direitos exclusivos que impedem a aplicação das regras de concorrência (acórdão Corbeau, já referido, n.º 14). Daqui a importância prática desta disposição.

100 — V. a comunicação 93/C39/05 relativa à cooperação entre a Comissão e os órgãos jurisdicionais nacionais para a aplicação dos artigos 85.º e 86.º do Tratado CEE (JO 1993, C 39, p. 6).

101 — V. acórdão de 21 de Março de 1974, «BRT-II», já referido, n.º 19.

102 — Ponto 27 das conclusões do advogado-geral W. Van Gerven no processo *Merci convenzionali* Porto di Genova, já referido, nota 86.

103 — Acórdãos de 20 de Março de 1985, Itália/Comissão (já referido, nota 85, n.ºs 28 a 33), e de 13 de Dezembro de 1991, GB-Inno-BM (C-18/88, Colect., p. I-5941, n.º 16).

104 — Acórdão Corbeau, já referido, n.º 15.

139. Na sua Decisão 91/50, a Comissão considerou que a SEP — e as sociedades de produção que dela fazem parte — fornecem serviços de interesse económico geral, uma vez que i) «a principal atribuição da SEP consiste em assegurar o funcionamento fiável e eficaz do fornecimento público de electricidade nacional...»¹⁰⁵, ii) esta missão foi confiada à sociedade de produção por uma concessão de direito público¹⁰⁶.

140. Na sua Decisão 93/126/CEE de 22 de Dezembro de 1992¹⁰⁷, a Comissão considerou que as companhias de electricidade alemãs eram abrangidas pelo âmbito de aplicação do artigo 90.º, «... enquanto garantirem o fornecimento básico de electricidade»¹⁰⁸.

141. Afigura-se portanto que, uma vez que foi encarregada da gestão desse serviço pelos poderes públicos¹⁰⁹, também deve ser esse o caso de uma sociedade encarregada da *distribuição pública* de electricidade que, enquanto concessionária, é *obrigada* a fornecer [(7) da Decisão 91/50].

142. Sendo o artigo 90.º, n.º 2, directamente aplicável, e relevando do seu âmbito de aplicação uma sociedade deste tipo, em que

condições se encontra satisfeita a regra de proporcionalidade consagrada por este texto?

143. Tradicionalmente, a interpretação do Tribunal de Justiça a este respeito é restritiva. Com efeito, o Tribunal de Justiça considera que

«... de acordo com o n.º 2 do artigo 90.º do Tratado, as empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral ficam submetidas às regras da concorrência na medida em que não se demonstre que a aplicação destas regras é *incompatível* com o exercício da sua missão particular...»¹¹⁰.

144. O acórdão Corbeau marca uma viragem: não retoma este princípio e não recorda aos Estados o que lhes é proibido, em matéria de direitos exclusivos, mas esclarece o que podem fazer:

«(O artigo 90.º, n.º 2) permite... aos Estados-membros conferir a empresas, que encarreguem da gestão de serviços de interesse económico geral, direitos exclusivos que podem constituir um obstáculo à aplicação das regras do Tratado relativas à concorrência, na medida em que as restrições à concorrência, e até mesmo uma exclusão de toda e qualquer

105 — (40).

106 — (41).

107 — Relativa a um processo nos termos dos artigos 85.º do Tratado CEE e 65.º do Tratado CECA (Jahrhundertvertrag) (JO L 50, p. 14).

108 — (28).

109 — Tal é o caso da IJM, beneficiária de uma concessão do Estado.

110 — N.º 33 do acórdão de 18 de Junho de 1991, ERT, já referido, sublinhado nosso. V. igualmente os acórdãos de 30 de Abril de 1974, Sacchi, já referido, n.º 15, de 3 de Outubro de 1985, CBEM (311/84, Recueil, p. 3261, n.º 17), e de 23 de Abril de 1991, Höfner e Elser (C-41/90, Colect., p. I-1979, n.º 24).

concorrência¹¹¹, de outros operadores económicos, sejam necessárias para assegurar o cumprimento da missão particular que foi confiada às empresas titulares dos direitos exclusivos»¹¹².

145. O Tribunal de Justiça precisou que o titular do direito exclusivo deve nomeadamente poder, para cumprir a sua missão de interesse geral, beneficiar de «... condições economicamente aceitáveis»¹¹³ ou de «... condições de equilíbrio económico...»¹¹⁴.

146. Assim, as regras de concorrência podem ser afastadas não apenas quando tornem impossível o cumprimento pela empresa em causa da sua missão de serviço público, mas também quando ponham em perigo o seu equilíbrio financeiro.

147. É por esta razão que o titular dos direitos exclusivos pode ser autorizado a fazer funcionar em exclusividade serviços rentáveis para compensar os resultados deficitários de outros sectores da sua actividade: uma limitação, e mesmo uma exclusão, da concorrência

nestes sectores é admissível porque os empresários particulares não são obrigados a proceder a esta compensação¹¹⁵.

148. Todavia, «... serviços específicos, dissociáveis do serviço de interesse geral, que satisfazem necessidades especiais de operadores económicos e que exigem certas prestações suplementares que o serviço postal tradicional não oferece...» devem ser abertos à concorrência, desde que «... não ponham em causa o equilíbrio económico do serviço de interesse económico geral...»¹¹⁶.

149. E o Tribunal de Justiça concluiu que o serviço de correio rápido deve ser aberto à concorrência sob essa condição, cuja existência compete ao juiz nacional verificar.

150. Vê-se assim a flexibilidade que o acórdão Corbeau introduz nas condições de aplicação do artigo 90.º, n.º 2: «... tem o mérito de chamar a atenção para as obrigações de serviço público que a recente evolução do direito comunitário talvez tenha negligenciado demasiado»¹¹⁷.

111 — Com esta inserção, o Tribunal de Justiça retoma, em minha opinião, o n.º 19 do acórdão de 10 de Julho de 1984, *Campus Oil e o.*, já referido, nota 57, n.º 19, que declarava que: «(O artigo 90.º, n.º 2) não isenta, no entanto, o Estado-membro que encarregou uma empresa dessa gestão da proibição de tomar, a favor dessa empresa e a fim de proteger a sua actividade, medidas que restrinjam, contrariamente ao artigo 30.º do Tratado, as importações dos outros Estados-membros». Deve precisar-se que esta reserva, que resultava de um *obiter dictum*, nunca tinha sido confirmada pela jurisprudência do Tribunal de Justiça e que só visava *as medidas estatais*?

112 — N.º 14.

113 — N.º 16.

114 — N.º 17.

115 — N.º 18.

116 — N.º 19.

117 — Hamon, F.; nota sobre o acórdão Corbeau, já referido, nota 95, *AJDA*, 20 de Dezembro de 1993, pp. 866 e 869.

151. Quais são as condições «economicamente aceitáveis» do abastecimento em electricidade de um distribuidor local? Ou, para retomar a expressão do acórdão GB-Inno-BM¹¹⁸, as «exigências essenciais» desse abastecimento?

152. Na linha do acórdão Corbeau, compete ao Tribunal de Justiça definir, em proveito do juiz nacional, os critérios que lhe permitam apreciar se a situação que lhe é submetida justifica uma restrição, como uma proibição de importação, às regras de concorrência.

153. Incumbe às empresas produtoras — em vez de proibir aos distribuidores regionais ou locais importar electricidade através da rede de distribuição pública — admitir, mesmo em condições limitadas, o acesso de terceiros à referida rede?

154. É sintomático que, na Decisão 91/50, a Comissão tenha condenado o facto de as importações directas (que não utilizam, pois, a rede de distribuição pública) efectuadas pelos consumidores industriais privados não serem livres¹¹⁹ mas não tenha tomado posição sobre as que devem transitar pela rede de distribuição pública¹²⁰.

155. A este respeito, a nova regulamentação britânica é esclarecedora. É significativo que no Reino Unido, onde funciona o sistema de distribuição de electricidade mais aberto à concorrência da Comunidade, os produtores de electricidade estabelecidos noutros Estados-membros só podem para ali exportar, passando pelo «pool» (contrato de agrupamento único) dirigido pela National Grid Company, proprietária e exploradora da rede de alta tensão. Não é possível utilizar a rede para alimentar directamente uma companhia de distribuição local¹²¹.

156. Como já vimos, a proposta de directiva relativa à adopção de regras comuns para o mercado interno da electricidade apresentada pela Comissão, destina-se a suprimir as restrições ao fornecimento de electricidade pelos produtores aos seus clientes e cria uma possibilidade de acesso *limitado* de terceiros à rede.

157. Destinada a instaurar «uma segunda fase» no processo de liberalização, a mesma tem em conta a necessidade de «aumentar a eficiência na produção, transporte e distribuição deste produto, reforçando a segurança do abastecimento da Comunidade» e de evitar distorções da concorrência entre

118 — Acórdão de 13 de Dezembro de 1991, já referido, nota 104, n.º 22.

119 — (44), alínea c).

120 — (50).

121 — V. sobre estes pontos, a comunicação 90/C191/04 feita nos termos do artigo 19.º, n.º 3, do Regulamento n.º 17 do Conselho, relativa à reorganização da indústria da electricidade em Inglaterra e no País de Gales (JO C 191, p. 9). Os consumidores podem celebrar com os produtores contratos, ditos «por diferenças», que permitem uma garantia contra as variações dos preços do «pool». A produção de um dado produtor não é fornecida a um determinado consumidor.

indústrias tanto produtoras como consumidoras de electricidade ¹²².

160. Não se pode deixar de salientar a discrepância entre o espírito da regulamentação assim elaborada e a posição adoptada pela Comissão no presente processo.

158. Prevê que os transportadores e distribuidores são obrigados a permitir às companhias «elegíveis» o acesso à sua rede, «sujeitando-se à capacidade disponível e mediante uma remuneração razoável» ¹²³. Esta medida de liberalização diz respeito às empresas grandes consumidoras de energia e às companhias de distribuição. A utilização da rede está sujeita à autorização de um gestor único que pode recusá-la «... se essa utilização puder prejudicar a distribuição de electricidade, em cumprimento de quaisquer obrigações legais estatutárias ou condições contratuais» ¹²⁴.

161. A proposta de directiva, que foi rejeitada na sua forma actual pelo Conselho, está pendente no Parlamento para parecer ¹²⁶. De qualquer modo, é claro, a supressão de toda e qualquer restrição às relações entre os produtores de electricidade e os seus clientes, muito particularmente os situados num outro Estado-membro, pressupõe que sejam transpostos uma série de obstáculos — que aliás não escaparam à Comissão — quando haja utilização da rede de distribuição pública.

159. Preconizando o estabelecimento ao nível comunitário de um quadro de princípios gerais, a proposta de directiva, «em conformidade com o princípio da subsidiariedade», deixa ao critério dos Estados-membros a determinação do «alcance e natureza dos direitos das empresas de distribuição... bem como das suas obrigações enquanto serviços públicos», nomeadamente no que se refere à segurança da rede, à satisfação da procura e a uma estrutura tarifária destinada a garantir a igualdade de tratamento dos utilizadores ¹²⁵.

162. Em minha opinião, a abertura do mercado do fornecimento de electricidade está sujeita, tendo em conta as especificidades deste serviço de interesse económico geral, ao respeito das quatro exigências, imperativas, seguintes:

- uma obrigação de fornecimento ininterrupto de todos os utilizadores;
- uma igualdade de tratamento entre estes últimos;

122 — Segundo e sexto considerandos.

123 — Décimo considerando.

124 — Artigo 21.º, n.º 2, da proposta.

125 — Décimo sétimo considerando.

126 — V. *Agence Europe* de 19.11.1993, p. 13, e a resposta dada por A. Matutes em nome da Comissão a uma questão escrita de um parlamentar europeu (n.º 827/93) (JO 1993, C 333, p. 14).

- uma prevenção das distorções de concorrência entre produtores;
- uma protecção eficaz do ambiente.

163. Quanto ao primeiro aspecto, a segurança de abastecimento deve ser total: a produção deve, a todo o momento, poder satisfazer a totalidade da procura. Assim, as importações devem ser coordenadas e adaptadas à procura por uma gestão centralizada da rede.

164. Em segundo lugar, a distribuição deve ser assegurada, mais ainda do que no serviço dos correios, «... em benefício de todos os utilizadores, no território (objecto de concessão), a tarifas uniformes e em condições de qualidade similares, sem atender a situações especiais nem ao grau de rentabilidade»¹²⁷. Assim, devem poder ser considerados os custos especiais ligados ao abastecimento em electricidade de consumidores afastados dos centros de produção.

165. Em terceiro lugar, a abertura do mercado de fornecimento de electricidade pressupõe que os produtores estejam situados em condições de concorrência iguais. Com efeito, como colocar o produtor nacional que assume encargos de serviço público, como os

imputáveis à manutenção da rede, ou que suporta imposições elevadas devido à poluição provocada pelas centrais térmicas, em situação de enfrentar normalmente a concorrência de um produtor de um Estado-membro vizinho não sujeito a esses ónus? Do mesmo modo, deve-se admitir que as economias de escala que um produtor realiza possam conduzir a tornar não concorrencial toda a produção nacional de outro Estado-membro? Um produtor nacional que suporte os custos de investimentos a longo prazo que lhe impõe o seu Estado poderá fazer face em igualdade de condições à concorrência de um produtor totalmente independente, preocupado com a rentabilidade a curto prazo?

166. Por último, esta abertura deve poder ser sujeita ao respeito de normas mínimas em matéria de ambiente e de prevenção da poluição.

167. Poder-se-ia ver, nestas condições, a justificação objectiva do monopólio de importação de electricidade que detêm os Estados-membros da Comunidade.

168. No entanto, a existência desse monopólio é *indispensável* para assegurar o respeito das quatro exigências imperativas atrás referidas? Os mesmos objectivos não podem ser atingidos por acordos — ou por uma regulamentação — que perturbem menos o jogo normal da concorrência?

127 — N.º 15 do acórdão Corbeau.

169. Compete ao operador que invoca a excepção do artigo 90.º, n.º 2, justificar a sua aplicação. Consequentemente, compete à IJM demonstrar ao juiz *a quo* que só a proibição de importação e a obrigação de aquisição exclusiva em causa lhe permitem assegurar o respeito das quatro exigências imperativas atrás referidas.

dade, na acepção do artigo 90.º, n.º 2, pela manutenção de monopólios de importações. As propostas operacionais da Comissão relativas às redes transeuropeias no sector da energia que prevêm o desenvolvimento das interconexões entre os Estados-membros apoiam esta opinião ¹²⁸.

170. Por meu turno, saliento que existe, já, uma interdependência das redes na Comunidade. Daqui deduzo que, na fase actual da construção comunitária, o desenvolvimento das trocas comerciais não é afectado numa medida contrária ao interesse da Comuni-

171. Última observação: a grande heterogeneidade das *políticas energéticas* dos Estados-membros exige uma *regulamentação comunitária* do acesso de terceiros à rede através de medidas de *harmonização*. O papel que o artigo 129.º-B confere à Comunidade na matéria confirma tal facto.

172. Consequentemente, proponho ao Tribunal de Justiça que declare que:

- «1) Um órgão jurisdicional nacional que decida de um recurso interposto contra uma decisão arbitral e julgando segundo a equidade é um órgão jurisdicional na acepção do artigo 177.º do Tratado CEE.
- 2) Na ausência, nesta fase, de regulamentação comunitária do acesso de terceiros à rede de distribuição pública, o artigo 90.º, n.º 2, do Tratado CEE, não se opõe ao monopólio de importação de electricidadresultante de um acordo entre empresas e à obrigação de aquisição exclusiva imposta a sociedades locais

128 — V. *Agence Europe* de 20.1.1994, p. 8.

de distribuição de electricidade por sociedades regionais de distribuição, desde que se prove perante o juiz nacional que só essas medidas podem garantir:

- uma obrigação de fornecimento ininterrupto de todos os utilizadores;
- uma igualdade de tratamento entre estes últimos;
- uma prevenção das distorções de concorrência entre produtores;
- uma protecção eficaz do ambiente.»