

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
GIUSEPPE TESAURO

apresentadas em 23 de Janeiro de 1991 *

*Senhor Presidente,
Senhores Juízes,*

1. As demandantes, companhias de seguros que operam no sector do seguro de crédito à exportação, requerem a reparação dos danos para elas decorrentes da entrada em vigor da Directiva 87/343/CEE do Conselho, de 22 de Junho de 1987 (JO L 185, p. 72).

Em síntese, alegam que a directiva há pouco citada tem carácter discriminatório e é por isso ilegítima, na medida em que, no quadro da harmonização das garantias financeiras exigidas às companhias de seguros para tutela de terceiros, limitou a aplicação de tais garantias — e assim os relativos encargos — apenas às sociedades de direito privado, excluindo as sociedades e entidades seguradoras de crédito à exportação incorporadas no sector público. A directiva era por isso fonte de encargos discriminatórios (em relação ao sector privado), representados por custos de constituição e gestão dos instrumentos financeiros prescritos. É exactamente a reparação do dano económico resultante de tal situação que constitui o objecto da presente acção de indemnização.

Como é evidente, o pedido tem a ver com uma matéria delicada e de notável relevo normativo e económico. Mas para lá das razões de interesse geral, é oportuno assinalar, desde já, que a acção levanta duas importantes questões de princípio: a primeira, re-

lativa à admissibilidade, respeitada à relação entre o exercício da acção em sede de responsabilidade extracontratual com base no artigo 215.º do Tratado e o recurso aos meios internos de tutela judicial. A segunda, relativa ao mérito, diz respeito aos limites em que se impõe o respeito do princípio da igualdade de tratamento na hipótese em que a instituição limite a harmonização das condições de exercício de uma actividade económica a uma categoria de empresas, excluindo do campo de aplicação das normas harmonizadas uma outra categoria de empresas (pelo menos em parte) concorrentes.

Ao exame destes dois aspectos é dedicada a maior parte das observações que se seguem. Antes, porém, de proceder à análise destes e de outros aspectos relevantes, é indispensável delinear o conteúdo e sobretudo a génese do regime controvertido. É conveniente sublinhar de facto como a história da directiva, e em particular as tomadas de posição assumidas pelas instituições ao longo do *iter* normativo, são de grande importância, sobretudo para efeitos de apuramento do carácter discriminatório da legislação em questão.

O enquadramento normativo e o itinerário seguido até à Directiva 87/343

2. Em 1973, com a Directiva 73/239/CEE do Conselho, de 24 de Julho de 1973 (JO

* Língua original: italiano.

L 228, p. 3; EE 06 F1 p. 143), a Comunidade levou a cabo uma primeira coordenação das disposições relativas à actividade de seguro directo não vida. A directiva, baseada especialmente no n.º 2 do artigo 57.º do Tratado, a fim de permitir uma mais ampla liberdade de estabelecimento e de prestação de serviços neste sector, previu a eliminação de certas disparidades existentes entre as legislações nacionais em matéria de controlo e a harmonização das disposições relativas às garantias financeiras exigidas das empresas de seguros para protecção dos segurados e de terceiros. Em particular, os artigos 15.º, 16.º e 17.º da directiva obrigam os Estados-membros a impor às empresas estabelecidas no seu território a constituição, respectivamente, de «reservas técnicas», de uma «margem de solvência» e de um «fundo de garantia». Estes elementos constituem, no seu conjunto, o que se convencionou chamar «*regras de prudência*» comuns destinadas a garantir a solvabilidade das empresas em toda a Comunidade.

Convém sublinhar que, tal como foi especificado pela Comissão no seu memorando, a proposta apresentada pelo Conselho dispunha que, no sector dos seguros de crédito à exportação, as regras de prudência há pouco referidas se aplicassem a *todas* as empresas interessadas, sem qualquer distinção, conforme a empresa pertencesse ao sector privado ou ao sector público.

O Conselho não acolheu tal solução. Como resulta do quarto considerando, considerou-se «oportuno excluir do âmbito de aplicação da directiva certas mútuas que, em razão do seu regime jurídico, preenchem certas condições de segurança e oferecem garantias financeiras específicas». Assentou-se assim em subtrair à esfera de aplicação do acto [ver alínea d) do n.º 2 do artigo 2.º]

as «operações de seguro de crédito à exportação, por conta ou com o apoio do Estado»; essa exclusão foi todavia concebida como estritamente *provisória*, enquanto expressamente subordinada a uma «coordenação posterior (a efectuar) no prazo de quatro anos».

3. A subsequente coordenação revelou-se de facto muito mais difícil do que o previsto. Ao apresentar, em 13 de Setembro de 1979, uma proposta de alteração da directiva de 1973, a Comissão confirmava a exclusão das operações levadas a cabo por conta ou com a garantia do Estado, eliminando ainda qualquer referência a uma posterior coordenação neste ponto.

Esta orientação chocava todavia com a decisiva oposição quer do Comité Económico e Social quer do Parlamento Europeu. O primeiro, no parecer de 27 de Fevereiro de 1980, manifestava o seu pesar pelo facto de, «por causa do carácter essencialmente político dos problemas respeitantes ao seguro de crédito à exportação, a Comissão ter renunciado a levar a cabo uma coordenação na matéria». O segundo, por resolução de 17 de Outubro de 1980, exprimiu as seguintes apreciações (que se transcrevem *in extenso* dada a importância que assumem no exame deste processo):

«No que toca ao seguro de crédito:

nota que a Comissão propõe excluir definitivamente do âmbito de aplicação da primeira directiva as operações de seguro de crédito à exportação efectuadas por conta ou com o apoio do Estado;

observa que essa exclusão, tal como é proposta pela Comissão, deixa persistir uma diferença de tratamento entre o sector público e o privado;

destinadas a países terceiros, auxílios de que a garantia do Estado às operações de seguro de crédito à exportação é um exemplo²,

salienta que tal diferença de tratamento é incompatível com um funcionamento satisfatório do mercado comum no sector no que toca:

- de garantir a igualização total das condições de concorrência entre as empresas privadas e públicas»³.

- às exportações destinadas a um outro Estado-membro, porquanto a garantia do Estado constitui um auxílio não consentido no comércio intracomunitário,

Nesta base, o Parlamento propunha alterar a fundamentação da directiva introduzindo um considerando do seguinte teor:

- às exportações destinadas a países terceiros, porquanto o apoio concedido pelo Estado não é ainda regulado pelos princípios definidos no quadro da política comercial comum;

«considerando que, no que toca às operações de seguro de crédito à exportação, convém assegurar a plena concorrência entre as empresas do sector público e do sector privado; que, nas relações intracomunitárias, os riscos cobertos pelo seguro de crédito à exportação não são de natureza económica diversa dos cobertos pelo seguro de crédito para transacções realizadas no interior do mercado de um Estado-membro; que, por conseguinte, as operações de seguro de crédito efectuadas por conta e com o apoio do Estado devem em tal caso entrar no âmbito de aplicação da directiva; que — quanto às operações de seguro de crédito à exportação no âmbito das relações entre alguns Estados-membros e Estados terceiros — convém realizar posteriormente uma coordenação das disposições nacionais a fim de que seja realizada uma política comum de exportação, elemento essencial da política comercial comum».

tendo em conta as declarações feitas perante a comissão jurídica pelo comissário responsável¹ — que a exclusão do âmbito de aplicação da directiva das operações de seguro de crédito devia ser limitada, até posterior coordenação, às operações comerciais com os países terceiros;

considera que só alterando em tal sentido o texto em exame se faria progredir de maneira mais ampla a liberdade de estabelecimento no sector considerado, permanecendo porém intacta a necessidade:

- de definir uma posição comunitária sobre a questão dos auxílios às exportações

2 — Ver a resolução sobre a harmonização dos regimes de auxílio às exportações, aprovada pelo Parlamento Europeu em 15 de Junho de 1977 (JO C 163 de 11.7.1977, p. 42) e relatório Cousté (Doc. 129/77).

3 — Ver resolução sobre o Sétimo Relatório da Comissão relativo à política de concorrência, aprovado pelo Parlamento Europeu em 13 de Outubro de 1978 (JO C 261 de 6.11.1978, p. 48), e relatório Damseaux (Doc. 334/78).

1 — Ver anexo II ao relatório da comissão jurídica (Doc.1-457/80).

Em suma, vinha proposta uma alteração da alínea d) do n.º 2 do artigo 2.º, da directiva, no sentido de excluir, até à posterior coordenação, do âmbito de aplicação dessa mesma directiva *apenas* os seguros de crédito relativos a operações de exportação efectuadas com destino a países terceiros, sendo, quanto ao resto, aplicado um único regime aos operadores públicos e privados.

4. Em resposta a tais tomadas de posição, a Comissão foi induzida a inverter os seus passos e a propor ao Conselho um novo texto de directiva que dava acolhimento às sugestões da Assembleia. Esse texto é acompanhado de um memorando em que a Comissão, referindo-se ao mercado em questão, especifica textualmente que

«fully accepts that everything possible must be done to ensure that competition between the public and private sectors takes place in conditions of neutrality and transparency;».

Observando em seguida que:

«After consultation with those concerned, it accepts that the application of the present Directive to public sector bodies acting in this area is *practicable* and *will make a useful contribution* to the achievement of these conditions.»

A Comissão sublinha, além disso, como os próprios objectivos de neutralidade e transparência da concorrência são importantes também na hipótese de exportações para países terceiros; salienta todavia, em sintonia com as observações do Parlamento, que o risco segurado nestas hipóteses se caracte-

riza por um elevado conteúdo político, que só estabelecimentos que operem com a cobertura do Estado estão à altura de garantir.

A nova proposta da Comissão previu portanto a aplicação do regime das regras de prudência indistintamente ao sector público e privado, com a única excepção do seguro de crédito à exportação para os países terceiros, para o qual, tendo em consideração a natureza eminentemente política do risco coberto, se entendeu oportuno remeter a aplicação do regime comum para uma subsequente coordenação normativa.

5. Mais uma vez, todavia, o Conselho se desviou da orientação que lhe era proposta. A directiva finalmente adoptada em 22 de Junho de 1985, 87/343, ao alterar a alínea d) do n.º 2 do artigo 2.º da precedente Directiva 73/239, remete para posterior coordenação, e desta vez *sine die*, a aplicação das normas comuns às operações de seguro de crédito à exportação por conta ou com o apoio do Estado.

Isto no que concerne ao âmbito de aplicação. No que toca, pelo contrário, ao conteúdo do acto, a Directiva 87/343 confirma as regras de prudência já introduzidas na Directiva 73/239, acrescentando todavia um novo instrumento, a «reserva de compensação», destinada a reforçar ainda mais o sistema de garantias financeiras a favor de terceiros.

Quanto à admissibilidade

6. As instituições demandadas levantam duas questões de admissibilidade. A primeira relativa à acção no seu conjunto; a segunda

é dirigida especificamente contra um dos pedidos formulados pelas demandantes nas suas conclusões.

A primeira excepção de admissibilidade

A primeira excepção de inadmissibilidade baseia-se na consideração de que a acção visaria na realidade privar de qualquer efeito a Directiva 87/343 antes que obter a reparação de um prejuízo sofrido. Tratar-se-ia por isso de uma acção de anulação «disfarçada», que, caso seja declarada admissível, poderá iludir o regime processual comunitário.

Especifica-se que, ao sustentar a inadmissibilidade da acção, o Conselho e a Comissão se basearam exclusivamente na consideração de que a acção com fundamento na responsabilidade extracontratual não pode ser utilizada como alternativa ao recurso previsto no artigo 173.º É claro todavia que, apresentada nestes termos, a excepção parece privada de qualquer fundamento. E isto pela simples razão de que o acto comunitário de que se trata no caso em apreço é, tal como já foi salientado, uma directiva. Um acto portanto que não é de forma alguma imaginável que possa ser impugnado pelas demandantes com base no segundo parágrafo do artigo 173.º

Parece-me evidente todavia que o exame da questão da admissibilidade não poderá limitar-se apenas a uma análise das relações entre a acção aquiliana com base no artigo 215.º e o recurso de anulação. O problema apresentado pelas instituições demandadas assume, de facto, numa análise mais cuidada, um alcance mais vasto. Por outras palavras, contende com os limites da autonomia da acção de indemnização nas hipóteses em que o dano alegadamente sofrido tenha

a sua origem não num facto ou comportamento material imputável à Comunidade, mas antes num *acto jurídico* — que se supõe ilegítimo — por esta última adoptado.

Ora bem, deve salientar-se que, no caso em apreço, o acto imediatamente lesivo para as demandantes não foi a directiva, mas as medidas nacionais de execução, ou seja, actos nacionais, com alcance individual, praticados por força das disposições de execução da própria directiva.

Portanto, aquilo que deve apreciar-se não é se as demandantes em vez da acção de indemnização deveriam ter utilizado o recurso de anulação com base no artigo 173.º, mas se não deveriam, pelo contrário, impugnar em sede nacional as medidas internas adoptadas com base na directiva e, no âmbito de tal impugnação, suscitar a questão da validade do acto comunitário — a directiva — que constituía o fundamento de tais medidas.

Tal como foi salientado, parece-me que a questão da admissibilidade suscitada pelos demandados reveste este aspecto e impõe a sua análise. Em todo o caso, especifico que, tal como foi confirmado pelo último acórdão Roquette (acórdão de 20 de Maio de 1989, Roquette Frères/Comissão, n.º 14, 20/88, Colect., p. 1553), a inadmissibilidade da acção de responsabilidade extracontratual devido à sua subsidiariedade em relação às vias de recurso interno pode ser suscitada oficiosamente e deve ser por isso analisada, qualquer que seja o alcance reconhecido à excepção invocada pelos demandados.

Ação com fundamentos em responsabilidade extracontratual e meios internos de recurso

7. Em linhas gerais, o problema de uma relação entre estas duas categorias de acções põe-se essencialmente quando uma autoridade nacional, devido a um acto comunitário, adopte, por sua vez, uma medida de que resultem consequências económicas desfavoráveis a um sujeito de direito.

Ora, na opinião da Tribunal de Justiça «a pessoa singular, caso se considere lesada pela aplicação de um acto normativo comunitário considerado ilegítimo, dispõe da possibilidade, se a execução do acto é confiada às autoridades nacionais, de impugnar o próprio acto, por ocasião de tal execução, perante o tribunal nacional, processando a autoridade interna», continuando assente naturalmente que «esse tribunal pode, ou mesmo deve, nas hipóteses contempladas pelo artigo 177.º, submeter ao Tribunal de Justiça uma questão relativa à validade do acto comunitário impugnado» (acórdão de 12 de Abril de 1984 Unifrex, n.º 11, 281/82, Recueil, p. 1969); e que, por conseguinte, a existência de tal «meio de impugnação constitui já um meio adequado de tutela dos interesses particulares» (acórdão de 5 de Dezembro de 1979, Amylum, n.º 14, 116/77 e 124/77, Recueil, p. 3497).

Na mesma perspectiva, e em termos ainda mais gerais, o Tribunal de Justiça estabeleceu que «a acção de indemnização é apreciada à luz do sistema global de tutela jurisdicional dos particulares estabelecida pelo Tratado e que a sua admissibilidade pode encontrar-se subordinada, em tais casos, ao esgotamento dos meios jurisdicionais inter-

nos utilizáveis para efeitos da anulação da decisão da autoridade nacional»; todavia, «para que isso aconteça, é ainda necessário que tais remédios nacionais garantam de maneira eficaz a tutela dos particulares interessados que se consideram lesados pelos actos das instituições comunitárias» (ver acórdão de 26 de Fevereiro de 1986, Krohn, n.º 27, 175/84, Colect., p. 753, e, recentemente, acórdão de 30 de Maio de 1989, Roquette, 20/88, Colect., p. 1553).

De tais enunciados parece poder deduzir-se, de resto em consonância com a doutrina⁴, que caso uma via de acção esteja aberta a nível nacional, tal meio assume carácter prioritário em relação à acção baseada no artigo 215.º, continuando assente todavia que a acção de indemnização continua susceptível de ser proposta em via autónoma, isto é, independentemente da prévia exaustão dos meios de recurso internos, caso esses meios não sejam idóneos para assegurar a efectiva tutela jurisdicional das situações jurídicas que se afirmam lesadas.

Contudo, também em virtude da importância da questão, considero que o alcance da jurisprudência na matéria não pode ser deduzido apenas das afirmações de carácter geral acima referidas, mas antes deve ser analisada tendo em conta, além disso, as diversas situações de que tal jurisprudência derivou. Parece-me, na verdade, que só procedendo dessa forma se poderá chegar a definir as condições em que deve considerar-se

4 — Sobre o carácter subsidiário da acção de indemnização face às vias internas de recurso (pelo menos) nas hipóteses em que o acto comunitário deu lugar a medidas nacionais de aplicação, ver J. Rideau e J. L. Charrier, *Code des procédures européennes*, Paris, 1990, p. 185-186; R. Joliet, *Le droit institutionnel des Communautés européennes. Le contentieux*, Liège, 1986, p. 250 e seguintes; M. Waebroek, in Megret, *Le droit de la Communauté économique européenne*, volume 10, tomo 1, p. 276-281.

que uma acção de indemnização é admissível independentemente da utilização dos meios de recurso internos.

A análise da jurisprudência⁵ indica que uma acção baseada no artigo 215.º é, por regra (continua isolado o acórdão de 17 de Março de 1976, *Lesieur*, 67/75 a 85/75, *Recueil*, p. 391), admissível, independentemente da utilização de meios jurisdicionais a nível interno, desde que o acto da autoridade nacional adoptado com base em disposições comunitárias (de direito derivado) tenha por efeito negar ou retirar a alguém o gozo de benefícios, concessões ou outras vantagens. Tal jurisprudência é essencialmente inspirada pela consideração de que, na hipótese há pouco descrita, a acção intentada a nível nacional, mesmo se coroada de êxito, não garantirá a tutela efectiva dos direitos deduzidos em juízo. Na verdade, ainda que o Tribunal de Justiça, solicitado pelo tribunal nacional nos termos do artigo 177.º, declarasse a invalidade das disposições comunitárias em litígio e o tribunal nacional depois, por força de tal decisão, anulasse a medida nacional impugnada, tal resultado ainda não constituiria para o autor qualquer utilidade concreta. A simples anulação da medida (negativa) não equivale a um reconhecimento do direito reivindicado. É ainda necessário, de facto, que a legislação comunitária, com base na qual a administração nacional age, seja alterada. Incumbirá por isso ao legislador comunitário tirar as consequências da declaração de invalidade pronunciada pelo Tribunal de Justiça e introduzir a norma positiva, sem a qual a autoridade nacional não poderá adoptar as medidas requeridas pelo interessado.

5 — Ver R. Joliet, obra citada, p. 255 e seguintes.

Face as estas circunstâncias, e portanto essencialmente em virtude do carácter não satisfatório da decisão susceptível de ser obtida a nível nacional, o Tribunal de Justiça reconheceu a admissibilidade, como alternativa ao remédio interno, de uma acção baseada no artigo 215.º; e isto mau grado o ressarcimento requerido vir a coincidir com a prestação exigida pelo recorrente da autoridade nacional.

A *ratio* desta jurisprudência, bem ilustrada nas conclusões do advogado-geral Capotorti no processo *Granaria*⁶, foi confirmada pelo Tribunal de Justiça no acórdão *Unifrex* (n.º 12) e, mais recentemente, no acórdão de 29 de Setembro de 1987, *De Boer Buizen*, n.º 10 (81/86, *Colect.*, p. 3677) onde se observa que «a anulação por um órgão jurisdicional nacional da recusa de concessão de uma licença desse tipo a uma empresa distribuidora não pode, portanto, ter por consequência adquirir esta o direito de obter a licença ou a reparação do prejuízo eventualmente sofrido. O mesmo se deve dizer da declaração de invalidade das disposições regulamentares em causa (disposições nas quais a recusa da licença se baseara), a que o órgão jurisdicional nacional poderia chegar após ter colocado ao Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 177.º do Tratado, uma questão prejudicial sobre esta questão».

A solução bem diversa acerca da admissibilidade da acção de indemnização parece, pelo

6 — Acórdão de 28 de Março de 1979, *Granaria* (90/78, *Recueil*, p. 1081). O advogado-geral Capotorti, depois de ter citado a jurisprudência quanto a este ponto, observa textualmente: «Em todas as decisões referidas, o Tribunal de Justiça pronunciou-se pela admissibilidade dos pedidos sem contrapor a necessidade de prévio esgotamento das vias internas de recurso. Isto explica-se, em minha opinião, porque se tratava de casos em que o recorrente, mesmo que tivesse êxito em fazer declarar pelo juiz interno a ilegitimidade das medidas comunitárias que estavam na origem do seu dano, não teria, de qualquer modo, podido obter da administração nacional a prestação à qual se considerava com direito sem prévia intervenção do legislador comunitário. Pelo contrário, na hipótese de a pretensão poder ser satisfeita a nível nacional, o Tribunal de Justiça excluiu a admissibilidade do pedido de indemnização com fundamento no artigo 215G.»

contrário, chegar o Tribunal de Justiça nos casos em que as vias de recurso nacionais garantem efectiva tutela, a ponto de a doutrina tender a reconhecer a existência de um verdadeiro e próprio princípio de subsidiariedade da acção baseada no artigo 215.º relativamente às vias jurisdicionais internas.

Vai contudo especificado que essa jurisprudência se constituiu essencialmente em relação a uma situação de facto concreta bem caracterizada. Aqui faz-se referência à hipótese em que um sujeito jurídico, tendo pago à autoridade nacional um imposto (ou outro encargo) em aplicação de normas comunitárias, considerando tais normas ilegítimas, proponha uma acção de indemnização de danos que tenha por objecto uma soma coincidente com os montantes pagos e considerados indevidos. Face a tais circunstâncias, já no acórdão de 2 de Outubro de 1972, Haegemann (96/71, Recueil, p. 1005), o Tribunal de Justiça estabeleceu que as controvérsias relativas à imposição aos particulares de encargos e imposições contempladas num regulamento comunitário «serão resolvidas, nos termos do direito comunitário, segundo as modalidades estabelecidas pelo direito dos Estados-membros; as contestações relativas à interpretação e à validade dos regulamentos respeitantes aos recursos próprios da Comunidade são, portanto, da competência dos Tribunais nacionais, os quais podem servir-se do reenvio nos termos do artigo 177.º». Por esses motivos, o pedido de ressarcimento coincidente no seu montante com as somas indevidamente cobradas foi declarado inadmissível.

Analogamente, no acórdão 27 de Janeiro de 1976, IBC (46/75, Recueil, p. 65), a sociedade demandante tinha requerido o ressarcimento do dano provocado pela aplicação

em relação a ela, por parte das autoridades italianas, de uma norma de um regulamento relativo aos montantes compensatórios monetários; por efeito da norma, cuja legitimidade contestava, a demandante tivera de pagar somas consideradas superiores às devidas; a acção de indemnização tinha em mira precisamente o reembolso de tais somas a título de ressarcimento.

Ao declarar inadmissível a acção, o Tribunal de Justiça declarou que:

«A acção é, de facto, dirigida contra actos das autoridades italianas adoptados em cumprimento de uma regulamentação comunitária que a demandante considera ilegítima. Diz respeito à legitimidade da cobrança das somas controvertidas pelas autoridades italianas, às quais cabia aplicar e executar em concreto o regime comunitário relativo aos montantes compensatórios monetários, e tem em mira obter da Comunidade, tal como das autoridades nacionais, o reembolso das somas que terão sido indevidamente cobradas.

As normas comunitárias em questão estabelecem os critérios para o cálculo das somas devidas a título de ajustamento entre os encargos à importação e os montantes compensatórios e não deixam qualquer dúvida quanto ao facto de que o apuramento concreto e a cobrança das somas devidas incumbem às autoridades nacionais.

Cabe, por isso, aos tribunais nacionais competentes pronunciar-se quanto à legitimidade de tais actos, aplicando o direito comunitário, nas formas previstas por cada ordenamento jurídico nacional e depois de ter eventualmente utilizado, para verificar a validade do regime comunitário aplicado, o processo previsto no artigo 177.º do Tratado CEE.»

Uma evolução relativa a tais precedentes efectuou-se com o acórdão de 12 de Dezembro de 1979, Wagner (12/79, Recueil, p. 3657). Recordo sucintamente os factos desse processo. A empresa Wagner foi recusada a anulação de uma licença de exportação de açúcar. Para evitar os incómodos e o risco de um processo judicial a nível interno que implicava o reenvio para o Tribunal de Justiça, tinha decidido não impugnar a medida. Além disso, na eminência da extinção do prazo de validade de licença (que teria implicado a perda da caução), a empresa decidiu efectuar, de qualquer modo, a exportação. A operação era todavia realizada em condições financeiras menos favoráveis do que aquelas que teriam sido aplicadas caso a licença — tal como tinha sido requerido — tivesse sido anulada. A não anulação de facto impedia que fosse tida em conta uma precedente alteração das taxas de câmbio no sector agrícola. Tal lucro cessante constituía objecto do pedido de reparação, pedido baseado, mais uma vez, na consideração de que o acto de indeferimento era baseado em disposições comunitárias ilegais.

No acórdão que declara inadmissível a acção, o Tribunal de Justiça afirma que:

«A acção de indemnização prevista nos artigos 178.º e 215.º do Tratado foi instituída como remédio autónomo dotado de uma função no âmbito do regime das vias de impugnação e subordinado, quanto ao seu exercício, a condições relativas ao seu objecto específico. Não tem por finalidade conferir ao Tribunal de Justiça o controlo da validade das disposições adoptadas pelos órgãos nacionais competentes para a execução de determinadas medidas no âmbito da política agrícola comum ou de apreciar as consequências pecuniárias derivadas da eventual invalidade de tais medidas.

A recorrente propôs a acção com fundamento em responsabilidade extracontratual da Comunidade, sustentando que o acto de indeferimento do seu pedido por parte do BALM seria exclusivamente imputável ao comportamento da Comissão. Em sua opinião, o prejuízo sofrido resulta de tal comportamento, pois que as autoridades nacionais não poderiam ter feito outra coisa que aplicar as disposições comunitárias e seguir, no caso, as indicações que lhes foram dadas pela Comissão.

Do acórdão proferido por este Tribunal em 31 de Março de 1977 no referido processo 88/76 resulta que o Regulamento (CEE) n.º 1579/76 não podia aplicar-se a um pedido de anulação apresentado em 1 de Julho de 1976. Todavia, cabia ao tribunal nacional pronunciar-se quanto à legalidade do indeferimento por parte do BALM, à luz do direito comunitário, nas formas estabelecidas pelo direito interno e valendo-se eventualmente do processo previsto no artigo 177.º do Tratado.

A acção tende, na verdade, a obter o ressarcimento do dano decorrente do facto de a demandada não ter conseguido neutralizar os efeitos do acto de indeferimento do BALM. Independentemente das razões que induziram a demandante a não impugnar tal acto perante os tribunais nacionais competentes, este Tribunal não pode considerar admissível uma acção de indemnização como a proposta no caso em apreço contra a Comunidade: de outra forma seria falseado o sistema total das vias de impugnação, concebido para, entre outras coisas, proteger as empresas interessadas contra a aplicação incorrecta dos actos praticados no âmbito da política agrícola comum.

Daí infere-se que seja rejeitado, na medida em que não é pertinente, o argumento da demandante de que a impugnação do acto de indeferimento a nível nacional teria tido como consequência a não utilização da licença de exportação e, devido à demora do procedimento, a perda da caução, consequência que constituiria um risco financeiro de tal envergadura que uma empresa de média dimensão como a demandante não poderia razoavelmente suportar. Optando por evitar tal risco, a demandante exclui de facto também a possibilidade de fazer sanar o vício de ilegalidade por ela invocado.»

8. Naturalmente, a jurisprudência citada pode ser objecto de diversas interpretações conforme a *ratio decidendi* que se considere que a tenha inspirado.

De facto, caso se considere que o Tribunal de Justiça foi movido essencialmente pelo intento de evitar a confusão entre a acção comunitária de indemnização e os processos de repetição de somas indevidamente pagas, que devem ser instaurados a nível nacional, não deverá logicamente concluir-se daí que a acção de indemnização seja inadmissível apenas quando o prejuízo alegado coincida exactamente com o montante pago em aplicação do acto nacional de execução alegadamente ilegítimo. Neste caso porém a acção de indemnização resultará inadmissível simplesmente porque, por tal via, seria imposta à Comunidade a obrigação de reembolsar a redução patrimonial sofrida pelo sujeito de direito, quando cabe evidentemente à autoridade nacional restituir as somas recebidas *sine titulo*.

Parece-me todavia que esta jurisprudência é susceptível também de uma leitura mais am-

pla. Considero, de facto, que ela permite concluir que a acção baseada no artigo 215.º será em geral inadmissível quando dirigida à obtenção do mesmo resultado que teria podido ser utilmente atingido mediante uma acção promovida a nível nacional. Na prática isto quer dizer que a acção de indemnização não pode ser utilizada com a finalidade de eliminar ou, de qualquer forma, neutralizar os efeitos de um acto lesivo, quando tal objectivo pode ser realizado impugnando o mesmo acto num tribunal nacional (e suscitando nesta sede a questão de validade das disposições comunitárias de base); e isto com a única reserva — adiante especificada — de que o remédio jurisdiccional interno seja de qualquer forma idóneo para garantir uma tutela efectiva.

As afirmações de carácter geral do Tribunal de Justiça sobre a necessidade de respeitar a função específica que as diversas vias de recurso contempladas no Tratado assumem no sistema global de protecção jurisdiccional, e em particular o referido acórdão Wagner, parece-me confirmarem tal solução.

No caso Wagner, de facto, a empresa não tinha requerido, a título de ressarcimento, a restituição de pagamentos indevidos, se bem que tivesse requerido o ressarcimento pelo lucro cessante provocado pelo indeferimento do pedido de anulação da licença. Neste caso, o Tribunal de Justiça teve evidentemente em conta o facto de a demandante ter podido obter resultado análogo impugnando em sede nacional o acto de indeferimento. Ela quis portanto evitar que a acção baseada no artigo 215.º pudesse ser utilizada como uma espécie de *alternativa* aos remédios de ordem interna, mesmo se em tais hipóteses — como há pouco no caso Wagner — esses remédios implicassem maiores riscos para o interessado. Por ou-

tras palavras, o Tribunal de Justiça parece inspirar-se no critério, bem delineado pelo advogado-geral Capotorti no citado processo Granaria, segundo o qual a acção de indemnização resultará inadmissível quando «a pretensão podia ser satisfeita a nível nacional».

mento, não será um controlo pleno da legalidade, mas será restringido ao apuramento da existência de uma violação suficientemente caracterizada de uma norma superior de tutela dos particulares: o exame do acto resultará por isso limitado ao apuramento daqueles aspectos e só face a tais condições de mérito a acção poderá ser julgada procedente.

Esta interpretação parece-me, por outro lado, coerente com o equilíbrio do sistema de protecção jurisdiccional comunitário. Neste contexto ocorre recordar que a hipótese em análise é a de responsabilidade extracontratual decorrente não de facto ou de comportamento material, mas antes de um acto jurídico que se supõe ilegal. Nesta hipótese portanto, o controlo da legitimidade do acto constitui o pressuposto fundamental do apuramento da responsabilidade e da subsequente obrigação de ressarcimento. Ora, na medida em que o ordenamento prevê adequados processos para exercer tal controlo, será de todo injustificado prescindir deles para utilizar, em alternativa, a acção de indemnização; acção não prevista nem configurada para verificação da legalidade dos actos.

Na verdade, como o Tribunal de Justiça sublinhou, a acção baseada no artigo 215.º tem por objectivo apenas a reparação e, em particular, não tem em mira permitir o controlo da validade dos actos adoptados pelas organizações nacionais com base em actos comunitários ilegais. Tratando-se de actos das instituições no âmbito do exercício de poderes discricionários, a ressarcibilidade subsiste apenas se estiverem realizadas as condições limitativas fixadas na jurisprudência HNL (acórdão de 25 de Maio de 1978, 83/76 e 94/76, 5/77, 15/77 e 40/77, Recueil, p. 1209). Resulta daí que o controlo exercido no quadro do artigo 215.º, na medida em que dirigido apenas ao ressarci-

Além disso, mesmo quando o recurso com base no artigo 215.º seja coroado de sucesso, a declaração de ilegitimidade assume a natureza de mero incidente, e não produz de forma nenhuma os efeitos próprios de uma declaração de invalidade nos termos do artigo 177.º Basta pensar que esta última importa — pelo menos — a desaplicação do acto comunitário declarado inválido no âmbito do processo de reenvio, o que implica, por norma, a anulação do acto nacional de execução impugnado naquela sede. Além disso, o Tribunal de Justiça, pronunciando-se nos termos do artigo 177.º, não se limitou a salientar a invalidade, mas reconheceu (ver dispositivo dos acórdãos de 19 de Outubro de 1977, Ruckdeschel, 117/76 e 16/77, Recueil, p. 1753, e de 29 de Junho de 1988, Van Landschoot, 300/86, Colect., p. 3443) a obrigação das autoridades comunitárias de adoptar os actos (de revogação ou alteração) necessários para remediar a incompatibilidade verificada; e isto sem considerar as hipóteses em que o Tribunal de Justiça, tendo reconhecido a invalidade de um regulamento — por violação do princípio de igualdade — na parte em que não previa a concessão de uma isenção da taxa de co-responsabilidade para algumas categorias de operadores, dispôs que, aguardando que o legislador comunitário adoptasse os actos necessários para repor a igualdade de tratamento, as autoridades nacionais, além de continuarem a aplicar a isenção prevista na disposição declarada inválida, deviam alargar a mesma isenção aos

operadores atingidos pela discriminação reconhecida (ver acórdão Van Landschoot, já referido).

Portanto, quer o alcance quer os efeitos do controlo da legitimidade dos actos diferem substancialmente conforme esse mesmo controlo seja exercido no quadro para tal previsto, ou seja o processo de reenvio nos termos do artigo 177.º, ou no quadro, bem mais restrito, previsto pelo artigo 215.º Parece-me por isso coerente com o interesse geral, como com o interesse particular daquele que recorre aos tribunais, que a legalidade dos actos comunitários em que se baseiam medidas nacionais lesivas seja apreciada sem limites de âmbito e com plenitude de efeitos: o quadro adequado para tal apreciação «no sistema de tutela judicial instituído pelo Tratado» só pode ser o reenvio pelo órgão jurisdicional interno no qual a medida nacional de execução foi impugnada.

E naturalmente confirma e não desmente a interpretação aqui sustentada o facto de o Tribunal de Justiça considerar excepcionalmente admissível a acção de indemnização quando os meios internos se afigurem inadequados para garantir a efectiva tutela jurisdicional (ainda que, à luz dos recentes precedentes, como o referido acórdão Van Landschoot, seja de considerar que a via da impugnação a nível nacional, e subsequente reenvio prejudicial, represente, na *quase totalidade* dos casos, o meio mais *idóneo* para garantir a efectiva tutela dos direitos de quem recorre à justiça). Nesta hipótese, de facto a acção não é dirigida à obtenção de um resultado análogo ao dos remédios internos, mas de um resultado que a nível interno é impossível conseguir.

Obviamente, pois, caso a eliminação da medida nacional impugnada não seja suficiente para diluir todas as consequências prejudiciais produzidas, será sempre possível intentar uma acção de responsabilidade para a reparação de tais consequências. Assim, por exemplo, se a suspensão de uma licença de importação pela autoridade nacional em conformidade com um regulamento comunitário foi anulada pelo tribunal nacional na sequência da declaração de invalidade do regulamento de base, será ainda possível requerer, com fundamento no artigo 215.º, o ressarcimento dos custos *medio tempore* suportados, por exemplo, pela armazenagem e conservação das mercadorias, ou pela sua deterioração. Mas — e é conveniente sublinhá-lo —, a acção será proposta, nesse caso, só depois de decidida, em sede adequada, a sorte das medidas lesivas e portanto em relação a lesões de ora em diante consumadas e liquidáveis.

Resta um último aspecto. É por alguns salientado que a exaustão dos meios internos imporia ao demandante um difícil «périplo judicial»⁷, tanto mais longo quanto o reenvio não tenha sido efectuado pelo tribunal de primeira instância.

A esta objecção já se respondeu em parte, observando que resulta também do interesse particular do demandante impugnar directamente o acto lesivo a nível nacional (reserva feita à possibilidade de requerer, com base no artigo 215.º, o ressarcimento do dano maior).

Quanto à maior duração ou complexidade do processo a nível interno, parece-me tra-

7 — Ver M. Waelbroek, obra citada, p. 281.

tar-se, de qualquer forma, de um risco mais aparente que real. O sistema de controlo difuso centrado à volta do artigo 177.º, apesar de articulado a diversos níveis, foi concebido como um sistema integrado e unitário, características estas que se têm vindo progressivamente a evidenciar e a desenvolver. Não há motivo algum para considerar que tal arquitectura seja inadequada para garantir plena protecção aos interessados, a ponto de levar a considerar a acção de indemnização como uma via *alternativa* (à escolha dos interessados) relativamente à via especificamente prevista para o controlo de legalidade dos actos. Isto por maioria de razão depois que a jurisprudência estabelecida em Foto-Frost (acórdão de 22 de Outubro de 1987, 314/85, Colect., p. 4199) sancionou a *obrigatoriedade* do reenvio na hipótese de o tribunal nacional considerar viciado o acto comunitário no qual se baseia a medida nacional submetida à sua apreciação; e isto ainda tendo em consideração a circunstância de que a própria jurisprudência há pouco invocada parece permitir ao tribunal nacional a suspensão cautelar (dos efeitos) do acto comunitário cuja validade está em questão, reduzindo dessa forma o risco de a dilação do processo prejudicar o direito reivindicado pelo demandante.

9. Isto em linha de princípio. Voltando agora ao caso em apreço, convém antes de mais salientar que a acção de ressarcimento de danos se baseia na ilegitimidade, por violação do princípio de igualdade, das normas da Directiva 87/343 relativas à reserva de compensação.

Deve portanto verificar-se, antes de mais, se as demandantes dispunham de vias judiciais internas no âmbito das quais podiam suscitar a questão da validade do acto comunitário em litígio.

Pelo menos no que toca ao Reino Unido, que é, note-se, um dos países em que Les Assurances du crédit operam, e que é, por conseguinte, um dos três mercados em que se terá verificado o dano objecto da presente acção, as demandantes tinham a possibilidade de instaurar uma acção de «judicial review» nos tribunais nacionais, tendo por objecto o reconhecimento, de forma preventiva, da ilegalidade das disposições regulamentares de execução da directiva, enquanto baseadas num acto comunitário que contrasta com o princípio da igualdade, requerendo ao mesmo tempo ao tribunal nacional o reenvio prejudicial para o Tribunal de Justiça sobre a validade da própria directiva. Um exemplo recentíssimo de tal *modus procedendi* resulta do acórdão de 13 de Novembro de 1990, Fedesa (C-331/88, Colect., p. I-4023), que tem origem num litígio surgido perante um órgão jurisdicional britânico, no qual as demandantes tinham posto em causa a validade da directiva «hormonas» e das normas nacionais relativas à sua execução.

Mas, ainda na hipótese de não existir a possibilidade de impugnar *directamente* as disposições nacionais de execução da directiva (por exemplo, devido a disposições com natureza de leis e na falta de qualquer outro acto regulamentar impugnável), a situação, do ponto de vista da possibilidade de tutela judicial a nível interno, apresentava-se apenas mais complicada. Neste contexto, ocorre salientar que a Directiva 73/239, em cujo quadro normativo a directiva em litígio vem inserir-se, prevê, nos artigos 20.º e seguintes, uma série de medidas a adoptar pelas autoridades nacionais de controlo na hipótese de as empresas de seguros não se conformarem com as regras de prudência e obrigações conexas. Em particular, a directiva prevê, como medida «extrema», a revogação da autorização (artigo 22.º), estabelecendo, ao mesmo tempo, que contra tais de-

ciões de revogação cada Estado-membro deve prever uma via de recurso jurisdicional (n.º 3 do artigo 22.º). A directiva prevê também medidas menos graves como restrições à livre disponibilidade dos activos (n.º 1 do artigo 20.º) e, em geral, «todas as medidas adequadas à salvaguarda dos interesses dos segurados» (n.º 4 do artigo 20.º). Ora, parece-me indubitável que as demandantes, omitindo constituir no todo ou em parte a reserva de que fala a Directiva 87/343 ou, de qualquer forma, de satisfazer qualquer exigência de carácter administrativo ou de ordem contabilística a ela ligadas, poderiam ter provocado a adopção pela autoridade de controlo de uma das medidas acima referidas, para contestar depois, em sede judicial, a validade dessa mesma medida porquanto baseada em disposições comunitárias ilegais; além disso, poderiam ter requerido naquela sede a suspensão da execução do acto a elas dirigido, até decisão definitiva. Parece-me portanto que também nestas hipóteses as demandantes dispunham de uma via para instaurar um processo judicial a nível interno.

Nem se objecte que sempre nesta hipótese as demandantes se teriam visto forçadas a transgredir todas as disposições da directiva, assumindo assim o risco de consequências mais ou menos gravosas. Esta, de facto, é uma situação que se verifica normalmente quando se queira contestar a legitimidade de disposições, comunitárias ou nacionais, que impõem encargos, obrigações ou outras restrições e que não sejam impugnáveis directamente pelo sujeito onerado. Frequentíssimos de resto são os recursos prejudiciais sobre os quais o Tribunal Justiça é chamado a pronunciar-se que encontram a sua origem em processos instaurados pelas autoridades nacionais contra sujeitos que tenham

transgredido determinados regimes; quando, de facto, tais regimes não sejam directamente impugnáveis, mediante, por exemplo, uma acção de «judicial review», a via normal, para suscitar uma fiscalização judicial quer sobre a compatibilidade das disposições nacionais com o direito comunitário quer — como no caso que nos ocupa — sobre a validade das normas comunitárias nas quais o regime nacional se baseia, é precisamente a de não respeitar alguma das obrigações impostas e provocar um reenvio prejudicial no âmbito do processo daí decorrente.

É verdade que tal itinerário pode comportar riscos (em todo o caso limitados nos casos mais graves pela possibilidade de uma suspensão dos eventuais actos executivos), mas é também verdade que tais riscos — como confirma a jurisprudência consagrada no acórdão Wagner, já citado — constituem um elemento fisiológico de qualquer acção prejudicial e que cabe em definitivo ao interessado decidir-se tendo em conta as vantagens e os riscos próprios de um determinado processo judicial; sem contar, por outro lado, que, no caso em apreço, mesmo esses (limitados) riscos pareciam evitáveis promovendo uma acção de «judicial review» perante um tribunal britânico.

Dito isto, devo acrescentar que, promovendo a presente acção de indemnização, as demandantes visam obter um resultado de todo análogo àquele que teriam podido conseguir a nível interno, mediante um dos processos acima referidos. Neste caso, de facto, a acção com base no artigo 215.º apenas visa obter da Comunidade, por via do ressarcimento, a compensação do encargo financeiro inerente à constituição e gestão da reserva prevista pela Directiva

87/343. Por outras palavras, a acção é dirigida essencialmente a neutralizar, se não a eliminar, os efeitos económicos do acto reputado discriminatório pelas demandantes. Ora, esse mesmo objectivo poderia e deveria ter sido conseguido promovendo um reenvio prejudicial com vista ao reconhecimento dos efeitos discriminatórios do acto e, portanto, da sua invalidade.

Por outro lado, que, no caso em apreço, é requerido não tanto um ressarcimento de danos como uma substancial neutralização dos efeitos do acto parece demonstrado pela circunstância de que, caso o Tribunal de Justiça julgasse procedente a acção, viria na prática a reconhecer às demandantes uma espécie de direito permanente à compensação do encargo financeiro da reserva. De facto, o dano identifica-se com o custo da constituição e gestão da reserva e portanto uma sentença que julgasse procedente a acção implicaria, na realidade, uma espécie de isenção das demandantes da constituição da própria reserva e não a reparação de um prejuízo específico.

Por fim, note-se que, no caso em apreço, as vias de recurso a nível interno não só teriam permitido conseguir o objectivo da presente acção de indemnização, mas teriam, além disso, garantido uma efectiva e mais extensa protecção jurisdicional. Na verdade, como se teve ocasião de indicar, o Tribunal de Justiça tem-se pronunciado várias vezes, no âmbito do processo nos termos do artigo 177.º, sobre o carácter discriminatório de regulamentações que impunham encargos (ou, inversamente, reservavam benefícios) só a determinadas categorias de operadores. Uma sentença declaratória de invalidade implica a caducidade das medidas nacionais de aplicação, mesmo que a obrigação das instituições comunitárias de sanar a ilegitimidade reconhecida (sem querer considerar a

eventualidade de o Tribunal de Justiça especificar as medidas que as próprias autoridades nacionais devem adoptar na sequência do acórdão e até à alteração do regime comunitário em questão). Não há dúvida portanto de que o reenvio prejudicial centrado na questão da validade da directiva teria proporcionado às demandantes uma tutela muito mais efectiva do direito (à não sujeição a encargos discriminatórios) que pretendem ver de outra forma reconhecido através do exercício, por via alternativa, da acção baseada no artigo 215.º

Por fim, considero que a presente acção tem em vista, na realidade, contestar a eficácia da directiva em litígio e portanto o mesmo resultado que deveria ter sido prosseguido mediante os meios de recurso jurisdicionais a nível interno. Proponho, portanto, que se declare a inadmissibilidade da acção.

Quanto à segunda excepção de inadmissibilidade

10. Nas conclusões apresentadas no acto introdutório de instância, as demandantes requerem ao Tribunal de Justiça, entre outras coisas, que ordene às instituições a adopção de medidas idóneas para pôr termo às ilegitimidades alegadas. As instituições demandadas suscitam a excepção de inadmissibilidade de tal pedido alegando a incompetência do Tribunal de Justiça para pronunciar tais injunções.

Considero que a excepção deve ser admitida.

Diversamente de quanto foi sustentado pelas demandantes, o Tribunal de Justiça não dis-

põe de semelhante competência com base no artigo 178.º Tal norma, de facto, se habilita o Tribunal de Justiça a decidir sobre pedidos de indemnização de danos pela Comunidade, não lhe permite impor às instituições comunitárias actos positivos com um determinado objecto. Segundo um princípio inerente a todos os ordenamentos jurídicos, que impõe uma clara separação entre a função jurisdicional e a actividade de criação do direito, o juiz não pode imiscuir-se nas escolhas normativas que entram na competência discricionária das instituições investidas nesse poder. De resto, uma jurisprudência constante que se formou no âmbito do contencioso do pessoal das instituições comunitárias, mas evidentemente inspirada nas razões de princípio há pouco enunciadas, confirma que ao Tribunal de Justiça não compete dar ordens à administração e que eventuais obrigações da administração podem apenas derivar da anulação de alguns dos seus actos (ver acórdão de 26 de Janeiro de 1989, Koutchoumoff, 224/87, Colect., p. 99; de 21 de Novembro de 1989, Becker, C-41/88 e C-78/88, Colect., p. 3807; e de 14 de Fevereiro de 1990, Schneemann, C-37/88, Colect., p. I-369).

Por outro lado, observe-se que, na réplica, as demandantes alteraram, pelo menos em parte, o pedido formulado na acção. Parece de facto que requerem essencialmente ao Tribunal de Justiça que, uma vez reconhecido o carácter discriminatório do regime em litígio, especifique que incumbe às instituições a *obrigação* de tomar as medidas necessárias para repor a igualdade de tratamento.

Ora, como há pouco foi precisado, uma obrigação deste tipo deriva de uma declaração de invalidade de um acto, mas não de uma sentença que julgue procedente uma

acção de indemnização, sentença no âmbito da qual a apreciação da legalidade do acto tem carácter puramente incidental. Quando muito, o pedido formulado a este respeito pelas demandantes confirma mais uma vez que se moveram num quadro processual inadequado, no sentido de que o objectivo por elas pretendido poderia e deveria ser prosseguido mediante uma acção proposta a nível nacional, no âmbito da qual podiam suscitar a questão da invalidade do regime considerado discriminatório.

Não pode também ser acolhido o outro argumento deduzido pelas demandantes na réplica, segundo o qual o Tribunal de Justiça poderia de qualquer forma, na situação concreta, tomar medidas injuntivas com base no artigo 186.º do Tratado. De facto, não só nas conclusões da petição não é feita qualquer referência a essa norma, mas sobretudo resulta evidente da petição introdutória da instância que as demandantes não requereram a adopção de medidas provisórias e de urgência, mas sim de medidas *definitivas* consistentes numa alteração, no sentido por elas desejado, do regime comunitário do seguro de crédito à exportação.

É igualmente afastada a afirmação, também ela avançada apenas na réplica, de que o Tribunal de Justiça poderia adoptar medidas de injunção com base no segundo parágrafo do artigo 176.º A interpretação da norma que as demandantes invocam parece-me deturpar completamente o seu alcance. Na verdade, o segundo parágrafo do artigo 176.º limita-se a ressaltar a faculdade de quem for lesado por um acto (já) anulado com base no artigo 173.º, se dirigir ao Tribunal de Justiça com vista a obter o ressar-

cimento do prejuízo posterior; isto todavia não constitui uma alteração da competência do Tribunal no quadro da acção de indemnização, competência que se limita, como mais de uma vez se repetiu, à condenação no pagamento de uma soma em dinheiro e não compreende o poder de ordenar às instituições a adopção de medidas de conteúdo determinado.

a qualquer encargo comparável às reservas contempladas pela directiva, constituindo isto uma escolha cuja responsabilidade no plano jurídico é imputada aos próprios Estados-membros e não à Comunidade. Em última análise, na verdade, nada impedirá os Estados-membros de adoptar para as seguradoras públicas regras de prudência análogas às previstas pela directiva para as seguradoras privadas.

Quanto ao mérito

11. Quanto ao mérito, as instituições demandadas levantam, antes de tudo, uma objecção de carácter preliminar. Sustentam que no caso em apreço a Comunidade não instituiu qualquer regime discriminatório. Simplesmente, na adopção da primeira directiva, ter-se-ia dado conta de que não era ainda possível harmonizar as regulamentações nacionais respeitantes ao seguro do crédito à exportação efectuado por conta ou com a garantia do Estado. Ficou-se por isso por uma harmonização parcial, disciplinando o sector privado (em particular, regulando as diversas garantias financeiras para tutela de terceiros) e deixando, pelo contrário, aos Estados-membros a competência de disciplinar a actividade das seguradoras públicas neste sector.

Parece-me que a objecção formulada pelas demandadas deve ser rejeitada, na medida em que arrisca levar à consequência inaceitável de que, na hipótese de vir a ser harmonizado apenas um sector de uma determinada matéria, o legislador europeu estaria libertado da necessidade de respeitar o princípio da igualdade de tratamento.

Neste contexto, vai recordado que tal princípio tem carácter fundamental, não só porque constitui pedra angular dos sistemas jurídicos contemporâneos, mas também por uma razão mais específica. A legislação comunitária é de facto uma legislação que diz respeito essencialmente a fenómenos e actividades económicas. Em tal matéria, estabelecer regras diversas para situações análogas não só se traduz numa desigualdade perante a lei, mas implica, além disso, inevitavelmente, distorções de concorrência de todo inconciliáveis com a filosofia de fundo do mercado comum.

O Conselho e a Comissão reconhecem, além disso, que limitar apenas ao sector privado a aplicação das normas de prudência comuns significava de facto que os operadores públicos teriam continuado a não estar sujeitos a qualquer garantia financeira. As instituições, todavia, observam que aceitaram simplesmente tal situação de facto, sem a ter criado, e que se os Estados-membros decidiram não submeter os seguros públicos

Ora, voltando ao problema que nos ocupa, deve notar-se que o legislador comunitário deve em particular velar pela igualdade de tratamento ao *definir* o âmbito de aplicação *ratione personarum* dos regimes adoptados; e

isto sobretudo quando tais regimes têm por objecto — ou de qualquer modo implicam — a instituição de encargos (ou benefícios) em relação a determinados operadores económicos. Manifesto é nestes casos o risco que um regime diferenciado *ratione personarum* provoque distorções de concorrência injustificadas e prejudiciais, tanto do ponto de vista do equilíbrio geral do mercado como do ponto de vista particular dos sujeitos directamente lesados.

Isto em termos gerais. Os demandados, porém, objectam que a situação seria apreciada de outra forma sendo o acto comunitário em questão não um regulamento, mas uma directiva de harmonização parcial. Em síntese, o significado da argumentação dos demandados é o seguinte.

Caso exista um regulamento que estabeleça encargos (ou benefícios) em relação a determinados operadores económicos e não a outros (por exemplo, prevendo que sejam isentos da taxa de co-responsabilidade certas categorias de produtores de cereais e não outras), semelhante diferença de tratamento seria, sem mais, imputável ao legislador comunitário que seria, por consequência, obrigado a responder por ela. Nestes casos, de facto, é a norma comunitária que estabelece o regime aplicável às diversas categorias, sujeitas ou não ao encargo (ou ao benefício).

Bem diversa — na opinião dos demandados — será a situação que se verifica quando é adoptada uma directiva de harmonização

parcial, como a em litígio. Nestes casos, o legislador comunitário limita-se a estabelecer as normas comuns aplicáveis aos operadores que entram no âmbito de aplicação pessoal da directiva de harmonização. Nenhuma norma comunitária se aplica, pelo contrário, aos sujeitos estranhos ao âmbito da directiva: estes continuam sujeitos apenas às normas nacionais. Estas últimas, além disso, podem ser de conteúdo análogo ou divergente do das normas harmonizadas. Se forem de conteúdo divergente, poderá também resultar daí uma disparidade de tratamento, na medida em que de facto é aplicado um duplo regime aos operadores, no fim de contas concorrentes. Mas tal disparidade de tratamento — sempre segundo a opinião das demandadas — dependerá exclusivamente das escolhas normativas feitas pelos Estados-membros: é a estes últimos, portanto, que deve ser imputada a eventual existência de uma violação do princípio de igualdade.

Prestando, porém, homenagem à qualidade dialéctica da fundamentação, considero todavia que esta assenta essencialmente numa *ficção*. De facto, não tem em conta a circunstância de que, no caso em apreço, o elemento de discriminação é situado pelas recorrentes na arbitrariedade da harmonização parcial e não no conteúdo das normas nacionais (legitimamente) aplicadas nos sectores (ainda) não harmonizados. Explico-me. O que é silenciado pelos demandados é que, a partir do momento em que o legislador comunitário, ao harmonizar as condições de exercício de uma actividade (como os seguros de crédito à exportação), *limita* o âmbito de aplicação das normas harmonizadas a uma única categoria de operadores (as seguradoras privadas), *permite*, por isso mesmo, às autoridades nacionais a adopção de normas de conteúdo divergente em relação às outras categorias (as seguradoras públicas) excluídas da harmonização.

Se portanto vem a criar-se um duplo regime, consistente na aplicação de normas comunitárias, por um lado, e nacionais, por outro, isso depende apenas da escolha do legislador comunitário quanto à delimitação do âmbito de aplicação pessoal da directiva. E se depois — para ser ainda mais claro — este duplo regime se traduz na sujeição do sector privado, por força da directiva, a um encargo como a reserva de compensação, enquanto o sector público, regulado pelas normas nacionais, não está adstrito a qualquer vínculo financeiro, tal disparidade de tratamento pode ser referida e imputada apenas ao legislador comunitário, na medida em que este *permitted* a aplicação pelo legislador nacional de normas divergentes das normas comuns.

Isto é tanto mais evidente no caso em apreço se se tiver em conta o *esboço histórico*, antes traçado, do regime controvertido. Com efeito, depois da adopção da primeira directiva na matéria, as instituições comunitárias tinham perfeita consciência do facto de que nenhuma garantia financeira a cargo do sector público estava prevista nos Estados-membros. Tal como foi esclarecido pela Comissão, a Comunidade aceitou este estado de coisas. Portanto, submetendo — ainda que provisoriamente — às regras de prudência comuns só o sector privado, o Conselho permitiu, nem mais nem menos, que o sector público continuasse liberto de quaisquer encargos deste tipo.

Por outro lado, tal tese levaria à consequência absurda de que a própria discriminação, caso seja objectivamente fundada, não seria imputável a ninguém. Nem aos Estados-membros, desde o momento em que estes puderam legitimamente adoptar ou manter as próprias normas, em virtude do facto de a directiva harmonizar só parcialmente a matéria (a menos que se pretenda considerar que também nas hipóteses de harmonização parcial os Estados-membros são de qualquer maneira obrigados, nos sectores deixados à sua competência, a adoptar normas de conteúdo análogo ao das normas estabelecidas pela directiva nos sectores harmonizados, o que seria evidentemente aberrante porquanto iria transformar sub-repticiamente a harmonização parcial numa harmonização global); mas nem à Comunidade, uma vez que esta última considera não dever responder pelas disparidades de tratamento devidas à limitação da esfera de aplicação pessoal da directiva. Em resumo, isto quer dizer que nas hipóteses em que o Conselho harmonize parcialmente as condições de exercício de uma determinada actividade, prevendo a aplicação de encargos em relação a uma certa categoria de operadores e ao mesmo tempo excluindo da harmonização e portanto dos mesmos encargos outras categorias de operadores concorrentes, tal situação não poderá ser analisada sob o prisma do respeito do princípio da igualdade.

Quanto ao alcance da alegada discriminação

Finalmente, considero que no caso em apreço as instituições demandadas não podem defender-se sustentando que a discriminação denunciada não é imputável à Comunidade.

12. Uma vez rejeitada a objecção preliminar formulada pelas demandadas e antes de examinar se o regime controvertido tinha ou não carácter discriminatório, devemos, antes de tudo, entender-nos quanto ao alcance da alegada discriminação.

A alínea d) do n.º 2 do artigo 2.º da Directiva 73/239 estabelece que não se aplica às operações de seguro de crédito à exportação por conta ou com o apoio do Estado. Nos mesmos termos se exprime o artigo 1.º da Directiva 87/343. Em bom rigor, portanto, são as operações e não os operadores a ficar de fora da eficácia das normas harmonizadas.

A distinção todavia parece revestir escassa importância. Antes de tudo mais, é evidente que operações por conta ou com o apoio do Estado só podem ser realizadas pelos organismos e estabelecimentos enquadrados — ainda que com fórmulas diversas — no sector público e que institucionalmente operam no sector de seguros de crédito à exportação. A exclusão de tais operações do âmbito de aplicação da directiva vai portanto em benefício apenas dos operadores públicos.

Além disso, acresce que em alguns Estados-membros — é precisamente o caso do Reino Unido, além da Grécia, da Itália e da Irlanda — o operador público em questão só pode agir *por conta do Estado*, sendo excluída qualquer actividade *por conta própria*. Nestes casos portanto, a exclusão das operações estabelecida pela directiva coincide *sic et simpliciter* com a exclusão dos operadores, uma vez que estes apenas podem efectuar operações por conta do Estado.

Em outros países, a situação é apenas aparentemente diversa. Na Bélgica, o operador público assegura o conjunto das operações *por conta própria*; noutros lados, como em

França, o operador público exerce uma parte da actividade *por conta própria*. Todavia, como resulta das respostas fornecidas pela Comissão ao Tribunal, nesses casos as regras da directiva comunitária não são igualmente aplicáveis; quando muito — onde previsto — poderão aplicar-se regras de prudência previstas pelas disposições nacionais. Isto parece depender da circunstância de os estabelecimentos e organismos que intervêm no mercado do seguro de crédito à exportação, também quando agem formalmente *por conta própria*, beneficiarem, de qualquer modo, de uma *garantia do Estado*, na medida em que gozam — ainda que segundo modalidades e sistemas diversos — da cobertura financeira pública (por exemplo, em França, o operador público, a Coface, tratando-se da actividade desenvolvida por conta própria, contesta mesmo que as regras nacionais lhe sejam aplicáveis, observando precisamente que a globalidade das suas obrigações é, em todo o caso, garantida pelo Tesouro). Por outro lado, a admitir-se que, nos Estados (como a França ou a Bélgica) em que a seguradora pública opera também, ou só, por *conta própria*, a directiva deva ser necessariamente aplicada àquelas operações, deverá deduzir-se daí que esses Estados se encontram desde há anos numa situação de infracção, dado que é pacífico — como já foi salientado — que essas operações são eventualmente submetidas a regras nacionais, mas nunca estiveram sujeitas às normas da directiva. Em conclusão, portanto, a alínea d) do n.º 2 do artigo 2.º da Directiva 73/239, tal como foi alterada pela directiva em litígio, deve entender-se no sentido de que exclui o *sector público* do seguro de crédito à exportação do cumprimento das regras de prudência comuns previstas para o sector privado. Aliás, a Comissão, no ponto 10 da contestação, especifica que «tinha como base de partida uma situação na qual os poderes de controlo dos Estados-membros, inclusive as normas de prudência, se aplicaria ao *sector privado* mas não ao *sector público*»; mais adiante, no

ponto 11, a própria Comissão acrescenta que, por causa dos receios manifestados no seio do Conselho, este último tinha decidido não «sujeitar o *sector público* às mesmas normas de prudência». Em termos de todo análogo se exprimiu também o Parlamento Europeu na referida resolução de 17 de Outubro de 1980.

13. É portanto este o alcance real do regime de que se trata; e é em relação a tal alcance que se deve verificar se existe ou não uma discriminação ilegal.

Por razões de clareza é oportuno antecipar o esquema da análise que se segue.

Em primeiro lugar, verificar se entre os operadores sujeitos a regime diverso existe, e em que medida, concorrência.

Uma vez verificada a existência de concorrência, dever-se-á estabelecer se a diversidade de tratamento, prejudicial para os operadores privados (ou para as operações por eles efectuadas), se justifica por razões objectivas.

Finalmente, e na medida em que o regime controvertido não tenha justificações objectivas (ou esteja, de qualquer modo, afectado de outros vícios de legalidade), deve verificar-se se subsistem ou não as condições para fazer valer a responsabilidade extracontratual da Comunidade e para conceder aos concorrentes o ressarcimento requerido.

A concorrência entre o sector privado e o sector público no seguro de crédito à exportação

14. Numa peritagem anexada à petição, as demandantes afirmam que a concorrência entre o sector público e o sector privado apenas é excluída só para o seguro de crédito à exportação a longo prazo. Subsistiria, pelo contrário, uma viva concorrência no que toca aos riscos comerciais a breve e a médio prazo em relação às exportações intracomunitárias (ou, de qualquer forma, com destino a países da OCDE). Marginal resultaria pelo contrário a concorrência relativamente ao risco político ou de qualquer forma a exportações com destino aos países em vias de desenvolvimento. Estas conclusões de carácter geral são sufragadas pelas análises detalhadas relativas aos três mercados em causa (Reino Unido, França e Bélgica), que aqui se omite relatar para não tornar mais pesado o discurso.

Por sua parte, as instituições demandadas não contestam minimamente a subsistência de segmentos do mercado em que existe concorrência entre o sector privado e o sector público. O Tribunal de Justiça, na verdade, pôs uma questão específica a este respeito; em resposta a essa questão, a Comissão confirmou a veracidade das alegações das demandantes.

No anexo II a tal resposta, a Comissão afirma, na verdade, que:

«A l'exception d'exemples marginaux (pool de souscription PARIS qui intervient en France sur le risque politique), la concur-

rence entre les organismes qui interviennent avec le soutien de l'État et les assureurs privés s'exerce pour l'essentiel sur le risque commercial court terme concernant les exportations dans les pays de la zone OCDE. Il ne s'est pas jusqu'à présent dégagé de capacités significatives dans les entreprises privées pour assurer sans la garantie de l'État le risque politique ou le risque commercial long terme.»

No mesmo documento, a Comissão especifica que:

— no que respeita ao *Reino Unido*, o operador público, ECGD (Export Credit Guarantee Department, instituto governamental autónomo sob o controlo directo do secretário de Estado do Comércio) *se encontra em concorrência com diversos operadores privados*, entre os quais Les Assurances du crédit de Namur, no risco comercial a curto prazo (e eventualmente a médio prazo) e marginalmente no risco político;

— no que toca à *França*, o operador público, Coface (sociedade anónima controlada por via indirecta pelo Estado), *está em concorrência com os privados*, entre os quais Les Assurances du crédit de Namur, nos riscos comerciais a curto prazo (além disso, entre os privados, o grupo PARIS segura o risco político sem garantia do Estado);

— no que respeita à *Bélgica*, o operador público, OND, *está em concorrência com os privados*, entre os quais Les Assuran-

ces du crédit de Namur, nos riscos comerciais em geral e, desde 1986, no risco político.

A estas comparações pontuais acrescem, a título de confirmação suplementar, as observações formuladas pelo CES e pelo Parlamento Europeu, ao longo do *itinerário* que desembocou na Directiva 87/343, e pela própria Comissão, no *memorando* que acompanhava a proposta revista da mesma directiva; observações referidas na parte descritiva da génese da directiva e para as quais se remete.

Com base nestes elementos considero adquirido, para lá de qualquer dúvida (e sem que seja mesmo necessário verificar se subsistirão ou não relações de concorrência potenciais), que o sector privado e o sector público se encontram em concorrência para as operações inerentes aos segmentos do mercado supramencionados.

Resulta da mesma forma adquirido que a Directiva 87/343 reforçou as exigências financeiras para o sector privado com a introdução da reserva de compensação; o sector público, pelo contrário, continuou a estar excluído do regime comum (com a consequência prática de não estar, no fundo, sujeito a qualquer efectivo encargo comparável).

Aqui estamos portanto face a um duplo regime susceptível de provocar uma disparidade de tratamento entre operadores concorrentes. Há, portanto, que verificar se tal diversidade de regime é pelo menos objectivamente justificada.

Quanto à justificação da disparidade de tratamento

15. Para justificação de exclusão do sector público do âmbito de aplicação da directiva, as instituições demandadas apontaram essencialmente duas razões.

A primeira, que é mesmo a única manifestada na fundamentação da Directiva 87/343 (ver segundo considerando), é que o sector público não exige normas de protecção dos segurados porquanto age com a garantia e portanto com a cobertura financeira do Estado.

A segunda consiste em que a inclusão do sector público no âmbito de aplicação da directiva ter-se-ia revelado *difícil*, seja devido à diversidade do estatuto jurídico e da estrutura financeira dos organismos que operam em cada Estado-membro, seja em virtude da natureza da actividade exercida por esses organismos, actividade que implica mesmo escolhas de política externa.

Ora, no que toca ao primeiro argumento, deve antes de mais fazer-se um esclarecimento. É pacífico, na verdade, que os Estados-membros financiam o seguro de crédito à exportação em relação a riscos não cobertos normalmente pelas seguradoras privadas (risco político por exemplo). Nestes casos, todavia, os organismos públicos não se encontram em concorrência com os privados, antes intervêm complementarmente, prestando um serviço que o mercado por si não está à altura de prestar.

Bem diversa é, porém, a situação nas áreas em que existe concorrência. De facto, nessas áreas é particularmente duvidoso que os Estados-membros possam licitamente dar cobertura financeira aos operadores públicos. Na verdade, semelhante intervenção poderia resultar incompatível com as normas sobre auxílios públicos e sobre comportamentos que o Estado deve observar em relação às empresas públicas ou, de qualquer modo, sujeitas à sua influência.

É verdade que até hoje tal incompatibilidade não constituiu objecto de uma decisão da Comissão nos termos dos artigos 90.º ou 93.º do Tratado. Mas é também verdade que não se verificou também o contrário; que o Parlamento Europeu, na resolução antes citada, depois de ter observado que a exclusão do âmbito de aplicação da directiva das operações levadas a cabo por conta e com a garantia do Estado, «deixa subsistir uma diferença de tratamento entre o sector público e o sector privado», especificou que, no que toca às exportações intracomunitárias, «a garantia do Estado constituiu um auxílio não consentido pelo comércio intracomunitário»; que, finalmente, a Comissão, respondendo às questões apresentadas pelo Tribunal de Justiça, confirmou que a aplicabilidade dos artigos 90.º e 92.º às relações financeiras entre os Estados-membros e os organismos em causa é uma questão «vivamente debatida neste momento» e, embora mostrando perplexidade quanto às condições de aplicabilidade do n.º 1 do artigo 90.º, que as garantias financeiras públicas «podem ser pertinentes à luz do artigo 92.º».

Ora, parece-me que é em linha geral de excluir que uma disparidade de tratamento entre operadores concorrentes possa ser justi-

ficada por uma diferença de situações ligada a circunstâncias ou condições cuja legalidade não é de todo segura.

Vendo bem, a directiva tem em conta o facto de os organismos públicos de que se fala agirem com a cobertura financeira do Estado, mas nada diz, em contrapartida, quanto à circunstância de os operadores privados concorrentes não beneficiarem de cobertura análoga. Portanto, guarda silêncio em relação ao facto de a intervenção financeira do Estado assumir, por sua vez, carácter discriminatório e distorsivo da concorrência na medida em que é destinada apenas aos organismos públicos; discriminação esta que deveria, por sua vez, ser justificada e que, pelo contrário, não é objecto de qualquer explicação objectiva, não obstante aparecer em contraste com o princípio da igualdade de tratamento entre empresas privadas e empresas públicas sancionado pelo artigo 90.º do Tratado.

Por outras palavras, parece-me que, na hipótese em causa, outra coisa se não pretende que justificar uma discriminação entre operadores concorrentes, com uma outra discriminação entre os mesmos operadores, que todavia não é acompanhada de qualquer justificação.

Para lá de todas as considerações de ordem jurídica, considero que semelhante resultado é contrário ao simples bom senso, na medida em que virá de facto sancionar a legalidade de uma dupla distorção em prejuízo das seguradoras privadas: estas serão prejudicadas uma primeira vez, enquanto forçadas a competir com operadores que gozam da cobertura financeira do Estado, e uma segunda vez, enquanto essa situação é

mesmo utilizada pelo Conselho para justificar um regime que sujeita o sector privado, e não o sector público, aos encargos necessários para a constituição das reservas.

16. Talvez propriamente devido a esta incongruência, as demandadas tenham, ao longo do processo, insistido sempre mais sobre o segundo fundamento que terá determinado a exclusão do sector público do âmbito de aplicação da directiva.

Em síntese, sustentaram que, tendo em conta as características próprias dos organismos que operam por conta e com a garantia do Estado, se teria revelado impossível proceder com a Directiva 87/343 à adopção de um regime uniforme.

Todavia este argumento dá o flanco a diversas objecções.

Antes de mais, as instituições afirmaram que aquilo que consistia obstáculo à adopção de tal regime era a diversidade de estatuto e estrutura financeira dos operadores incorporados no sector público nos diversos países. Em particular, a Comissão esclareceu que em seis Estados-membros (Bélgica, Dinamarca, Itália, Reino Unido, Luxemburgo e Portugal) tais operadores assumem a forma de estabelecimentos públicos, enquanto nos outros cinco (Espanha, Irlanda, França, Países Baixos e Grécia) se trata de sociedades de direito privado e em um país (República Federal da Alemanha), finalmente, de um consórcio misto, público/privado. Além disso, a

Comissão indicou também que, em tais casos, os organismos em questão actuam por conta própria.

Esclarecido isto, o que não foi indicado ao Tribunal de Justiça é por que razão tais características terão justificado a exclusão *tout court* do sector público da aplicação da directiva.

É verdade, efectivamente, que nos Estados-membros subsistiam situações diversas. Mas essa diversidade de situações é exactamente aquilo que uma directiva de harmonização tende a eliminar; não pode por isso ser considerada por si um obstáculo insuperável. O Conselho, no momento em que decidiu restringir a harmonização apenas a uma categoria de operadores, deveria ter justificado tal limitação — que como vai dito constitui uma distorção da concorrência — aduzindo *outras e específicas dificuldades* que não aquelas que normalmente subsistem quando se trata de harmonizar regimes nacionais diferentes. É inaceitável que o Conselho pretenda justificar a falta de adopção de um regime uniforme limitando-se simplesmente a afirmar que isso teria implicado intervenções em regulamentações divergentes: deveria, pelo contrário, ter especificado porque tal intervenção se revelava na prática impossível.

Mas há mais. Convém de facto salientar que, *in tempore non suspecto*, a própria Comissão tinha sustentado não só a necessidade de um regime uniforme para assegurar a neutralidade e a transparência da concorrência, mas também a *praticabilidade* da extensão ao sector público do regime harmonizado (ver *memorando* já referido). Análogas indicações de resto — como várias vezes foi recordado — tinham sido já formuladas pelo Parlamento Europeu e pelo CES. O

que, a meu ver, desmente do modo mais categórico que tenham existido reais dificuldades, mesmo técnicas, para a criação de um regime igual para todos os operadores interessados.

Face a tais circunstâncias, não creio portanto que se possa considerar que razões inerentes à estrutura e ao estatuto dos organismos do sector público permitissem a sua exclusão da directiva. Por outro lado, a supor que existissem dificuldades de tipo técnico para adoptar um regime uniforme, tais dificuldades, de qualquer modo ultrapassáveis, não poderão em caso algum justificar a prorrogação *sine die* de um regime discriminatório.

Quanto à observação de que os organismos públicos terão em conta, nas suas escolhas, considerações de política externa, bastaria observar que tais considerações intervêm em sectores de mercado onde os privados não são eficazes (risco a longo prazo e risco político) e onde portanto não existe qualquer concorrência. Isto todavia não significa que, em outros sectores, onde a concorrência exista e onde as considerações de carácter político tenham pouco ou nenhum relevo, a adopção de um regime uniforme não é possível nem necessário.

Finalmente, considero que a Directiva 87/343 tem carácter discriminatório na medida em que exclui indefinidamente do âmbito de aplicação das normas de prudência comuns o sector público do seguro de crédito à exportação. Além disso, uma vez que a discriminação verificada se traduz num

prejuízo do sector privado face ao sector público, considero que, no caso em apreço, se configura também uma violação do n.º 1 do artigo 90.º do Tratado, norma que especifica o princípio geral da igualdade, ao impor aos Estados-membros, bem como às instituições, o respeito pela igualdade de tratamento entre empresas privadas e públicas.

Outros fundamentos de ilegalidade da directiva em litígio

17. Tendo em conta a conclusão a que se chegou quanto à violação do princípio de igualdade de tratamento, podemos limitar-nos a algumas brevíssimas observações acerca dos outros aspectos de ilegalidade alegados pelas demandantes. E isto tanto mais quanto resulta com evidência dos autos que a censura em que se baseia essencialmente a presente acção é a inerente ao carácter discriminatório da directiva, enquanto as outras críticas aduzidas são escassamente desenvolvidas ou vêm a confundir-se com os argumentos expostos a propósito da violação do princípio da igualdade.

No que toca à violação do n.º 1 do artigo 90.º e do artigo 52.º do Tratado, as demandantes alegam que a discriminação do sector privado comporta efeitos negativos na liberdade de estabelecimento das empresas privadas de seguros. Ora, sem ser necessário perguntar se é reconhecível no caso em apreço uma violação do artigo 52.º, considero suficiente observar que, em todo o caso, tal crítica encontra o seu pressuposto necessário na existência do carácter discriminatório da directiva em litígio e que portanto o Tribunal de Justiça, ao pronunciar-se sobre o pedido de ressarcimento, pode bem limitar-se

a reconhecer a alegada discriminação sem dever a seguir interrogar-se também quanto aos outros efeitos da própria discriminação sobre o direito de estabelecimento para as actividades de que se trata.

As demandantes alegam, além disso, que o apoio concedido pelo Estado às seguradoras do sector público constitui um auxílio na acepção do artigo 92.º Já se observou que a compatibilidade da garantia pública com as regras comunitárias sobre auxílios se afigura muito duvidosa. Todavia, isto leva a considerar que a discriminação invocada não encontra objectiva justificação, mas não constitui por si um vício da directiva. A compatibilidade do auxílio como tal será, de qualquer modo, verificada segundo o processo previsto para o efeito.

Além disso, em ordem à subsistência de um abuso de poder, consistente na circunstância de as garantias adicionais introduzidas pela Directiva 87/343 serem devidas não a efectivas exigências de protecção de terceiros, mas exclusivamente à pressão política exercida por um Estado-membro, basta observar que se trata de uma mera alegação não sufragada por qualquer elemento de demonstração e que deve por isso ser rejeitada.

No que toca, enfim, à crítica de que as instituições comunitárias teriam cometido uma omissão ilegítima ao não adoptar um regime uniforme para ambos os sectores no prazo de quatro anos prescrito pela Directiva 73/239, basta notar que tal prazo tem carácter programático e não é susceptível de criar qualquer obrigação de agir para as instituições. O que, além disso, resulta admitido pelas próprias demandantes que, na ré-

plica, alteraram a sua argumentação quanto a este ponto, sustentando que as instituições terão cometido um acto ilícito pelo facto de não terem adoptado, também para lá do prazo de quatro anos, qualquer medida para pôr termo a uma situação de injustificada desigualdade de tratamento. Todavia, desde que as instituições de qualquer forma tomaram uma medida — a Directiva 87/343 — muito embora de conteúdo diverso do pretendido pelas demandantes, a sua inércia cessou. A partir desse momento, a alegada disparidade de tratamento deve referir-se apenas à directiva que confirma, de forma positiva, a diversidade de regime entre os dois sectores, e não ao comportamento omissivo consistente na falta de criação de regras uniformes. A censura inerente à alegada omissão das instituições identifica-se portanto, nele se diluindo, com o fundamento do carácter discriminatório da Directiva 87/343, há pouco examinado.

A responsabilidade da Comunidade

18. Desde o acórdão Schöppenstedt (acórdão de 2 de Dezembro de 1971, n.º 11, 5/71, Recueil, p. 975), o Tribunal de Justiça estabeleceu que, «tratando-se de um acto normativo que implica escolhas de política económica, a responsabilidade da Comunidade pelo dano que os particulares possam ter sofrido em consequência desse acto subsiste, segundo o disposto no segundo parágrafo do artigo 215.º do Tratado, unicamente em caso de violação de uma norma de direito superior destinada a proteger os particulares»⁸.

⁸ — Acórdãos de 25 de Maio de 1978, HLN (83/76 e 94/76, 4/77, 15/77 e 40/77, Recueil, p. 1209); de 4 de Outubro de 1979, Ireks-Arkady (238/78, Recueil, p. 2955); DGV (241/78, 242/78, 245/78 a 250/78, Recueil, p. 3017); Interquell-Chemie (261/78 e 262/78, Recueil, p. 3045); de 5 de Dezembro de 1979, Amylum (116/77 e 124/77, Recueil, p. 3497); de 17 de Dezembro de 1981, Ludwigshafener Walzmühle (197/80 a 200/80, 243/80, 245/80 e 247/80, Recueil, p. 3211); de 6 de Dezembro de 1984, Biivilac (59/83, Recueil, p. 4057); de 19 de Setembro de 1985, Asteris (194/83 a 206/83, Recueil, p. 2815); de 30 de Maio de 1989, Roquette Frères (20/88, Colect., p. 1553) e de 26 de Junho de 1990, Sofrimport (C-152/88, Colect., 1-2477).

Ora, não pode alimentar-se qualquer dúvida, no caso em apreço, acerca da natureza normativa da Directiva 87/343, acto que completa o regime adoptado com a Directiva 73/239 e que, portanto, se insere no regime comunitário das condições de acesso ao mercado e de exercício do seguro directo não vida.

Dito isto, note-se, todavia, que, ao definir o âmbito de aplicação de tal regime, a discricionariedade de que goza em princípio o legislador comunitário depara com um limite intransponível constituído pela exigência pre-emptória do respeito pelo princípio da igualdade de tratamento, princípio ao qual — como resulta do acórdão HNL, já referido — é reconhecido o carácter de «norma jurídica superior que protege os particulares».

Ora, no caso vertente, não só resulta uma violação do princípio de igualdade, mas, acima de tudo, tal violação assume carácter particularmente evidente. O Conselho, na verdade, ao prorrogar *sine die*, através da Directiva 87/343, a exclusão do sector público do regime harmonizado, ignorou completamente as apreciações feitas pelas outras instituições que tinham unanimemente sublinhado quer a *necessidade* de pôr termo à situação de duplo regime, enquanto discriminatória e elemento de distorção da concorrência, quer a *possibilidade técnica* de obter tal resultado mediante a simples extensão ao sector público das normas de prudência já previstas para o sector privado; apreciações essas que estavam, de resto, em plena sintonia com o disposto na directiva de 1973, que tinha concebido o duplo regime como elemento puramente transitório e destinado a ser eliminado dentro de quatro anos.

É verdade que a tal prazo não pode ser atribuído carácter vinculante, mas é também verdade que não é totalmente destituído de significado; serve pelo menos para demonstrar que já em 1973 o Conselho tinha bem presente os riscos de distorção da concorrência resultantes da falta de um regime uniforme e tinha portanto considerado necessário prever-se um prazo breve para proceder à necessária coordenação legislativa.

Ora, note-se que, dez anos após o decurso de tal prazo, o Conselho excluiu dar início a qualquer coordenação na matéria, ainda que apenas parcial e progressiva, e limitou-se a reconduzir *sic et simpliciter*, e ainda por cima por tempo indefinido, a exclusão do sector público das regras comuns.

Considero portanto que o Conselho prorrogou, de forma arbitrária, indefinidamente um regime normativo com carácter discriminatório, já em vigor durante demasiado tempo, e que, por conseguinte, «ignorou de forma manifesta e grave os limites que se impõem ao exercício dos seus poderes» (acórdão HNL, n.º 6).

Além disso, observe-se que, no caso em apreço, é excluído que o prejuízo decorrente da discriminação incida sobre «categorias muito amplas de operadores económicos» (ver acórdão HNL, n.º 7); pelo contrário, diz respeito a um grupo restrito e bem individualizado de empresas.

Finalmente, creio que o facto de o sector privado estar sujeito a um regime de gravosas garantias financeiras, quando o seu principal concorrente é isento de tais encargos,

deve, de qualquer forma, ser considerado como um prejuízo que excede «a amplitude dos riscos económicos inerentes às actividades... em questão» (*idem*).

Por fim, considero que, por um lado, não existem razões de interesse geral que possam, no caso em apreço, justificar a escolha do Conselho em prorrogar indefinidamente o duplo regime do seguro de crédito à exportação e que, por outro, tal disparidade de tratamento incide sobre interesses particulares relevantes não apenas do ponto de vista económico, mas também considerados dignos de tutela por força de normas fundamentais do mercado comum.

A directiva em litígio constitui por isso uma «violação grave de uma norma superior destinada a proteger os particulares», e é, portanto, de molde a gerar responsabilidade extracontratual da Comunidade.

Quanto ao dano

19. Como resulta da peritagem anexada à petição, as demandantes requerem o ressarcimento do prejuízo derivado da entrada em vigor da Directiva 87/343, o mesmo é dizer do dano provocado pelo facto de a reserva de compensação, nos termos do artigo 1.º da mesma directiva, dever ser constituída apenas pelas empresas privadas e não pelas empresas públicas.

O pedido de indemnização baseia-se na consideração de que as empresas privadas, exactamente por causa da situação de concorrência com os operadores públicos, se encontram na impossibilidade de transferir

sobre os prémios, e portanto de repercutir a jusante os encargos constituídos pela constituição e gestão da reserva. Daí que tais empresas são forçadas a suportar *in toto* o referido encargo, que reduz portanto a margem de remuneração do capital investido.

raciocínio, de resto, cujo fundamento não foi contestado, mediante qualquer elemento de prova, pelos demandados.

Trata-se, evidentemente, de um raciocínio em grande parte conjectural, todavia baseado numa hipótese — a impossibilidade de repercussão a jusante — totalmente crível atendendo à comprovada concorrência entre as duas categorias de operadores; um

Considero, portanto, que as demandantes demonstraram a existência de um prejuízo económico causado pela entrada em vigor da directiva em litígio. No que toca ao *quantum*, parece-me oportuno que o Tribunal convide as partes a chegar a acordo sobre o montante da liquidação dentro de certo prazo, decorrido o qual o Tribunal será chamado a pronunciar-se.

Conclusão

20. Tendo em conta o conjunto das considerações até agora desenvolvidas, sugiro ao Tribunal de Justiça:

— que considere a acção inadmissível;

todavia, caso o pedido de indemnização seja declarado admissível:

— que declare a Comunidade responsável pelos danos provocados pela entrada em vigor da Directiva 87/343, remetendo a liquidação do montante da indemnização para acordo negociado entre as partes ou, na falta de acordo, para posterior decisão do Tribunal de Justiça.