

## CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL WALTER VAN GERVEN

apresentadas em 16 de Março de 1994 \*

*Senhor Presidente,  
Senhores Juizes,*

1. Os presentes processos apensos dizem respeito a pedidos pelos quais a Secção Económica do Gerechtshof te 's-Hertogenbosch (a seguir «Gerechtshof») convidou o Tribunal de Justiça a pronunciar-se a título prejudicial sobre a compatibilidade da Winkelsluitingswet neerlandesa de 23 de Junho de 1976 <sup>1</sup> (lei relativa ao encerramento dos estabelecimentos comerciais, a seguir «Winkelsluitingswet») com os artigos 30.º a 36.º e 3.º, alínea g), conjugados com os artigos 5.º e 86.º do Tratado CE <sup>2</sup>. As questões submetidas foram suscitadas no âmbito de dois processos penais pendentes no Gerechtshof contra, respectivamente, a Tankstation 't Heukske VOF (a seguir «'t Heukske») e J. B. E. Boermans (a seguir «Boermans»).

2. Em ambos os processos, os factos são muito semelhantes e não são contestados. Em Maio de 1991, funcionários públicos neerlandeses verificaram que dois estabelecimentos comerciais, que fazem parte das estações de serviço 't Heukske e Boermans, situadas ambas num aglomerado, estavam abertos ao público sem que um aviso auten-

ticado tivesse sido aposto em cada entrada pública, em conformidade com o disposto no artigo 2.º, n.º 1, da Winkelsluitingswet. Além disso, os funcionários apuraram que um certo número de produtos «não relacionados com a estrada» eram propostos para venda sem estarem colocados em armários que pudessem ser fechados. Pelo menos, num dos estabelecimentos comerciais, foi apurado que produtos do tabaco não eram vendidos por meio de uma distribuidora automática.

3. 't Heukske e Boermans foram objecto de procedimento criminal e condenados por sentença de 6 de Novembro de 1991 do economische politierechter (juiz de polícia económica) do arrondissements-rechtbank te Roermond. Recorreram dessa condenação para o Gerechtshof, alegando, nomeadamente, que o sistema de encerramento dos estabelecimentos comerciais contido na Winkelsluitingswet e nos seus decretos de aplicação (em especial, os decretos de 6 de Dezembro de 1977 e de 13 de Dezembro de 1988) era contrário ao direito comunitário. Por conseguinte, o Gerechtshof decidiu apresentar ao Tribunal de Justiça as questões prejudiciais seguintes:

«1) As disposições do Tratado CEE, designadamente os artigos 30.º e 36.º e, eventualmente, o artigo 86.º conjugado com os artigos 3.º, alínea f), e 5.º, obstam a que medidas de execução como as

\* Língua original: neerlandês.

1 — Sobre o conteúdo, a génese e as modificações recentes da Winkelsluitingswet, v. Mok, M. R. — «De winkeldeur op een kier», *Sociaal-economische wetgeving*, 1993, pp. 30 a 39.

2 — O artigo 3.º, alínea g), do Tratado CE corresponde ao artigo 3.º, alínea f), do Tratado CEE, mencionado no pedido prejudicial.

previstas no regulamento de execução (alterado) de 6 de Dezembro de 1977 se baseiem numa regulamentação, em si mesma lícita, sobre horários obrigatórios de abertura do comércio, como a prevista na *Winkelsluitingswet* neerlandesa de 1976, medidas em virtude das quais os exploradores de, designadamente, bombas de gasolina, lojas em estações e aeroportos, lojas em hospitais e museus continuam a ser autorizados a propor para venda e a vender artigos de tabaco, bebidas, jornais e revistas, cassetes musicais e produtos alimentares, ao passo que para outros estabelecimentos comerciais, inclusive os especializados, as possibilidades de abertura são mais limitadas?

2) As referidas disposições do Tratado CEE, e outras, devem ser interpretadas no sentido de que se opõem a que os exploradores de bombas de gasolina situadas junto da via pública possam ser objecto de procedimento judicial por força da referida *Winkelsluitingswet* e do referido regulamento de execução, na medida em que aí se encontram previstas regras para as lojas em bombas de gasolina, se as referidas normas:

a) em si mesmas não afectam o horário de abertura das bombas de gasolina contemplando apenas os requisitos e as horas em que determinados bens podem ser propostos para venda nas bombas de gasolina?

b) distinguem entre bombas de gasolina situadas, por um lado, nas estradas nacionais e, por outro, nas restantes vias públicas, no sentido de que aquela categoria goza de maior liberdade do que esta última para propor para venda tabaco e artigos de tabaco?

3) É relevante para responder às questões 2 a) e/ou 2 b) o facto de, entre as duas categorias de bombas de gasolina mencionadas na questão 2 b), existir uma diferença na percentagem que representam no lucro normal, respectivamente, os carburantes e outros produtos, de modo que, no que respeita ao referido lucro, a primeira categoria depende (efectivamente) menos do que a segunda da venda de outros produtos diversos dos carburantes?

4) É relevante para responder às questões 2 a), 2 b) e 3 o facto de, em virtude de uma regulamentação administrativa, eventualmente com a participação de uma comissão de representantes das companhias petrolíferas, a concessão de autorizações para a exploração de bombas de gasolina nas estradas nacionais ter ocorrido de modo tal que foi dada prioridade às companhias petrolíferas que tinham uma quota de mercado relativamente alta?»

4. É de notar que, na primeira questão prejudicial, o Gerechtshof descreve a *Winkelsluitingswet* como uma «regulamentação lícita em si mesma». Poder-se-á deduzir daí que está convencido de que as regulamentações nacionais em matéria de encerramento obrigatório dos estabelecimentos comerciais são, em princípio, compatíveis com o direito comunitário e interroga-se unicamente sobre se este permite que as medidas de aplicação baseadas em tais regulamentações impõem a categorias especiais de comerciantes obrigações mais pesadas que a outras. Com a Comissão, entendemos que há que confrontar com o direito comunitário o conjunto da regulamentação relativa ao encerramento dos estabelecimentos comerciais, incluindo a lei em que se baseiam as medidas de execução.

Em substância, o pedido prejudicial levanta dois problemas. Por um lado, o Gerechtshof deseja saber se o direito comunitário, em especial, os artigos 30.º a 36.º do Tratado CEE, se opõe a uma regulamentação que prevê um encerramento obrigatório dos estabelecimentos comerciais e que opera, nesse quadro, uma distinção entre diferentes categorias de operadores económicos (questão 1). Na prática, como adiante se verá, essa questão tem em vista um tipo bem determinado de produtos, isto é, os artigos de tabaco, cuja colocação à venda é mais limitada para as estações de serviço que pertencem a uma categoria determinada do que para outras (questão 2), ao passo que é precisamente essa categoria de estações de serviço que depende mais, em termos de rentabilidade, da venda de outros produtos que de carburantes (questão 3). Por outro lado, coloca-se a questão de saber se o direito comunitário, e em especial o artigo 86.º conjugado com os artigos 3.º, alínea g), e 5.º do Tratado CEE, se opõe a uma regulamentação de encerramento dos estabelecimentos comerciais que opere as distinções já referi-

das, nomeadamente quando se examine essa regulamentação com referência a uma regulamentação pública em matéria de concessão de licenças para as estações de serviço, que concederia uma vantagem concorrencial a companhias petrolíferas com uma quota de mercado relativamente importante (questão 4).

No seguimento das presentes conclusões, examinaremos em separado essas duas questões, após ter descrito o mais precisamente possível, à luz das observações escritas apresentadas pelas partes, as regulamentações nacionais em causa.

## 1. Descrição das regulamentações nacionais mencionadas na questão prejudicial

### 1. 1. A *Winkelsluitingswet* e os seus decretos de aplicação

5. O artigo 2.º, n.º 1, da *Winkelsluitingswet* proíbe a abertura de um estabelecimento comercial<sup>3</sup> ao público:

«a) se não houver, em cada entrada do estabelecimento destinada ao público, um

3 — O artigo 1.º, n.º 1, da lei define «estabelecimento comercial» como «um espaço fechado, acessível ao público, em que se vendem habitualmente mercadorias aos particulares, sem que esse espaço faça parte de um meio de transporte».

aviso que indique as horas de abertura, afixado de forma a ser facilmente legível do exterior e autenticado pelo burgo-mestre ou em seu nome;

c) ao sábado, após as 17 horas;

d) nos outros dias úteis, após as 18 horas;

e) mais de 52 horas por semana.»

b) fora das horas de abertura indicadas...»

O artigo 3.º, n.º 2, da *Winkelsluitingswet*, que reproduzimos aqui na versão em vigor no momento dos factos do litígio <sup>4</sup>, acrescenta a esse propósito o que se segue:

«Além disso, o aviso não pode ser autenticado se as horas de abertura que são mencionadas previrem que o estabelecimento comercial está aberto ao público:

a) ao domingo;

b) nos dias úteis, antes das 5 horas;

6. Por conseguinte, a *Winkelsluitingswet* limita de três formas as horas de abertura dos estabelecimentos comerciais nos Países Baixos: é fixado um número máximo de horas de abertura *por semana* (52 horas no momento dos factos), há limites *por dia de semana*, dentro dos quais se devem situar as horas de abertura (no momento dos factos: entre 5 horas e 18 horas, nos dias úteis, e entre 5 horas e 17 horas, ao sábado), e há um encerramento obrigatório *ao domingo*. Apesar destas restrições, a *Winkelsluitingswet* deixa uma certa liberdade aos comerciantes, pois estes decidem da forma como repartem, nos períodos de abertura autorizados por dia da semana, o número máximo de horas de abertura por semana. A fim de evitar que essa liberdade conduza ao não respeito das restrições acima descritas, o artigo 2.º, n.º 1, alínea a), da *Winkelsluitingswet* obriga os comerciantes a apor, em cada entrada destinada ao público, um aviso autenticado indicando as horas de abertura.

7. Dois decretos adoptados com base na *Winkelsluitingswet* contêm *derrogações* à regulamentação geral. Um decreto de 14 de Dezembro de 1976 <sup>5</sup>, que prevê as possibi-

<sup>4</sup> — A regulamentação foi alterada com efeitos a partir de 1 de Janeiro de 1993; há, actualmente, um máximo de 55 horas de abertura por semana e os estabelecimentos comerciais podem estar abertos de segunda a sexta-feira, entre as 6 horas e as 18h 30, e ao sábado, entre as 6 horas e as 18 horas. O encerramento obrigatório ao domingo continua integralmente em vigor.

<sup>5</sup> — Decreto relativo à aplicação do artigo 10.º, n.º 3, da *Winkelsluitingswet* de 1976.

lidades de derrogação individual <sup>6</sup>, não é pertinente no caso em apreço. Está, pelo contrário, em causa o decreto de 6 de Dezembro de 1977 «relativo à aplicação do artigo 11.º da Winkelsluitingswet de 1976». Por força desse artigo 11.º, pode ser concedida uma derrogação às proibições previstas na Winkelsluitingswet pela via de uma «disposição administrativa regulamentar». O decreto de 6 de Dezembro de 1977, que é uma disposição administrativa na acepção da lei, concede, nomeadamente, tais derrogações aos museus, às farmácias e aos estabelecimentos comerciais que vendem jornais e periódicos, por exemplo, nas estações, nos aeroportos ou nos hospitais. Por força do artigo 2.º do decreto, podem, em princípio, vender, 24 horas por dia, uma gama de produtos — limitada ou não <sup>7</sup>. A fim de favorecer o transporte rodoviário, foi igualmente prevista uma derrogação condicional em favor das estações de serviço, em conformidade com as modalidades que serão examinadas a seguir.

8. O artigo 3.º, n.º 1, do decreto de 6 de Dezembro de 1977, tal como foi alterado pelo decreto de 13 de Dezembro de 1988 <sup>8</sup>, dispõe:

6 — Na base desse decreto, as comunas podem, por exemplo, conceder derrogações individuais a «estabelecimentos comerciais de abertura nocturna».

7 — A venda pelos museus não foi sujeita à restrição relativa ao sortido de produtos, em virtude de, segundo o Governo neerlandês, a venda de mercadorias ser aí apenas acessória. O sortido de produtos à venda nas farmácias também não é limitado. Com efeito, partiu-se do ponto de vista de que a venda de medicamentos ocupa aí de qualquer forma um lugar central. Além disso, as farmácias trabalham na base de um esquema de abertura, pelo que fazem apenas uso restrito da possibilidade que lhes confere a lei de abrir fora das horas normais. Finalmente, a venda de jornais e de periódicos beneficia da derrogação apenas na condição de o estabelecimento comercial em questão vender esses produtos de maneira exclusiva ou principal.

8 — *Staatsblad* 1988, p. 593. Em aplicação do seu artigo II, este decreto entrou em vigor em 1 de Janeiro de 1989, mas houve, após essa data, um período transitório de dois anos. Não é contestado que o presente litígio se reporta à regulamentação definitiva, tal como entrou em vigor em 1 de Janeiro de 1991.

«As proibições previstas no artigo 2.º, n.º 1, da lei não se aplicam a uma loja de uma estação de serviço situada fora de qualquer aglomerado, na acepção do artigo 8.º da *Wegenverkeerswet* [lei relativa à circulação rodoviária (*Staatsblad* 1953, p. 554)], numa auto-estrada ou numa via rápida, na acepção do capítulo II, n.º 10, do *Reglement Verkeersregels en Verkeerstekens* [regulamento relativo às regras da circulação e à sinalização rodoviária (*Staatsblad* 1966, p. 181)], quando, na referida loja, não há mercadorias postas à venda, vendidas ou entregues que não sejam:

a) carburantes e lubrificantes para veículos ou barcos;

b) artigos destinados ao uso, à limpeza e às reparações urgentes de veículos ou barcos bem como dos seus acessórios;

c) artigos destinados à higiene corporal, alimentos ligeiros, gelados, bebidas não alcoólicas, tabaco, artigos para fumadores, na medida em que é hábito serem consumidos em viagem» <sup>9</sup>.

9 — Antes da alteração introduzida pelo decreto de 13 de Dezembro de 1988, o sortido de mercadorias que podiam ser vendidas 24 horas por dia nas estações de serviço não constituía objecto duma enumeração tão precisa. Nas observações escritas que apresentou perante o Tribunal de Justiça, o Governo neerlandês justifica como se segue a modificação da regulamentação: «Na prática, todavia, o sortido de mercadorias que eram vendidas também à noite e ao domingo, nas estações de serviço, tornou-se cada vez maior. Isto deu lugar a queixas compreensíveis, por concorrência desleal, provenientes, entre outros, do sector da distribuição alimentar e dos retalhistas do tabaco, o que, a seguir, conduziu a uma adaptação do regime em causa».

Por força desta disposição, *asestações de serviço situadas numa auto-estrada ou numa via rápida e fora de qualquer aglomerado*<sup>10</sup>, bem como as lojas ligadas a estas estações, podem estar abertas dia e noite e vender certos artigos «relacionados com a estrada», como a gasolina e os artigos para fumadores. Pelo contrário, para os produtos «não relacionados com a estrada», a regulamentação geral continua aplicável: podem ser vendidos apenas dentro de um número limitado de horas de abertura, que devem, além disso, ser indicadas em cada entrada dos estabelecimentos comerciais destinada ao público. Fora das horas de abertura indicadas, os produtos não relacionados com a estrada devem ser conservados num armário que possa ser fechado.

9. O artigo 3.º, n.º 2, do decreto de 6 de Dezembro de 1977, igualmente alterado pelo decreto de 13 de Dezembro de 1988, contém a regulamentação aplicável a *todas as outras estações de serviço*. É formulada de uma forma exactamente idêntica à regulamentação que figura no n.º 1, com reserva todavia de que no, ponto c), seja previsto que o tabaco e os artigos para fumadores só podem ser vendidos fora das horas normais de abertura «por meio de uma distribuidora automática».

Para justificar essa diferença — muito limitada, é certo — entre as estações de serviço situadas fora de qualquer aglomerado nas

auto-estradas ou nas vias rápidas e as que não o estão, a exposição de motivos do decreto de 13 de Dezembro de 1988 indica que a concessão de uma derrogação ilimitada a todas as estações de serviço para a venda de produtos do tabaco «provocaria distorções de concorrência em relação ao comércio a retalho do tabaco». Nas suas observações escritas, o Governo neerlandês explicitou este ponto da forma seguinte:

«A organização do sector dos retalhistas de tabaco considera que a venda de tabaco e de produtos do tabaco nas estações de serviço cria uma distorção da concorrência nos aglomerados, mas não nas estradas principais. A manutenção da situação antiga<sup>11</sup>, isto é, a venda por distribuidoras automáticas, não criava problemas no sector. Para as estações situadas na rede das estradas principais, essas objecções não se aplicavam. Resulta daí que a venda de tabaco e de produtos do tabaco não é proibida em nenhuma estação de serviço, mas que são somente as condições dessa venda que são regulamentadas.»

1. 2. *A legislação neerlandesa em matéria de concessão de licenças de exploração de estações de serviço*

10. Desde 1972, os titulares de licenças de *estações de serviço situadas nas estradas nacio-*

10 — O Gerechtshof e as partes 't Heuvske e Boermans designam estas estações de serviço como as «estações de serviço situadas nas estradas nacionais». Todavia, o Governo neerlandês sublinha, com razão, «que não se faz qualquer distinção entre as estradas nacionais e as outras vias».

11 — Por «situação antiga», o Governo neerlandês entende manifestamente a situação anterior à entrada em vigor, em 1 de Janeiro de 1991, do decreto de 13 de Dezembro de 1988.

*nais*<sup>12</sup> são designados pelo ministro para os Assuntos Económicos neerlandês, sob proposta de uma comissão dita «das estações de serviço situadas nas estradas nacionais»<sup>13 14</sup>. Após a concessão da licença, o Estado conclui com o titular um contrato de direito privado que incide sobre o uso do terreno que lhe pertence, no qual a estação de serviço deve ser construída.

Além de um titular de licença, o ministro para os Assuntos Económicos designa também, para cada estação de serviço a abrir, um explorador independente que a explorará. Em seguida, o titular de licença e o explorador devem concluir um contrato denominado «contrato-tipo de exploração»<sup>15</sup>, no qual é estipulado que o explorador que vende mais carburante que uma quantidade previamente determinada pagará por isso uma compensação ao titular de licença<sup>16</sup>. As

receitas provenientes da venda na loja não são abrangidas de forma nenhuma no contrato-tipo de exploração.

11. Além disso, resulta das Regels ten aanzien van de uitgifte en exploitatie van benzinstations langs Rijkswegen (normas que regem a concessão e a exploração de estações de serviço nas estradas nacionais), em vigor nos Países Baixos desde 26 de Junho de 1972, que, para efeitos da concessão de licenças relativas às estações de serviço situadas nas estradas nacionais, se têm em conta as quotas de mercado dos candidatos a essas licenças. A esse propósito, os n.ºs 2 e 5 das Regels dispõem nomeadamente:

- «2. Podem obter uma licença de exploração de estações de serviço situadas nas estradas nacionais as companhias petrolíferas, estabelecidas nos Países Baixos, que satisfaçam as seguintes condições:

— deter uma quota no mercado neerlandês da gasolina (*quota de mercado*) de pelo menos 1%;

— dispor de uma rede de distribuição nacional;

— ter a garantia de uma continuidade suficiente no abastecimento em produtos necessários.

12 — Contrariamente à Winkelsluitingswet e aos seus decretos de aplicação (v. nota 10, *supra*), a legislação em matéria de concessão de licenças para as estações de serviço utiliza portanto justamente como critério a distinção «estradas nacionais — outras estradas».

13 — V. o artigo 5.º, último parágrafo, das Regels ten aanzien van de uitgifte en exploitatie van benzinstations langs Rijkswegen (normas que regem a concessão e a exploração de estações de serviço nas estradas nacionais): «Num prazo razoável, a comissão dirigirá ao ministro para os Assuntos Económicos uma proposta fundamentada de atribuição do lugar de implantação disponível. No caso de este aderir a essa proposta, dará parecer em conformidade ao ministro dos Transportes e das Obras Públicas, que se encarregará de emitir as licenças a conceder com base no Rijkswegenreglement (regulamento relativo às estradas nacionais)... Se o ministro para os Assuntos Económicos não der o seu acordo sobre a proposta da comissão, concertar-se-á com esta».

14 — Nenhuma parte no processo indica a composição precisa dessa comissão. As companhias petrolíferas estão de qualquer forma representadas, tal como resulta do pedido de decisão prejudicial. Por outro lado, o Governo neerlandês observa que «o parecer emitido pela comissão recebeu sempre o acordo de todas as companhias em causa».

15 — Nos termos do artigo 4.º, alínea d), de uma comunicação de 7 de Novembro de 1972.

16 — Inversamente, o titular de licença deve indemnizar o explorador por aquilo que ele vende a menos em relação ao que tinha sido acordado previamente.

Para efeitos da *determinação da quota de mercado*, calcula-se a percentagem que representa a quantidade de gasolina (normal e super) vendida nos Países Baixos ao longo do ano imediatamente anterior, por uma companhia sob a sua própria marca em estações de serviço livremente acessíveis ao público, em relação à quantidade total de gasolina vendida nos Países Baixos ao longo desse mesmo ano.

5. Quando houver lugares de implantação disponíveis para estações de serviço com vista à atribuição, a comissão 'Benzinestations langs Rijkswegen' (estações de serviço situadas nas estradas nacionais) recebe um parecer do ministro para os Assuntos Económicos. A tarefa da comissão consiste em aconselhar o ministro para os Assuntos Económicos no que toca à repartição dos locais de implantação disponíveis entre as sociedades participantes. *Essa repartição entre as sociedades participantes opera-se tendo em conta as quotas de mercado determinadas em conformidade com o n.º 2 das presentes normas.* O presidente da comissão 'Benzinestations langs Rijkswegen' pode intervir na qualidade de mediador tanto na determinação das quotas de mercado da sociedade participante como na preciação do volume de negócios previsível das estações de serviço a repartir». (sublinhado por nós)

Resulta também desta citação que, para a determinação das quotas de mercado, se tem unicamente em conta a venda de carburantes

e não a de outros produtos vendidos eventualmente em estabelecimentos comerciais.

12. As províncias neerlandesas decidem da concessão de licenças para as *estações de serviço situadas nas estradas que não as estradas nacionais*. Para essas estações de serviço, as relações entre o titular de licença e o explorador são reguladas numa base contratual, sem intervenção dos poderes públicos.

**2. Quanto ao alcance dos artigos 30.º a 36.º do Tratado CEE para as medidas nacionais que regulamentam as horas de abertura dos estabelecimentos comerciais**

2.1. *A jurisprudência do Tribunal de Justiça em matéria de medidas nacionais «sem distinção» antes do acórdão Keck e Mithouard*

13. No passado, o Tribunal de Justiça pronunciou-se, em várias ocasiões, sobre a compatibilidade com os artigos 30.º e 36.º do Tratado CEE de medidas nacionais que regulamentam as horas de abertura dos estabelecimentos comerciais. Examinou nomeadamente, nesse quadro, o artigo 47.º do Shops Act 1950 britânico, que dispõe que os estabelecimentos comerciais devem estar encerrados ao público ao domingo. No acórdão de 23 de Novembro de 1989, Torfaen, o Tri-

bunal de Justiça pronunciou-se como se segue:

«O artigo 30.º do Tratado deve ser interpretado no sentido de que a proibição nele prevista não se aplica a uma regulamentação nacional que proíbe a abertura ao domingo de lojas de venda a retalho *quando os efeitos restritivos que dela possam resultar para as trocas comerciais comunitárias não ultrapassem o âmbito dos efeitos específicos de uma regulamentação desse tipo*»<sup>17</sup>. (sublinhado por nós)

Esse acórdão foi interpretado de formas divergentes em certo número de Estados-membros, o que deu lugar a novos pedidos de decisão prejudicial. Em acórdãos proferidos em 16 de Dezembro de 1992<sup>18</sup>, o Tribunal de Justiça confirmou o seu acórdão Torfaen, não retomando todavia a passagem dele acima sublinhada. Pronunciou-se nesse sentido após ter reconhecido que as diferentes legislações nacionais respeitantes ao encerramento dominical de estabelecimentos comerciais não tinham por objecto reger as trocas comerciais e que não tornavam a comercialização dos produtos provenientes de outros Estados-membros mais difícil que a dos pro-

ductos nacionais<sup>19</sup>. O Tribunal de Justiça prosseguiu nestes termos:

«Além disso... o Tribunal de Justiça reconheceu que as regulamentações em apreço prosseguiam um objectivo justificado à luz do direito comunitário. Com efeito, as regulamentações nacionais que restringem a abertura dos estabelecimentos comerciais ao domingo constituem a expressão de determinadas opções, relacionadas com as especificidades socioculturais nacionais ou regionais. Compete aos Estados-membros efectuar essas opções no respeito das exigências impostas pelo direito comunitário e, designadamente, pelo princípio da proporcionalidade»<sup>20</sup>.

14. O caso que nos ocupa diferencia-se dos processos já referidos, pelo facto de dizer respeito não a uma obrigação de encerramento dominical — as infracções que deram lugar aos processos penais foram, aliás, constatadas num dia de semana —, mas à forma como uma regulamentação geral de encerramento dos estabelecimentos comerciais é aplicada a determinada categoria de operadores económicos.

Todavia, tal não é a principal razão pela qual a jurisprudência referida não pode pura e simplesmente ser aqui aplicada. Essa razão está no acórdão de 24 de Novembro de 1993, Keck e Mithouard<sup>21</sup>, em que o Tribunal de Justiça reexaminou, em parte, a sua jurisprudência sobre o alcance do artigo 30.º do Tratado CEE. Em virtude do carácter ainda incerto do alcance desta mudança de posição, submeteremos, no seguimento das presentes

17 — Torfaen Borough Council/B & Q plc (C-145/88, Colect., p. 3851, dispositivo). V. igualmente os acórdãos de 28 de Fevereiro de 1991, Conforama e outros (C-312/89, Colect., p. I-997), e Marchandise e outros (C-332/89, Colect., p. I-1027), em que o Tribunal de Justiça decidiu que a proibição prevista pelo artigo 30.º do Tratado não se aplicava a uma regulamentação nacional que proibia ocupar trabalhadores, respectivamente, ao domingo e ao domingo após as 12 horas.

18 — Processos Payless (C-304/90, Colect., p. I-6493) e B & Q (C-169/91, Colect., p. I-6635). No processo Anders (C-306/88, Colect., p. I-6457), o Tribunal entendeu que não havia «que responder às questões submetidas».

19 — Acórdão B & Q (já referido, n.º 9 a 10).

20 — Acórdão B & Q (já referido, n.º 11).

21 — C-267/91 e C-268/91, Colect., p. I-6097.

conclusões, o acórdão a um exame mais aprofundado. Todavia, pretendíamos, antes de mais, como ponto de partida, lembrar a jurisprudência anterior do Tribunal de Justiça.

15. Desde o acórdão de 11 de Julho de 1974, *Dassonville*, o Tribunal de Justiça julgou sempre que não somente medidas nacionais discriminatórias mas igualmente medidas não discriminatórias podiam constituir «medidas de efeito equivalente a uma restrição quantitativa à importação», na acepção do artigo 30.º do Tratado. Para isso, é necessário que sejam «susceptíveis de entrar directa ou indirectamente, actual ou potencialmente, o comércio intracomunitário»<sup>22</sup>. Por medidas nacionais discriminatórias, entendemos medidas que se aplicam apenas às importações ou que tratam os produtos importados de modo diferente dos produtos nacionais. Pelo contrário, as medidas nacionais não discriminatórias são as aplicáveis sem distinção às mercadorias nacionais e às mercadorias importadas de outros Estados-membros. No seguimento das presentes conclusões, designá-las-emos pela expressão «medidas sem distinção»<sup>23</sup>.

Medidas discriminatórias podem apenas ser justificadas com base num dos motivos de justificação definidos no artigo 36.º do Tratado CEE. Na ausência de uma harmoni-

zação da regulamentação a nível europeu, medidas sem distinção podem igualmente ser justificadas por «exigências imperativas». No acórdão de 20 de Fevereiro de 1979, dito «*Cassis de Dijon*», *Rewe-Zentral*, este princípio foi enunciado como se segue:

«que os obstáculos à livre circulação intracomunitária resultantes de disparidades de legislações nacionais relativas à comercialização dos produtos em causa devem ser aceites na medida em que essas restrições podem ser reconhecidas como sendo necessárias para satisfazer exigências imperativas que se prendam, nomeadamente, com a eficácia dos controlos fiscais, a protecção da saúde pública, a lealdade das transacções comerciais e a defesa dos consumidores»<sup>24</sup>.

16. As medidas nacionais sem distinção às quais o Tribunal de Justiça aplicou o artigo 30.º do Tratado CEE no acórdão «*Cassis de Dijon*» e, na sequência deste, em numerosos acórdãos posteriores<sup>25</sup>, dizem respeito às condições de produção ou de distribuição a que, segundo a expressão utilizada no acórdão *Keck e Mithouard*, «essas mercadorias devem obedecer (tais como as relativas às

22 — Acórdão de 11 de Julho de 1974, *Dassonville* (8/74, Recueil, p. 837, n.º 5).

23 — A expressão «medidas sem distinção» é preferível à de «medidas não discriminatórias», dado que, como resultará mais adiante (n.º 23), estas últimas medidas podem, apesar de tudo, ser ainda abrangidas pela proibição do artigo 30.º, em virtude dos seus efeitos discriminatórios.

24 — Acórdão de 20 de Fevereiro de 1979, *Rewe-Zentral* (120/78, Recueil, p. 649, n.º 8). Esse acórdão não declarou expressamente que essa possibilidade de justificação não existisse para as medidas discriminatórias, mas tal foi feito, por exemplo, no acórdão de 17 de Junho de 1981, *Comissão/Irlanda* (113/80, Recueil, p. 1625, n.º 11).

25 — Como exemplos conhecidos e recentes, podem citar-se os acórdãos de 12 de Março de 1987, *Comissão/Alemanha* (178/84, Colect., p. 1227) («*Reinheitsgebot*» para a cerveja), e de 23 de Fevereiro de 1988, *Comissão/França* (216/84, Colect., p. 793) (proibição de comercializar produtos sucedâneos do leite em pó e do leite concentrado); acórdãos de 14 de Julho de 1988, *J. Glocken e outras* (407/85, Colect., p. 4233), e *Zoni* (90/86, Colect., p. 4285) (obrigação de utilizar exclusivamente trigo duro na produção de massas alimentícias); e acórdão de 2 de Fevereiro de 1989, *Comissão/Alemanha* (274/87, Colect., p. 229) (proibição de comercializar carne contendo ingredientes estranhos à carne).

suas designação, forma, dimensões, peso, composição, apresentação, rotulagem e acondicionamento)»<sup>26</sup>. Essas prescrições, que designaremos, no seguimento das presentes conclusões, pela expressão «prescrições relativas aos produtos», dizem respeito, por outras palavras, às características intrínsecas ou extrínsecas dos produtos.

Todavia, no próprio processo Keck e Mithouard, o Tribunal de Justiça não tinha de decidir quanto a uma tal prescrição relativa aos produtos. Tratava-se, neste processo, de uma outra categoria de medidas nacionais sem distinção, mais precisamente, da categoria de medidas que proíbem ou restringem um determinado método de promoção de vendas. A propósito dessa categoria de medidas e daquelas, equiparadas a essas medidas na sua jurisprudência, que proíbem ou restringem certas formas de publicidade, o Tribunal de Justiça, desde o seu acórdão de 15 de Dezembro de 1982, Oosthoek — proferido a propósito de uma regulamentação neerlandesa que proibia a oferta de livros como prémio aos compradores de enciclopédias —, tinha-se pronunciado como se segue:

«Uma legislação que limite ou proíba certas formas de publicidade e certos meios de promoção de vendas, se bem que não condicione directamente as importações, pode ser susceptível de restringir o volume destas pelo facto de afectar as possibilidades de comercialização em relação aos produtos importados. Não poderá excluir-se a possibilidade de que o facto de um operador interessado ser constrangido quer a adoptar sistemas diferentes de publicidade ou de promoção de vendas em função dos Estados-membros em causa, quer a abandonar um sistema que julgue particularmente eficaz, possa constituir um obstáculo às importações, mesmo que tal legislação se aplique indistintamente aos produtos nacionais e aos produtos importados»<sup>27</sup>.

Por outras palavras, trata-se de medidas nacionais que dizem respeito a métodos de promoção de vendas e a formas de publicidade<sup>28</sup>.

26 — Acórdão Keck e Mithouard (já referido, n.º 15). Essa formulação inspira-se manifestamente no artigo 3.º da Directiva 70/50/CEE da Comissão, de 22 de Dezembro de 1969, baseada nas disposições do artigo 33.º, n.º 7, relativo à supressão das medidas de efeito equivalente a restrições quantitativas à importação não referidas por outras disposições adoptadas por força do Tratado CEE (JO 1970, L 13, p. 29). Por força dessa disposição, a Directiva 70/50 tem em vista as medidas que regem a comercialização dos produtos, relativas, nomeadamente, à forma, às dimensões, ao peso, à composição, à apresentação, à identificação, ao acondicionamento, aplicáveis indistintamente aos produtos nacionais e aos produtos importados, cujos efeitos restritivos sobre a circulação de mercadorias ultrapassem o quadro dos efeitos próprios de uma regulamentação de comércio». O Tribunal de Justiça referiu-se em numerosas ocasiões ao artigo 3.º, v., em particular, os acórdãos de 23 de Novembro de 1971, Bock (62/70, Recueil, p. 897, n.º 17); de 30 de Abril de 1974, Sacchi (155/74, Recueil, p. 409, n.º 8); de 31 de Março de 1982, Blesgen (75/81, Recueil, p. 1211, n.º 8); e acórdão Torfaen (já referido, n.º 15).

27 — Acórdão de 15 de Dezembro de 1982 (286/81, Recueil, p. 4575, n.º 15).

28 — Entre os outros acórdãos relativos a medidas nacionais que proíbem ou restringem, sem distinção, formas de publicidade, podem, por exemplo, citar-se os acórdãos de 7 de Março de 1990, GB-INNO-BM (C-362/88, Colect., p. I-667) (proibição de mencionar o preço anterior a uma promoção); de 12 de Dezembro de 1990, SARPP (C-241/89, Colect., p. I-4695) (proibição de fazer figurar, numa publicidade de edulcorantes de síntese, uma menção que faça pensar na palavra «açúcar»); de 25 de Julho de 1991, Aragonesa de Publicidad Exterior e Publivia (C-1/90 e C-176/90, Colect., p. I-4151) (proibição da publicidade para as bebidas de forte teor em álcool); de 18 de Maio de 1993, Yves Rocher (C-126/91, Colect., p. I-2361) (proibição de uma publicidade que compara o preço actual com um preço anterior praticado pelo mesmo operador económico). A título de exemplos de acórdãos que tratam, como o acórdão Keck e Mithouard, de medidas nacionais sem distinção que restringem os métodos de venda, podem citar-se os acórdãos de 16 de Maio de 1989, Buet (382/87, Colect., p. 1235) (colportage); e de 30 de Abril de 1991, Boscher (C-239/90, Colect., p. I-2023) (obrigação de inscrição no registo comercial em caso de venda em leilão). Finalmente, o n.º 15 do acórdão Oosthoek foi igualmente confirmado no acórdão de 21 de Março de 1991, Delattre (C-369/88, Colect., p. I-1487, n.º 50) (monopólio de venda dos farmacêuticos), e no acórdão de 21 de Março de 1991, Monteil e Samanni (C-60/89, Colect., p. I-1547, n.º 37) (*idem*).

17. Além destas duas categorias, isto é, as prescrições relativas aos produtos e as relativas à promoção de vendas e à publicidade — as duas únicas de que se trata no acórdão Keck e Mithouard —, muitas outras categorias de medidas nacionais sem distinção foram ainda submetidas, na abundante jurisprudência do Tribunal de Justiça, a um controlo com base no artigo 30.º do Tratado CEE. Trata-se, nomeadamente, de medidas que — sempre sem fazer distinção entre os produtos nacionais e importados — proíbem totalmente<sup>29</sup> a venda ou a comercialização<sup>30</sup> de produtos, ou ainda proíbem-nas na ausência de registo<sup>31</sup>, na ausência de aprovação<sup>32</sup>, ou para lá de uma quantidade determinada<sup>33</sup>, ou que dizem respeito às circunstâncias de lugar ou de tempo em que se efectua a venda ou a comercialização<sup>34</sup>, à qualidade das partes implica-

das na transacção, do lado da oferta ou da procura<sup>35</sup>, ou ao nível do preço<sup>36</sup>.

Não temos a intenção de examinar, nas presentes conclusões, os efeitos do artigo 30.º sobre cada uma dessas categorias de medidas nacionais sem distinção (que nem sequer enumerámos de maneira exaustiva e que não se podem delimitar de forma precisa) após o acórdão Keck e Mithouard (v., no entanto, o n.º 27, *supra*). Supomos que o Tribunal de Justiça será confrontado com este problema em processos posteriores. Aqui, é-nos necessário somente examinar a incidência do acórdão sobre a apreciação das medidas em causa no presente processo, que são medidas relativas ao momento da venda e à maneira como tem lugar. Parece-nos todavia útil, previamente, situar num contexto um pouco mais amplo o alcance do acórdão Keck e Mithouard, tal como a mudança de posição por ele operada.

29 — V., por exemplo, o acórdão de 11 de Julho de 1985, Cinéthèque (60/84 e 61/84, Recueil, p. 2605) (proibição temporária de difusão de videocassetes e de videodiscos).

30 — Falamos aqui da venda «ou da comercialização», porque produtos podem igualmente ser distribuídos por meio, por exemplo, de contratos de *leasing*. V. Mortelmans, K. J. M. — «Arukel 30 EG. Verduidelijking van de Dassonville-formule en van de Cassis de Dijon-rechtspraak» (nota ao acórdão Keck e Mithouard), *Sociaal-Economische Wetgeving*, 1994, pp. 115,122.

31 — V., por exemplo, o acórdão de 30 de Novembro de 1983, Van Bennekom (277/82, Recueil, p. 3883) (proibição de comercializar vitaminas sem registo prévio).

32 — V., nomeadamente, os acórdãos de 13 de Dezembro de 1991, GB-Inno-BM (C-18/88, Colect., p. I-5941) (processo de aprovação de aparelhos telefónicos sem possibilidade de recurso jurisdicional); e de 27 de Outubro de 1993, Lagache e o. (C-46/90 e C-93/91, Colect., p. I-5267) (aprovação de aparelhos de radiocomunicação).

33 — No acórdão de 30 de Outubro de 1974, Van Haaster (190/73, Recueil, p. 1123, n.º 25), o Tribunal de Justiça decidiu que uma organização nacional que tem por objecto o contingentamento da produção afectava potencialmente o regime de trocas comerciais no interior da Comunidade e devia, por isso, ser considerada como uma medida de efeito equivalente a uma restrição quantitativa. No acórdão de 25 de Novembro de 1986, Forest (148/85, Colect., p. 3449), julgou que uma regulamentação nacional que tem por objecto o contingentamento da produção de farinha, que se aplica tanto à moagem de trigo produzido no país como à do trigo importado, não afectava as trocas comerciais intra-comunitárias e não era por isso contrário ao artigo 30.º do Tratado CEE.

34 — V., nomeadamente, os acórdãos de encerramento dominical, já referidos nas notas 17 e 18.

## 2.2. O alcance do acórdão Keck e Mithouard

18. No processo Keck e Mithouard, o Tribunal de Justiça tinha de se pronunciar sobre a

35 — V., recentemente, o acórdão de 25 de Maio de 1993, LPO (C-271/92, Colect., p. I-2899) (regulamentação que reserva a venda de certos produtos ópticos — nacionais e importados — aos titulares do diploma de técnico de óptica ocular).

36 — Segundo o Tribunal de Justiça, uma regulamentação nacional do preço aplicável sem distinção aos produtos nacionais e importados pode ser contrária ao artigo 30.º do Tratado CEE se tiver por consequência que os produtos importados não podem ser vendidos com lucro (preço máximo demasiado baixo) ou vejam desaparecer a sua vantagem concorrencial decorrente do seu preço de custo inferior (preço mínimo demasiado elevado). V., nomeadamente, os acórdãos de 26 de Fevereiro de 1976, Tassa (65/75, Recueil, p. 291, n.º 27); de 24 de Janeiro de 1978, Van Tiggele (82/77, Recueil, p. 25, n.º 14); e de 7 de Maio de 1991, Comissão/Bélgica (C-287/89, Colect., p. I-2233, n.º 17).

interpretação do artigo 30.º do Tratado CEE a propósito de uma lei francesa que proíbe a revenda com prejuízo. Trata-se portanto de uma legislação que proibia um dado método de promoção de vendas. No seu acórdão, o Tribunal de Justiça não diz que deseja desviar-se da definição da noção de «medida de efeito equivalente» dada no acórdão Dassonville, bem pelo contrário. Todavia, aplica essa definição de forma integral apenas às prescrições relativas aos produtos, perguntando-se em seguida em que medida é aplicável às «disposições nacionais que limitam ou proíbem certas formas de venda».

limitam ou proíbem determinadas formas de venda a produtos provenientes de outros Estados-membros não é susceptível de entrar directa ou indirectamente, actual ou potencialmente, o comércio entre os Estados-membros na acepção da jurisprudência Dassonville..., desde que se apliquem a todos os operadores interessados que exerçam a sua actividade no território nacional e desde que afectem da mesma forma, tanto jurídica como factualmente, a comercialização dos produtos nacionais e dos provenientes de outros Estados-membros»<sup>37</sup>. (sublinhado por nós)

Após ter salientado o que se segue no n.º 13:

e conclui no n.º 17:

«É verdade que essa legislação é susceptível de restringir o volume das vendas e, por conseguinte, o volume das vendas dos produtos importados de outros Estados-membros, na medida em que priva os operadores de um método de promoção de vendas. Convém, no entanto, questionarmo-nos sobre se essa eventualidade basta para qualificar a legislação em causa de medida de efeito equivalente a uma restrição quantitativa à importação.»

«Com efeito, desde que essas condições se encontrem satisfeitas, a aplicação de regulamentações desse tipo à venda de produtos provenientes de outros Estados-membros que obedecem às regras aprovadas por esse Estado não é susceptível de impedir o seu acesso ao mercado ou de perturbá-lo mais do que perturba o dos outros produtos nacionais. Essas regulamentações escapam portanto ao âmbito de aplicação do artigo 30.º do Tratado.»

o Tribunal de Justiça declara o que se segue no n.º 16:

19. Precisemos previamente que essa decisão não atenta contra o princípio de que as medidas nacionais que operam uma discriminação face a produtos provenientes de outros Estados-membros em relação aos produtos nacionais só podem ser justificadas com base nos motivos enumerados no artigo 36.º do

«Em contrapartida, impõe-se considerar que, contrariamente ao que até agora foi decidido, a aplicação de disposições nacionais que

37 — Nota relativa exclusivamente à versão neerlandesa das presentes conclusões.

Tratado CEE. Também não atenta contra a norma decorrente do acórdão Dassonville, segundo a qual as medidas nacionais sem distinção que *não* são susceptíveis de entrar, directa ou indirectamente, actual ou potencialmente, o comércio intracomunitário, não cabem de forma nenhuma no âmbito do artigo 30.º do Tratado CEE<sup>38</sup>. Além disso, o acórdão não é portador de modificação no que toca às *prescrições relativas aos produtos* aplicáveis sem distinção aos produtos nacionais e importados. Essas prescrições cabem, em princípio, no âmbito da proibição do artigo 30.º do Tratado CEE, tal como interpretada na jurisprudência Dassonville e na jurisprudência «Cassis de Dijon», *a menos que*, na ausência de uma harmonização ao nível europeu, possam ser justificadas com base numa «exigência imperativa» reconhecida pelo direito comunitário e sejam proporcionadas, isto é, que não vão além do necessário para satisfazer tal exigência.

É todavia novo o facto de que as medidas nacionais que limitam ou proíbem certos métodos de venda ou de comercialização — ou mais amplamente: certas condições de venda ou de comercialização<sup>39</sup> — não cabem no âmbito da jurisprudência Dassonville e não caem, portanto, na alçada da proibição do artigo 30.º, *desde que se apliquem a todos os operadores económicos que exerçam a sua actividade no território nacional e desde que afectem da mesma maneira, de direito e de*

facto, a comercialização dos produtos nacionais e a dos provenientes de outros Estados-membros.

20. No acórdão Keck e Mithouard, o Tribunal de Justiça não diz *porque* é que a proibição de princípio enunciada no artigo 30.º do Tratado CEE afecta doravante de maneira diferente as prescrições relativas aos produtos, por um lado, e as regulamentações que, como aquela sobre a qual tinha de se pronunciar, dizem respeito a um método de promoção de vendas, por outro. Enquanto é praticamente evidente que as primeiras caem na alçada dessa proibição de princípio (à qual podem ainda escapar por aplicação de uma «rule of reason»), as segundas só caem nesse âmbito se resultar que não preenchem as duas condições, introduzidas pela conjunção «desde que», que foram acima mencionadas. Essa distinção pode ser posta em relação com a explicação que figura no n.º 17 do acórdão, segundo a qual, quando essas condições estejam preenchidas, a aplicação da regulamentação nacional em causa «à venda de produtos provenientes de outros Estados-membros que obedeçam às regras aprovadas por esse Estado-membro não é susceptível de *impedir o seu acesso ao mercado ou de perturbá-lo mais do que perturba* o dos produtos nacionais». (sublinhado por nós)

38 — V., por exemplo, os acórdãos de 14 de Julho de 1981, Oebel (155/80, Recueil, p. 1993) (proibição do trabalho nocturno nas padarias); de 31 de Março de 1982, Blesgen (75/81, Recueil, p. 1211) (restrições à comercialização das bebidas espirituosas); e de 11 de Julho de 1990, Quietlynn (C-23/89, Colect., p. I-3059) (proibição da venda de artigos pornográficos em estabelecimentos não autorizados).

39 — Nota relativa exclusivamente à versão neerlandesa das presentes conclusões.

À luz disto, compreendemos como se segue a distinção operada pelo Tribunal de Justiça: enquanto as prescrições relativas aos produtos têm, *por natureza*, por efeito, no que toca aos produtos importados, «impedir o seu acesso ao mercado ou perturbá-lo mais do

que perturba o dos produtos nacionais», tal não é, em contrapartida, o caso das prescrições nacionais relativas a métodos de promoção de vendas. Com efeito, as prescrições relativas aos produtos entram por natureza o acesso ao mercado do Estado-membro regulamentador *porque* têm por consequência que um produto legalmente fabricado no Estado-membro de origem e comercializado, por importação, num outro Estado-membro deve ser adaptado às prescrições relativas aos produtos em vigor neste último Estado e têm, por isso, por efeito impor, em violação do princípio, sublinhado desde o acórdão «Cassis de Dijon», do reconhecimento mútuo das legislações, que o produto em questão satisfaça as exigências de duas legislações diferentes. Em razão dos custos que isto implica, impõe-se ao produtor, aquando da importação, um *encargo suplementar*<sup>40</sup>, que tem quase certamente por efeito entrar o acesso ao mercado dos produtos importados, ou mesmo, quando esses custos são proibitivos, torná-lo impossível. Não acontece da mesma forma com regulamentações que proíbem ou limitam os métodos de promoção de vendas: tais regulamentações não têm normalmente por consequência impor que os produtos importados aos quais se aplicam sejam adaptados, no que toca às suas características intrínsecas ou extrínsecas, às exigências da legislação do Estado de importação (o facto de dever utilizar métodos de venda diferentes de um Estado-membro para outro pode por certo também provocar custos suplementares, mas seguramente em grau

menor<sup>41</sup>). Resulta que, segundo a nova jurisprudência, essas disposições escapam, em princípio, à proibição do artigo 30.º do Tratado CEE.

21. Ainda que seja justamente na importância dos entraves que afectam o acesso ao mercado dos produtos importados que o Tribunal de Justiça, no seu acórdão Keck e Mithouard, baseia a diferença de tratamento entre as prescrições relativas aos produtos (a propósito das quais a redução do acesso é, por assim dizer, presumida) e as medidas que dizem respeito aos métodos ou condições de venda (para as quais essa redução não é presumida mas deve ser demonstrada), é necessário então igualmente interpretar à luz desse critério as duas condições introduzidas pelo «desde que», que mencionámos anteriormente (no n.º 19).

Isto significa, no que toca à *primeira* condição — segundo a qual a regulamentação em causa deve aplicar-se a «todos os operadores em causa que exerçam a sua actividade no território nacional»<sup>42</sup> — que esses termos devem ser interpretados no sentido de que a regulamentação nacional, para escapar à proibição do artigo 30.º do Tratado CEE, não pode, em aspecto algum, perturbar mais o

40 — V., em relação com as prestações de serviços que caem no âmbito do artigo 59.º do Tratado CEE, o acórdão de 3 de Fevereiro de 1982, Seco (62/81 e 63/81, Recueil, p. 223, n.º 9): «Com efeito, em tais condições, a regulamentação do Estado em que se efectua a prestação revela-se economicamente como um encargo suplementar para as entidades patronais estabelecidas num outro Estado-membro, as quais são de facto mais oneradas que os prestadores estabelecidos no território nacional».

41 — V. o n.º 22 das conclusões do advogado-geral Tesouro, no processo Hünermund, citado na nota 56, *infra*: «Se é verdade, com efeito, que a proibição de recorrer a um método determinado de venda, como por exemplo a venda porta a porta, não prejudica os produtos importados, do mesmo modo que não torna o acesso ao mercado mais difícil para os produtos enquanto tais, é igualmente verdade que tal proibição pode obrigar o operador interessado a *modificar uma estratégia de venda legalmente aplicada no Estado-membro de origem, a ponto de tornar menos atraente o acesso ao mercado do Estado no qual a proibição se aplica e, por conseguinte, de constituir, sob este aspecto, um 'entranve' à circulação intracomunitária de produtos*».

42 — Nota relativa exclusivamente à versão neerlandesa das presentes conclusões.

acesso dos operadores económicos de outros Estados-membros ao mercado do Estado-membro regulamentador do que perturba o dos operadores nacionais. Pelo contrário, o artigo 30.º do Tratado CEE não se opõe a um tratamento diferente de categorias de operadores económicos nacionais (por exemplo, de importadores e de fabricantes estabelecidos no Estado-membro e que aí exerçam as suas actividades)<sup>43</sup>, na condição, pelo menos, de que a regulamentação em causa não afecte diferentemente a comercialização dos produtos nacionais e importados (este ponto constitui objecto da segunda condição). A proibição nacional da venda com prejuízo que deu lugar ao acórdão Keck e Mithouard comportava aliás ela mesmo uma tal diferenciação, pois aplicava-se aos revendedores, mas não aos fabricantes. Interpretamos por isso o acórdão no sentido de que a proibição em litígio da revenda com prejuízo, não obstante o facto de que não era aplicável de maneira igual aos revendedores e aos fabricantes nacionais, preenchia todavia a primeira condição porque operava uma distinção aplicável de forma idêntica aos importadores e fabricantes nacionais e aos dos outros Estados-membros.

22. A *segunda* condição — segundo a qual a regulamentação examinada deve «afectar da mesma maneira, de direito e de facto, a comercialização dos produtos nacionais e dos provenientes de outros Estados-membros» — deve também ser interpretada à luz do critério do acesso ao mercado. O acórdão formula a este propósito, em primeiro lugar, duas observações de carácter geral. Por um lado, no n.º 13, precisa que a circunstância de uma regulamentação nacional ser susceptível de restringir o volume de

ventas e, por conseguinte, o volume de vendas dos produtos provenientes de outros Estados-membros, *não* basta para que essa regulamentação seja qualificada de medida de efeito equivalente a uma restrição quantitativa à importação. Por outro lado, resulta do n.º 12 do acórdão que a questão de saber se a regulamentação tem ou não por objecto reger as trocas comerciais de mercadorias entre os Estados-membros é, *em contrapartida*, pertinente<sup>44</sup>. Noutros termos, as regulamentações nacionais que restringem a comercialização de um produto em geral — e portanto também a sua importação — não podem ser consideradas, só por esse motivo, como restringindo mais o acesso ao mercado dos produtos importados que o dos produtos nacionais; pelo contrário, há uma indicação nesse sentido quando a regulamentação tem por objecto regular as trocas comerciais de mercadorias entre os Estados-membros ou, por outras palavras, as correntes ou os canais de importação para produtos determinados.

23. No que toca agora aos aspectos relativos à essência da segunda condição, coloca-se a questão de saber quando é que uma regulamentação afecta da mesma forma, «de direito» e «de facto», a comercialização dos produtos nacionais e dos provenientes de outros Estados-membros.

Em nossa opinião, uma regulamentação afecta a comercialização dos produtos da mesma forma «de direito» quando, segundo o seu objectivo e os seus termos, se aplica da

43 — Não cabe naturalmente ao Tribunal de Justiça decidir se tal diferenciação poderia eventualmente violar um princípio de igualdade de *direito nacional*.

44 — Esse critério figura já no acórdão Cinéthèque (já referido na nota 29, n.º 21).

mesma forma aos produtos nacionais e importados — entendemos com isso que é, em substância, aplicável «sem distinção» — e que tal é igualmente o caso quando se examina em conjugação com outras regulamentações legais<sup>45</sup>.

Pela exigência de que, além disso, a regulamentação «afecte da mesma forma, de facto», a comercialização dos produtos, o Tribunal de Justiça pretende sem qualquer dúvida dizer que, de facto, isto é, no *plano dos seus efeitos*, não pode implicar um tratamento desigual dos produtos nacionais e importados em matéria de acesso ao mercado. Pode, todavia, perguntar-se de que maneira esses efeitos devem ser examinados. Os efeitos duma regulamentação nacional em situações *individuais* são determinantes («está-se em presença duma situação em que a regulamentação nacional implica um tratamento desigual dos produtos nacionais ou importados, ou pode imaginar-se tal situação»), ou, pelo contrário — segundo o exemplo dado pela jurisprudência do Tribunal de Justiça em matéria de igualdade de tratamento entre homens e mulheres<sup>46</sup> —, o efeito *global* da regulamentação será determinante («a regulamentação nacional será, encarada globalmente, susceptível de restringir o acesso ao mercado dos produtos importados mais que o dos produtos nacionais»)<sup>47</sup>?

O Tribunal de Justiça parece ter optado, nos processos Keck e Mithouard, por uma apreciação global, e, portanto, não por uma apreciação das situações individuais (que deveria aliás, na maior parte dos casos, ser deixada ao órgão jurisdiccional nacional). Com efeito, ao passo que, nas duas conclusões seguidas que apresentámos nestes processos, tínhamos sublinhado que a proibição francesa da revenda com prejuízo podia, em determinadas situações, entrar o acesso ao mercado francês dos produtos importados mais que o dos produtos nacionais<sup>48</sup>, no seu acórdão, o Tribunal de Justiça declarou, sem qualquer precisão, que o artigo 30.º do Tratado CEE «não se aplica a uma legislação de um Estado-membro que estabelece uma proibição de carácter geral de revenda com prejuízo»<sup>49</sup>. Manifestamente, o Tribunal de Justiça estava convencido de que, encarada globalmente, uma regulamentação nacional como a em causa não perturbava mais o acesso ao mercado dos produtos nacionais que o dos produtos importados.

24. Ainda que o Tribunal de Justiça tenha efectivamente optado por uma abordagem global, não é contestável que se tenha aí afastado, em *certa* medida, da fórmula Dassonville (à qual continua todavia a referir-se no n.º 11 do acórdão, enquanto ponto de partida geral, e que reitera ainda com insistência no n.º 16). Com efeito, pelo menos no que toca «às disposições nacionais que limitam ou proibem certas condições de venda», já não se pode presumir que *toda* a disposição

45 — No presente processo, 't Heukske e Boermans sustentam, nomeadamente, que a regulamentação relativa ao encerramento dos estabelecimentos comerciais se revela de qualquer forma discriminatória quando é examinada em combinação com a regulamentação em matéria de concessão de licenças para as estações de serviço (v. n.º 31, *infra*).

46 — V., muito recentemente, o acórdão de 24 de Fevereiro de 1994, Roks e o. (C-343/92, Colect., p. I-571, n.º 33, e n.º 3 do dispositivo).

47 — V., igualmente, em matéria de livre circulação de serviços, o acórdão de 24 de Outubro de 1978, Koestler (15/78, Recueil, p. 1971, n.º 6, conjugado com o n.º 4).

48 — A razão é que os importadores que desejam lançar os seus produtos no mercado francês a partir de outro Estado-membro devem ter em conta a proibição, ao passo que os fabricantes nacionais que vendem produtos concorrentes em França não devem fazê-lo. V. as nossas conclusões apresentadas em 18 de Novembro de 1992 (Colect. 1993, p. I-6110, n.º 5), e em 28 de Abril de 1993 (Colect. 1993, p. I-6117, n.º 9).

49 — N.º 18 e parte dispositiva.

nacional susceptível de entrar, directa ou indirectamente, actual ou potencialmente, o comércio intracomunitário caiba no âmbito de aplicação do artigo 30.º do Tratado CEE<sup>50</sup>.

Coloca-se então a questão de saber em que medida, no acórdão Keck e Mithouard, o Tribunal de Justiça se desviou do critério Dassonville para as prescrições que não as relativas aos produtos e, mais precisamente, de saber se o Tribunal pretendeu reconduzir a proibição do artigo 30.º a uma proibição de discriminações (entendida em sentido amplo)<sup>51</sup>. Não é possível responder com certeza a essa questão: por um lado, o Tribunal de Justiça menciona, em duas ocasiões, a fórmula Dassonville; por outro, parece todavia equiparar essa fórmula, no que toca à disposição nacional em causa no acórdão, a uma proibição de discriminações *ratione personae* (no que diz respeito à qualidade dos operadores económicos), ou *ratione materiae* (no que diz respeito à comercialização dos produtos). A questão não tem talvez muita importância, pois — na medida em que nos foi possível ter em consideração o conjunto

da jurisprudência — tanto entre as prescrições aplicáveis «sem distinção» relativas aos produtos como entre as que não dizem respeito a estes, a grande maioria — se não a totalidade — das medidas examinadas na jurisprudência do Tribunal de Justiça continha uma ou outra forma de «discriminação de facto», pelo menos, se se entender com isso todo o encargo suplementar que a medida examinada impõe em caso de importação de produtos provenientes de outros Estados-membros<sup>52</sup>. Todavia, não é possível excluir *a priori* que certas regulamentações, se bem que não discriminatórias no sentido amplo da palavra, que acabámos de mencionar, possam, apesar de tudo, ser susceptíveis, consideradas globalmente, de entrar de outra forma, actual ou potencialmente, o comércio entre os Estados-membros<sup>53</sup>. Para maior segurança<sup>54</sup>, examinaremos, por isso, igualmente, no seguimento das presentes conclusões, se a regulamentação nacional em litígio, sempre considerada globalmente, é discriminatória, de direito ou de facto, ou

50 — Precedentemente, tal era justamente o caso: ainda recentemente, no acórdão Yves Rocher (já referido na nota 28), o Tribunal de Justiça rejeitou o argumento de que o artigo 30.º não seria aplicável a medidas nacionais que «provoque(m) apenas um entrave marginal à livre circulação de mercadorias» (n.º 20). Nesse processo, o Tribunal de Justiça decidiu ainda que o artigo 30.º não fazia «distinção entre as medidas que podem ser qualificadas de medidas de efeito equivalente a uma restrição quantitativa segundo a intensidade dos efeitos que têm sobre as trocas no seio da Comunidade» (n.º 21), e, assim, recusou aplicar uma regra de *minimis*.

51 — A consequência disso parece ser que as regulamentações (que não as prescrições relativas aos produtos) que cairiam então, exclusivamente, em razão do seu carácter discriminatório, no âmbito da proibição do artigo 30.º do Tratado CEE, já não podem doravante ser justificadas senão com base num dos motivos enumerados limitativamente no artigo 36.º desse mesmo Tratado, e já não podem sê-lo com base numa exigência imperativa por aplicação da «rule of reason».

52 — O próprio processo Dassonville dizia respeito a uma legislação — que era necessário provavelmente qualificar de prescrição relativa aos produtos, pois tinha em vista garantir a autenticidade da *denominação* de origem do whisky — que tinha por consequência que os importadores de whisky escocês via outro Estado-membro com destino à Bélgica podiam menos facilmente obter o certificado de autenticidade imposto pela legislação nacional que os que o importavam directamente do país de origem; noutros termos, tratava-se de uma discriminação de facto entre produtos importados (e não entre produtos nacionais e importados).

53 — Se se admite isto, resulta que, para as regulamentações nacionais que não as prescrições relativas aos produtos (às quais a jurisprudência Dassonville continua a aplicar-se integralmente pelas razões indicadas no n.º 20, *supra*), o acórdão Keck e Mithouard operou, na realidade, uma *inversão do ónus da prova*. Com efeito, enquanto, antes, se presumia que tais regulamentações cabiam na proibição do artigo 30.º, mas podiam a ele escapar por meio da aplicação da «rule of reason», a nova regra seria a de se presumir *não* caberem na proibição do artigo 30.º, a menos que seja demonstrado que, consideradas globalmente, têm efeitos discriminatórios ou — se se admitir o aditamento ao texto que acima fizemos — entram de uma outra forma (actual ou potencialmente) o comércio intracomunitário.

54 — Se o acórdão Keck e Mithouard trouxe mais do que uma simples inversão do ónus da prova no que toca às prescrições não relativas aos produtos (v. a nota precedente), e se, mais precisamente, reconduziu, em relação a essas prescrições, o critério Dassonville a uma proibição de discriminações, entendida em sentido amplo, o Tribunal de Justiça deve, em nossa opinião, indicá-la claramente no acórdão que proferirá no presente processo.

entrava de outra forma o comércio intracomunitário <sup>55</sup>.

mentação que descreveu nos termos seguintes:

2.3. *Aplicabilidade da jurisprudência Keck e Mithouard às regulamentações sem distinção em matéria de encerramento de estabelecimentos comerciais (e às outras regulamentações nacionais sem distinção)*

«Convém reconhecer em seguida que uma regra deontológica, estabelecida por uma câmara profissional, que proíbe aos farmacêuticos fazer publicidade, fora do laboratório, dos produtos parafarmacêuticos, não tem por objecto reger as trocas comerciais de mercadorias entre os Estados-membros. Aliás, há que salientar que essa proibição não afecta a possibilidade para os operadores económicos que não os farmacêuticos de fazer publicidade desses produtos» <sup>56</sup>.

25. À luz do alcance, acima definido, do acórdão Keck e Mithouard, é agora possível pôr-se a questão de saber se disposições nacionais que não as medidas relativas aos métodos de promoção de vendas cabem nas novas regras enunciadas no acórdão. Essa questão foi entretanto decidida no que toca às regulamentações relativas às formas de publicidade: com efeito, no seu acórdão de 15 de Dezembro de 1993, Hünermund, o Tribunal de Justiça retomou, *mutatis mutandis*, os n.ºs 13 e 16 a 17 do acórdão Keck e Mithouard, já referidos (n.º 18 das presentes conclusões). Fê-lo a propósito duma regula

O Tribunal de Justiça reviu assim a decisão que tinha proferido em 18 de Maio de 1993, no processo C-126/91, Yves Rocher, e que estava ainda totalmente na linha da jurisprudência Oosthoek (v. n.º 16, *supra*) <sup>57</sup>.

26. Haverá igualmente que aplicar o raciocínio seguido pelo Tribunal de Justiça no acórdão Keck e Mithouard bem como no acórdão Hünermund a uma regulamentação nacional tal como a *Winkelsluitingswet*, que agora nos ocupa? Em caso de resposta afirmativa, tal regulamentação nacional não cairia no âmbito de aplicação do artigo 30.º do Tratado CEE, desde que preenchesse as condições enunciadas no acórdão Keck e Mithouard, que examinámos acima. Nesse

55 — Na busca do alcance exacto que há que dar doravante ao critério *Dassonville*, não pode perder-se de vista a incidência desse critério sobre as proibições que figuram nos artigos 59.º, 48.º e 52.º do Tratado CEE. Com efeito, na sua jurisprudência recente sobre a aplicação dessas proibições, o Tribunal de Justiça utiliza igualmente uma fórmula ampla «de tipo *Dassonville*». Problemas semelhantes aos que levantam as prescrições relativas aos produtos podem colocar-se, mais precisamente, em relação com os serviços regulamentados nos diferentes Estados-membros, tais como os serviços financeiros (v., por exemplo, o acórdão de 18 de Janeiro de 1979, *Van Wesemael*, 110/78 e 111/78, *Recueil*, p. 35, proferido um mês antes do acórdão «*Cassis de Dijon*»).

56 — Acórdão Hünermund e o. (C-292/92, *Colect.*, p. I-6787, n.º 19).

57 — V. a nota 50, *supra*.

caso, contrariamente ao que o Tribunal de Justiça fez até ao presente, nomeadamente nos processos de encerramento dominical<sup>58</sup>, já não seria necessário pôr-se a questão de saber se essa regulamentação é justificada a título de uma exigência imperativa e do princípio de proporcionalidade, tal como aplicado a tal exigência.

A regulamentação nacional em causa no caso em apreço cabe na categoria das medidas que dizem respeito às circunstâncias de tempo e de lugar em que as mercadorias em causa podem ser vendidas aos consumidores, bem como à forma como podem sê-lo. Por outras palavras, diz respeito a condições de venda na aceção do acórdão Keck e Mithouard. Com efeito, resulta da descrição que fizemos dela (v. n.ºs 5 a 9, *supra*) que essa regulamentação de encerramento de estabelecimentos comerciais proíbe a certas categorias de retalhistas propor para venda, durante certas horas, um sortido mais ou menos limitado de produtos, ou de o fazer da maneira que lhes pareça mais vantajosa (obrigando-os a vender por meio de uma distribuidora automática).

27. Em nossa opinião, tal regulamentação cai justamente no âmbito da nova jurisprudência. Com efeito, a regulamentação não contém prescrições relativas às características intrínsecas ou extrínsecas dos produtos em causa e não implica, por conseguinte, custos suplementares de produção ou de distribuição em caso de exportação, para o Estado-membro regulamentador, de um

produto proveniente do Estado-membro onde foi legalmente fabricado e comercializado. Por conseguinte, uma regulamentação como a que nos ocupa só poderia ser qualificada de medida de efeito equivalente na aceção do artigo 30.º, se não preencher as duas condições enunciadas no acórdão Keck e Mithouard e, como já indicámos (n.º 24, *supra*), se não se puder também verificar a existência de outras circunstâncias donde resultasse que a regulamentação, considerada globalmente, entrava o comércio intracomunitário.

Desejariamos acrescentar de passagem que, em nossa opinião, o que precede leva a concluir que todas as outras medidas nacionais sem distinção relevam igualmente, em princípio, da nova jurisprudência Keck e Mithouard, *na medida em que*; contrariamente às prescrições relativas aos produtos, não tornam necessária uma adaptação das características intrínsecas ou extrínsecas dos produtos importados. Tal será mais precisamente o caso de uma medida como a em causa no acórdão Cinéthèque de 11 de Julho de 1985<sup>59</sup>, acerca do qual se admite que esteve na origem duma aplicação mais extensa do critério Dassonville, indo para lá da noção de discriminação, e que, mais precisamente, fez igualmente relevar desse critério as proibições de comercialização (aplicáveis sem distinção)<sup>60</sup>.

59 — Acórdão já referido na nota 29.

60 — V. Waelbroeck, M. — «Le rôle de la Cour de justice dans la mise en oeuvre de l'Acte unique européen», *Cahiers de droit européen*, 1989, pp. 41 e segs., especialmente pp. 51 a 53, bem como os n.ºs 18 e segs. das nossas conclusões no processo Torfaen, já referido na nota 17. O acórdão Cinéthèque foi proferido contra a opinião do advogado-geral Sir Gordon Slynn, que, nas suas conclusões (pp. 2611 a 2612), tinha insistido na circunstância de que a regulamentação em questão de modo algum não tratava diferentemente os produtos importados e nacionais. Isto significa que, no quadro da nova jurisprudência, essa regulamentação preencheria de qualquer maneira a segunda condição introduzida pelo «desde que» constante do acórdão Keck e Mithouard.

58 — V., no que toca à justificação, o n.º 13, *supra*. Para o controlo da proporcionalidade, v. o acórdão B & Q (n.ºs 12 a 16).

28. A fim de escapar definitivamente ao âmbito de aplicação do artigo 30.º do Tratado CEE, a regulamentação em litígio deve, portanto, de qualquer forma, ser aplicável a todos os participantes no mercado que exerçam a sua actividade no território nacional, e afectar da mesma forma, de direito e de facto, a comercialização dos produtos nacionais e dos provenientes de outros Estados-membros.

Creemos que tal será justamente o caso. No que toca à primeira condição, parece-nos que uma regulamentação nacional como a que nos ocupa não faz distinção entre os operadores económicos do Estado-membro em causa e os de outros Estados-membros, no sentido de que a estes últimos não será assegurado um acesso igual ao mercado nacional. No que toca à segunda condição, não parece de modo nenhum que tal regulamentação — que não tem aliás por objecto reger as correntes comerciais intracomunitárias —, considerada globalmente, afecte de outra forma, «de direito» ou «de facto», a comercialização de produtos provenientes de outros Estados-membros, o que teria por efeito impedir ou perturbar, em comparação com o dos produtos nacionais, o acesso desses produtos ao mercado nacional. Tal como o Tribunal de Justiça refere expressamente no acórdão Keck e Mithouard, é insuficiente, para esse efeito, a eventualidade de a regulamentação ser susceptível de restringir o volume de vendas dos produtos em geral e, por isso, igualmente, o dos produtos provenientes de outros Estados-membros (v. n.º 22, *supra*). Por fim, também não vemos que outras circunstâncias poderiam levar a considerar a regulamentação como uma medida de efeito equivalente. Nem a circunstância, mencionada na terceira questão prejudicial, de a rentabilidade de uma categoria de estações de

serviço depender (sensivelmente) menos da venda de produtos que não os carburantes do que a rentabilidade de outras categorias de estações de serviço, nem a relação, mencionada na quarta questão prejudicial, com a regulamentação em matéria de concessão de licenças para as estações de serviço, a qual será examinada a seguir, nos parecem constituir circunstâncias donde resulte que a regulamentação, considerada globalmente, entrave o comércio intracomunitário.

29. Dado o que precede, concluímos que o artigo 30.º do Tratado CEE deve ser interpretado no sentido de que não é aplicável a uma regulamentação nacional em matéria de encerramento de estabelecimentos comerciais que, como a em causa, se aplique de forma igual a todos os operadores económicos (incluindo os dos outros Estados-membros) que exercem actividades no território nacional, que afecte da mesma maneira, de direito e, considerada globalmente, também de facto, a comercialização dos produtos nacionais e dos provenientes de outros Estados-membros, e que, considerada globalmente, também não entrave de outra forma o comércio intracomunitário.

3. Quanto à compatibilidade da aplicação diferenciada de uma regulamentação nacional em matéria de encerramento de estabelecimentos comerciais com os artigos 3.º, alínea g), 5.º e 86.º (ou 85.º) do Tratado CEE

30. A regulamentação neerlandesa de encerramento dos estabelecimentos comerciais

prevê derrogações em favor de certas categorias de comerciantes (v. n.ºs 5 e segs., *supra*), o que implica que não impõe a todos os comerciantes restrições tão severas em matéria de encerramento ou de sortido de venda. O *Gerechthof* deseja que o Tribunal de Justiça lhe indique se tal aplicação diferenciada é conforme ao direito comunitário.

A referência, na primeira questão prejudicial, ao artigo 86.º conjugado com os artigos 3.º, alínea g), e 5.º do Tratado CEE, parece ter sido inspirada pela afirmação das *'t Heukske* e *Boermans* de que a *Winkelsluitingswet* daria contudo às estações de serviço cujo volume de negócios e lucros dependam menos da venda de produtos que não os carburantes — isto é, as situadas fora dos aglomerados, nas auto-estradas e nas vias rápidas — as mais amplas possibilidades de propor para venda esses produtos. Com efeito, só essas estações de serviço podem vender *ao balcão* o tabaco e os artigos para fumadores fora das horas de abertura normais. As outras estações de serviço só podem vender tais mercadorias fora das horas de abertura normais *por meio de uma distribuidora automática*, e isto quando, segundo o que pretendem demonstrar os números apresentados pelas *'t Heukske* e *Boermans*<sup>61</sup>, são precisamente mais dependentes, em relação ao seu volume de negócios e ao seu lucro, da venda de produtos que não os carburantes.

31. Em relação com isso, *'t Heukske* e *Boermans* deixam entender que a regulamentação neerlandesa em matéria de concessão de licenças de exploração de estações de serviço nas estradas nacionais (v. n.ºs 10 a 12, *supra*) facilita abusos de posição dominante (colectiva) ou acordos, que as grandes companhias petrolíferas concluiriam no seio da Comissão «Benzinestations langs Rijkswegen». Essas companhias repartiriam entre si os locais de implantação das estações de serviço nas estradas nacionais e obteriam em seguida do ministro para os Assuntos Económicos a confirmação dessa repartição.

Em nossa opinião, o Tribunal de Justiça não pode seguir essa tese. No caso em apreço, é a regulamentação neerlandesa em matéria de encerramento obrigatório dos estabelecimentos comerciais que está em causa, não intervindo a regulamentação em matéria de concessão de licenças para as estações de serviços senão a título acessório, sem que o próprio *Gerechthof* tenha fornecido ao Tribunal de Justiça dados factuais ou jurídicos — tirámos os dados acima mencionados (n.ºs 10 a 12 e no presente número) das observações apresentadas pelas partes perante o Tribunal — que lhe permitam pronunciar-se sobre a conformidade dessa regulamentação com os artigos 3.º, alínea g), 5.º e 86.º (ou 85.º, não tendo sequer este último artigo sido citado pelo órgão jurisdicional de reenvio).

32. Resta a questão de saber se uma regulamentação de encerramento de estabelecimentos comerciais, que impõe a certas categorias de operadores económicos restrições mais importantes que a outros, é compatível com o direito comunitário da concorrência. Em

61 — Na audiência, o representante do Governo neerlandês contestou o carácter representativo desses números.

toda uma série de acórdãos <sup>62</sup> — mais recentemente, nos acórdãos Meng, Reiff e Ohra, proferidos em 17 de Novembro de 1993 <sup>63</sup> —, o Tribunal de Justiça indicou os critérios com base nos quais há que responder a essa questão.

Segundo o Tribunal de Justiça, os artigos 85.º e 86.º do Tratado CEE dizem apenas respeito, em si mesmos, ao comportamento das empresas e não às medidas legais e administrativas adoptadas pelos Estados-membros. Todavia, o Tribunal de Justiça deduziu da conjugação dos artigos 85.º e 86.º com os artigos 3.º, alínea g), e 5.º do Tratado CEE que os Estados-membros não podem tomar ou manter em vigor medidas, mesmo de natureza legislativa ou regulamentar, susceptíveis de eliminar o efeito útil das regras de concorrência aplicáveis às empresas. A esse propósito, o Tribunal de Justiça tinha já declarado o que se segue no acórdão Inno, proferido em 16 de Novembro de 1977:

«O regime do mercado único pretendido pelo Tratado exclui, por um lado, toda a regulamentação nacional que entrave directa ou indirectamente, actual ou potencialmente, o comércio intracomunitário.

62 — Acórdãos de 16 de Novembro de 1977, GB-INNO-BM (13/77, Recueil, p. 2115, n.ºs 28 a 34); de 10 de Janeiro de 1985, Leclerc (229/83, Recueil, p. 1, n.º 14); de 29 de Janeiro de 1985, Cullet (231/83, Recueil, p. 305, n.º 10); de 30 de Abril de 1986, Asjes e o. (209/84 a 213/84, Colect., p. 1425, n.º 71); de 1 de Outubro de 1987, Vereniging van Vlaamse Reishureaus (311/85, Colect., p. 3801, n.º 10); de 3 de Dezembro de 1987, Aubert (136/86, Colect., p. 4789, n.º 23); de 14 de Julho de 1988, L'Aigle distribution (254/87, Colect., p. 4457, n.º 10) («preço fixo do livro»); de 21 de Setembro de 1988, Van Eycke (267/86, Colect., p. 4769, n.º 16); e acórdão Marchandise (já referido na nota 17, n.º 22).

63 — Processos C-2/91 (Colect. 1993, p. I-5751), C-185/81 (Colect. 1993, p. I-5801), e C-245/91 (Colect. 1993, p. I-5851).

Por outro lado, a finalidade enunciada no artigo 3.º, alínea f), é esclarecida em várias disposições do Tratado relativas às regras de concorrência, entre as quais o artigo 86.º...

O artigo 5.º, segundo parágrafo, do Tratado prevê que os Estados-membros se abstenham de todas as medidas susceptíveis de pôr em perigo a realização dos objectivos do Tratado.

Por isso, se é verdade que o artigo 86.º se dirige às empresas, não é menos verdade também que o Tratado impõe aos Estados-membros não adoptar ou manter em vigor medidas susceptíveis de eliminar o efeito útil dessa disposição.

...

De qualquer forma, o artigo 86.º proíbe a exploração abusiva, por uma ou várias empresas, de uma posição dominante, mesmo que tal abuso seja favorecido por uma disposição legislativa nacional» <sup>64</sup>.

Em acórdãos posteriores <sup>65</sup>, o Tribunal de Justiça esclareceu que era, em especial, proi-

64 — Acórdão Inno (n.ºs 28 a 31 e 34).

65 — Encontram-se já indicações nesse sentido no acórdão Leclerc.

bido aos Estados-membros *impor* ou *favorecer* a conclusão de acordos entre empresas contrários ao artigo 85.º do Tratado CEE, ou a constituição de posições dominantes contrárias ao artigo 86.º, ou ainda *reforçar* os efeitos de tais acordos ou posições dominantes. É igualmente proibido aos Estados-membros *retirar* à sua própria regulamentação o seu *carácter estatal*, delegando em operadores privados a responsabilidade de tomar decisões de intervenção em matéria económica.

Nos parágrafos que seguem, aplicaremos ao presente processo os critérios extraídos pelo Tribunal de Justiça.

33. 't Heukske e Boermans formularam de forma muito vaga a sua tese segundo a qual as grandes companhias petrolíferas dos Países Baixos ocupariam uma posição dominante (colectiva) e dela abusariam, e concluiriam acordos, decisões ou práticas concertadas (a acusação continua, em larga medida, não expressa), e não trouxeram mesmo a mínima de prova em apoio dessa tese. O Gerechtshof não fez absolutamente nenhuma menção de eventuais acordos, decisões ou práticas concertadas ou posições dominantes. Nessas condições, não há razão para concluir que um Estado-membro, tal como os Países Baixos, teria, ao adoptar uma regulamentação de encerramento dos estabelecimentos comerciais como a que está em causa, reforçado acordos, decisões ou práticas concertadas ou posições dominantes pre-existentes, ou imposto ou favorecido a constituição desses acordos, decisões ou práticas concertadas ou posições dominantes, em violação dos artigos 85.º e 86.º do Tratado CEE.

A esse propósito, há aliás que chamar a atenção para a maneira restritiva como, nos acórdãos Meng, Reiff e Ohra<sup>66</sup>, já referidos, o Tribunal de Justiça interpretou, respectivamente, os termos «reforçar» e «impor ou favorecer». No que toca ao termo «reforçar», o Tribunal de Justiça declarou o que se segue no acórdão Meng:

«Uma regulamentação aplicável a um sector de seguros determinado só poderá ser considerada como reforçando os efeitos de um acordo, decisão ou prática concertada pre-existente, se *se limitar* a retomar os elementos de um acordo, decisão ou prática concertada ocorridos entre os operadores económicos desse sector»<sup>67</sup>. (sublinhado por nós)

No que toca aos termos «impor» e «favorecer», o Tribunal de Justiça declarou o que se segue no acórdão Ohra:

«A esse propósito, há que declarar, em primeiro lugar, que a regulamentação neerlandesa sobre as agências de seguros não impõe nem favorece a conclusão de um acordo, decisão ou prática concertada ilícita pelos intermediários de seguros, pois a proibição que consagra *basta-se a si própria*»<sup>68</sup>. (sublinhado por nós)

66 — Estes acórdãos visam o artigo 85.º do Tratado CEE, mas não vemos nenhuma razão para que os princípios que aí são enunciados não sejam igualmente aplicáveis, *mutatis mutandis*, ao artigo 86.º

67 — Acórdão Meng (n.º 19).

68 — Acórdão Ohra (n.º 11).

34. Nenhuma das partes no processo demonstrou, nem sequer sustentou, que a *Winkelsluitingswet* se limitasse a confirmar acordos, decisões e práticas concertadas ou abusos de posições dominantes preexistentes, ou que as proibições que aí figuram não fossem suficientes para atingir o objectivo visado pela lei. Essa regulamentação não pode portanto ser considerada como reforçando, favorecendo ou impondo, na acepção que o Tribunal deu a essas noções nos acórdãos *Meng, Reiff e Ohra*, práticas de empresas que restrinjam a concorrência.

Finalmente, não se pode também sustentar que a regulamentação neerlandesa em matéria de encerramento de estabelecimentos comerciais, que contém ela própria todas as disposições de obrigação e de proibição necessárias à sua implementação, delegue em operadores privados a responsabilidade de tomar decisões <sup>69</sup>.

Com base no que precede, concluímos que uma regulamentação nacional em matéria de encerramento de estabelecimentos comerciais, que prevê uma derrogação a favor de certas categorias de comerciantes, não atenta, em circunstâncias tais como as do caso em apreço, contra o efeito útil das proibições efectuadas nos artigos 85.º e 86.º do Tratado CEE.

35. Queríamos ainda acrescentar o que se segue. Nos processos de encerramento dominical que deram lugar aos acórdãos de 23 de Novembro de 1989 e 16 de Dezembro

de 1992, já referidos <sup>70</sup>, era também sustentado que as regras de encerramento dominical cujo conteúdo ou cuja aplicação desfavorecia sujeitos de direito determinados ou regiões determinadas eram contrárias ao direito comunitário. Nas nossas conclusões que precedem o acórdão de 16 de Dezembro de 1992, permitimo-nos observar o que se segue <sup>71</sup>:

«... Mesmo admitindo que é necessário determinar se uma regulamentação nacional se justifica em termos de direito comunitário tendo em conta as características intrínsecas dessa regulamentação e a sua aplicação concreta, as alegações fundadas na suposta aplicação desigual ou incoerente da regulamentação em determinado Estado-membro podem, sem dúvida, constituir um fundamento de recurso em direito interno, mas não em direito comunitário — desde que não se verifique uma discriminação arbitrária ou uma restrição dissimulada às trocas comerciais *entre os Estados-membros*» <sup>72</sup>.

Parece-nos que, também no presente processo, não foi demonstrado de forma suficiente que a diferença de tratamento entre diferentes categorias de estações de serviço fosse susceptível de afectar o comércio entre os Estados-membros. É certo que 't Heukske e Boermans sustentam que a diferença de tratamento criada entre as estações de serviço

70 — V. as notas 17 e 18, *supra*.

71 — Referindo-nos às nossas conclusões no processo *Torfaen* (Colect. 1989, p. 3883, n.º 32). V. igualmente o n.º 18 das nossas conclusões que precedem os acórdãos *Conforama e Marchandise* (já referidos na nota 17).

72 — N.º 33, Colect. 1992, p. I-6484. O Tribunal de Justiça não examinou essa questão mais cedo.

69 — Acórdão *Ohra* (n.º 13).

pela regulamentação de encerramento dos estabelecimentos comerciais é real — no sentido de que tem mais do que uma influência mínima nos volumes de negócios e nos lucros respectivos dessas estações de serviço<sup>73</sup> —, mas disso também não resulta que essa diferença de tratamento afecte o comércio entre os Estados-membros na aceção dos artigos 85.º, n.º 1, ou 86.º do Tratado CEE.

## Conclusão

36. Em conclusão, propomos ao Tribunal de Justiça que responda como se segue às questões prejudiciais apresentadas pelo *Gerechthof te 's-Hertogenbosch*:

- « 1) O artigo 30.º do Tratado CEE deve ser interpretado no sentido de que não é aplicável a uma regulamentação nacional em matéria de encerramento de estabelecimentos comerciais que, como a que está em causa, se aplique de forma igual a todos os operadores económicos (incluindo os dos outros Estados-membros) que exercem actividades no território nacional, que afecte da mesma maneira, de direito e, considerada globalmente, também de facto, a comercialização dos produtos nacionais e dos provenientes de outros Estados-membros, e que, considerada globalmente, também não entrave de outra forma o comércio intracomunitário.
- 2) Uma regulamentação nacional em matéria de encerramento de estabelecimentos comerciais, que prevê uma derrogação a favor de certas categorias de comerciantes, não atenta, em circunstâncias tais como as do caso em apreço, contra o efeito útil dos artigos 85.º e 86.º do Tratado CEE.»

73 — Não estamos convencidos de que essa tese esteja confirmada pelos factos. Da leitura dos gráficos apresentados perante o Tribunal de Justiça pelas *'t Heuvske e Boermans* resulta que os volumes de negócios e os lucros das estações de serviço não são determinados em mais de um terço pela venda de produtos que não os carburantes. Só uma parte desse terço consiste em produtos relacionados com a estrada, enquanto, mais uma vez, só uma parte desses produtos relacionados com a estrada consiste em produtos do tabaco. Além disso, só uma parte desses produtos do tabaco é vendida fora das horas normais de abertura. Só essa parte, que representa, portanto, uma fracção das vendas totais das estações de serviço, é que é afectada pela desigualdade de tratamento de que se queixam *'t Heuvske e Boermans*, e, mesmo assim, trata-se de uma desigualdade de tratamento relativamente reduzida: certas estações de serviço podem vender ao balcão, enquanto outras são obrigadas a fazê-lo por meio de uma distribuidora automática.