

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL  
 GEORGES COSMAS  
 apresentadas em 17 de Fevereiro de 1998 \*

Índice

|                                                                                         |          |
|-----------------------------------------------------------------------------------------|----------|
| I — Observações prévias .....                                                           | I - 5466 |
| II — Matéria de facto e tramitação processual no Tribunal de Justiça .....              | I - 5467 |
| III — A admissibilidade da acção .....                                                  | I - 5468 |
| A — O princípio do funcionamento colegial da Comissão .....                             | I - 5468 |
| a) A posição da Comissão sobre o princípio da colegialidade .....                       | I - 5469 |
| b) A minha posição quanto à interpretação elaborada pela Comissão .....                 | I - 5471 |
| i) Quanto à presente acção .....                                                        | I - 5471 |
| ii) Generalidades .....                                                                 | I - 5472 |
| B — A natureza do parecer fundamentado .....                                            | I - 5477 |
| C — As dificuldades que acarreta o respeito estrito do princípio da colegialidade ..... | I - 5481 |
| D — Pedido destinado a obter a limitação no tempo dos efeitos do presente acórdão ..... | I - 5483 |
| IV — Conclusão .....                                                                    | I - 5484 |

I — Observações prévias

De novo me é dada a ocasião — agradável ou não — de tomar posição sobre o processo C-191/95, a propósito do qual já apresentei conclusões em 5 de Junho de 1997. Não me parece que a reabertura da fase oral tenha permitido às partes invocar elementos que

ponham em causa quer o raciocínio que desenvolvi quer as conclusões a que cheguei. Parece-me, no entanto, oportuno apresentar algumas observações suplementares, uma vez que, na audiência, a Comissão traçou uma realidade jurídica diferente da que descrevi nas conclusões precedentes. Limitar-me-ei, todavia, a desenvolver as questões jurídicas a que foi essencialmente consagrada a nova fase oral, ou seja, aquelas que se referem à legalidade formal do parecer fundamentado da Comissão que precedeu a presente acção; nesse parecer fundamentado, a Comissão acusou a República Federal da Alemanha de não ter transposto correctamente a Primeira

\* Língua original: grego.

Directiva 68/151/CEE do Conselho, de 9 de Março de 1968, tendente a coordenar as garantias que, para protecção dos interesses dos sócios e de terceiros, são exigidas nos Estados-Membros às sociedades, na acepção do segundo parágrafo do artigo 58.º do Tratado, a fim de tornar equivalentes essas garantias em toda a Comunidade (JO L 65, p. 8; EE 17 F1 p. 3), e a Quarta Directiva 78/660/CEE do Conselho, de 25 de Julho de 1978, baseada no artigo 54.º, n.º 3, alínea g), do Tratado e relativa às contas anuais de certas formas de sociedades (JO L 222, p. 11; EE 17 F1 p. 55), referentes às sanções que os Estados-Membros devem aplicar às sociedades de capitais que não publiquem as suas contas anuais.

## II — Matéria de facto e tramitação processual no Tribunal de Justiça

1. Sobre os factos que levaram a Comissão a recorrer ao Tribunal de Justiça, remeto para o n.º 1 das conclusões que apresentei em 5 de Junho de 1997. Quanto à tramitação processual no Tribunal de Justiça até à apresentação das minhas conclusões iniciais, remeto para os n.ºs 2 a 6 dessas conclusões. Considero, no entanto, oportuno recordar rapidamente que a República Federal da Alemanha suscitou, desde o início, a questão prévia da admissibilidade, invocando que as decisões da Comissão que estão na origem da presente acção estão feridas por substanciais vícios de forma. Levantou dúvidas especialmente no que toca à questão de saber se o parecer fundamentado e a decisão de intentar a presente acção no Tribunal de Justiça foram

adoptadas em conformidade com o princípio da colegialidade e no respeito das formalidades impostas pelo regulamento interno da Comissão. Pediu, além disso, a esta última que esclarecesse se esses actos tinham sido tomados pelo colégio dos comissários ou no uso de uma habilitação, tendo igualmente pedido uma cópia dessas decisões. Uma vez que a Comissão não respondeu a estes pedidos, a demandada pediu ao Tribunal de Justiça que exigisse à demandante a apresentação dos elementos pertinentes que tinham sido reclamados. Por despacho de 23 de Outubro de 1996, o Tribunal de Justiça convidou a Comissão a apresentar as decisões adoptadas colegialmente e no respeito das formalidades impostas pelo regulamento interno e com base nas quais, em primeiro lugar, formulou o parecer fundamentado dirigido à República Federal da Alemanha e, em segundo lugar, decidiu propor a presente acção. A Comissão apresentou ao Tribunal de Justiça uma série de elementos que adiante referirei mais amplamente<sup>1</sup> e que, a meu ver, não correspondem ao que o Tribunal de Justiça lhe tinha pedido no seu despacho. À luz dos elementos apresentados no Tribunal de Justiça, bem como das afirmações feitas por ambas as partes no decurso da fase oral e dos argumentos por elas então desenvolvidos, apresentei em 5 de Junho de 1997 conclusões nas das quais sugeri ao Tribunal de Justiça que julgasse a acção inadmissível por violação do princípio da colegialidade na adopção do parecer fundamentado. Afirmei igualmente que, em todo o caso, o parecer fundamentado não podia ser adoptado ao abrigo de uma habilitação e que, consequentemente, não era possível sanar os vícios de que, a meu ver, o parecer fundamentado estava ferido no que toca ao respeito do princípio da colegialidade. Por despacho de 14 de Outubro de 1997, o Tribunal de Justiça, atendendo à importância da questão

1 — V., *infra*, n.º 10.

referente às condições de adopção do parecer fundamentado no que respeita à admissibilidade da acção, ordenou a reabertura da fase oral e convidou as partes a apresentarem os seus pontos de vista em nova audiência consagrada a esta questão. Ao passo que a República Federal da Alemanha manteve as posições inicialmente definidas, a Comissão veio agora sustentar que o parecer fundamentado, atendendo à sua natureza, embora constitua um acto que não pode ser adoptado ao abrigo de uma habilitação e esteja regido pelo princípio da colegialidade, não está sujeito às condições estritas e formais cujo incumprimento tinha assinalado nas minhas conclusões de 5 de Junho de 1997.

2. A posição da Comissão, que defende agora, ainda que apenas ao nível dos princípios, a obrigação de respeitar o princípio da colegialidade na adopção de um parecer fundamentado, só pode ser acolhida favoravelmente. Todavia e como adiante explicarei de forma mais detalhada, mantenho algumas reservas quanto à questão de saber se, ao mesmo tempo que exclui a possibilidade, do ponto de vista jurídico, de adoptar um parecer fundamentado ao abrigo de uma habilitação, a Comissão, na prática, não instaura, com o seu raciocínio, um método de habilitação indirecta, contrário às regras da colegialidade.

De qualquer forma, basta sublinhar, a título liminar, que o interesse que o processo aqui em análise reveste refere-se essencialmente às regras formais que decorrem do princípio da colegialidade e que regem as decisões da Comissão relativas ao envio de um parecer fundamentado.

### III — A admissibilidade da acção

#### A — O princípio do funcionamento colegial da Comissão

3. Segundo a jurisprudência, o princípio da acção colegial da Comissão ocupa uma posição primordial na ordem jurídica comunitária e exprime a filosofia institucional da Comunidade (e da União). Encontra-se enunciado no artigo 17.º do Tratado de Fusão e no artigo 163.º do Tratado CE; este último prevê expressamente que «as deliberações da Comissão são tomadas por maioria do número de membros...». Do mesmo modo, o artigo 1.º do regulamento interno da Comissão indica que «a Comissão age colegialmente, em conformidade com as disposições do presente regulamento».

4. No acórdão PVC<sup>2</sup>, o Tribunal de Justiça recordou, em primeiro lugar, a regra geral<sup>3</sup> segundo a qual «o funcionamento da

2 — Acórdão de 15 de Junho de 1994, Comissão/BASF e o. (C-137/92 P, Colect., p. I-2553, n.º 62).

3 — Uma vez que a colegialidade da acção da Comissão é a regra, o Tribunal de Justiça evita circunscrever de forma precisa o campo de aplicação deste princípio. Aliás, é por essa razão que, ao referir-se ao princípio da colegialidade, o Tribunal de Justiça esclarece que se aplica «particularmente» aos actos administrativos lesivos da Comissão, como os que têm por objecto a verificação de infracções às regras da concorrência, pronunciar injunções em relação às empresas em causa e aplicar-lhes sanções pecuniárias nos termos do Regulamento n.º 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962, Primeiro Regulamento de execução dos artigos 85.º e 86.º do Tratado (JO 1962, 13, p. 204; EE 08 F1 p. 22) (n.º 65). Por conseguinte, seria errado sustentar que, quando a Comissão não adopta actos administrativos com carácter executório, não é necessariamente obrigatório o respeito do princípio da colegialidade.

Comissão se rege pelo princípio da colegialidade»<sup>4</sup>. Afirmou ainda que «o respeito por este princípio, e particularmente a necessidade de as decisões serem deliberadas em comum pelos membros da Comissão, interessa necessariamente os sujeitos de direito afectados pelos efeitos jurídicos por aquelas produzidos, na medida em que devem poder estar seguros de que as decisões foram efectivamente aprovadas pelo colégio e correspondem exactamente à vontade deste»<sup>5</sup>. Quanto às decisões da Comissão que devem obrigatoriamente ser fundamentadas, o Tribunal de Justiça considerou que «a parte decisória e o alcance de decisões deste tipo só podem ser compreendidos à luz dos respectivos fundamentos. Assim, a parte decisória e a fundamentação das decisões constituem um todo indissociável, pelo que compete unicamente ao colégio, por força do princípio da colegialidade, aprovar uma e outra»<sup>6</sup>. Por último, o acórdão PVC menciona expressamente que o processo de autenticação dos actos da Comissão, previsto no artigo 12.º do regulamento interno, «tem por finalidade garantir a segurança jurídica ao cristalizar o texto aprovado pelo colégio nas línguas em que faz fé»<sup>7</sup>.

5. Resulta das considerações precedentes que o princípio da adopção colegial das decisões é a regra que, em geral, se impõe à actuação da Comissão. Em especial e no que respeita aos actos que devem obrigatoriamente ser fundamentados, quer por força de determinada disposição, quer devido à sua natureza, o princípio da colegialidade exige que a parte decisória e os fundamentos do acto sejam

adoptados simultaneamente. O respeito do princípio em questão é garantido pelo processo de autenticação das decisões tomadas pela Comissão, previsto no regulamento interno.

a) *A posição da Comissão sobre o princípio da colegialidade*

6. A Comissão, com os argumentos desenvolvidos na nova fase oral, propõe a sua própria interpretação do princípio da colegialidade e limita o campo de aplicação da jurisprudência PVC aos actos que produzem efeitos directos e vinculativos. Consta, com razão, por um lado, que o acórdão PVC se referia à aplicação de uma multa, isto é, a um acto administrativo executório e, por outro, que o Tribunal de Justiça, antes de se pronunciar definitivamente, teve em consideração que as sanções pecuniárias em questão produzem efeitos jurídicos que afectam sujeitos de direito<sup>8</sup>. Partindo desta conclusão, a Comissão acaba por defender que o princípio da colegialidade não impõe o respeito das mesmas condições formais no que toca ao conjunto das decisões por ela tomadas; com efeito, propõe que se distinga entre os actos que produzem efeitos jurídicos

4 — V. acórdão Comissão/BASF e o. (já referido na nota 2, n.º 62).

5 — V. acórdão Comissão/BASF e o. (já referido na nota 2, n.º 64).

6 — *Ibidem*, n.º 67.

7 — *Ibidem*, n.º 75.

8 — Com efeito, o Tribunal de Justiça indicou que o respeito do princípio da colegialidade interessa «necessariamente» aos sujeitos de direito afectados pelos efeitos jurídicos produzidos pelas decisões e admitiu que aqueles que têm um interesse legítimo podem invocar a violação da formalidade essencial que constitui a autenticação dos actos da Comissão prevista no artigo 12.º do regulamento interno a fim de impedir que o acto adoptado irregularmente pela Comissão produza efeitos jurídicos (acórdão Comissão/BASF e o., já referido na nota 2, n.º 75).

directos — em relação aos quais valem os requisitos estritos enunciados pelo Tribunal de Justiça na jurisprudência PVC — e aqueles que não apresentam essa característica — e em relação aos quais basta que o colégio dos comissários, após ter sido informado, tome uma «decisão de base» (*sic*)<sup>9</sup> sobre os factos que lhe são apresentados e a sua qualificação jurídica. Segundo a Comissão, uma vez adoptada a «decisão de base» (*sic*) pelo colégio dos comissários, o tratamento posterior dos actos da segunda categoria, que têm uma natureza preparatória, passa a ser confiado aos serviços competentes na matéria em causa<sup>10</sup>. Afirma ainda que basta que a «decisão de base» (*sic*) seja adoptada pelo colégio dos comissários para que sejam satisfeitas as exigências do princípio da colegialidade, como as previstas no n.º 63 do acórdão PVC, que implicam que a decisão resulte de uma deliberação comum e que a Comissão seja colectivamente responsável<sup>11</sup>.

7. Transpondo o seu raciocínio para o quadro do presente processo, a Comissão indica que, no momento em que tomaram a «decisão de base» (*sic*) relativa ao envio de um parecer fundamentado à República Federal da Alemanha em razão da transposição incorrecta das Directivas 68/151 e 78/660, os comissários tinham, em todo o caso, em seu poder a ficha de infracção; essa ficha consiste numa proposta, perfeitamente documentada nos planos factual e jurídico, elaborada pelos serviços competentes e recomendando aos comissários a adopção do parecer fundamentado em causa. Podiam, além disso e a fim de disporem de documentação ou de informações mais pormenorizadas, socorrer-se do processo administrativo sobre o incumprimento em causa da República Federal da Alemanha. Consequentemente, afirma a Comissão, os comissários, quando decidiram enviar um parecer fundamentado à República Federal da Alemanha, tinham perfeito conhecimento, como atestam as actas das suas reuniões<sup>12</sup>, das decisões que tomavam e, portanto, também da parte decisória e dos fundamentos do parecer fundamentado. Deste ponto de vista, a Comissão considera que foram plenamente satisfeitos os requisitos processuais impostos pelo princípio da actuação colegial; sublinha ainda que a prática que geralmente segue [no quadro do processo previsto no artigo 169.º do Tratado, o colégio dos comissários limita-se a adoptar uma «decisão de base» (*sic*) assente na ficha de infracção e no processo administrativo sobre o incumprimento em causa, ao passo que a responsabilidade pela redacção do parecer fundamentado é confiada aos serviços administrativos sob o controlo do comissário competente] é perfeitamente legal e plenamente conforme ao princípio da actuação colegial.

9 — O termo francês utilizado pelo agente da Comissão na nova fase oral é precisamente «décision de base». Deve observar-se que este termo não figura em nenhum texto regulamentar pertinente nem na jurisprudência do Tribunal de Justiça com o conteúdo e o significado que os agentes da Comissão lhe conferem no caso vertente. Quando o juiz comunitário recorre a esta expressão, faz referência a uma decisão de uma instituição comunitária perfeitamente regular e adoptada no respeito das formas previstas no Tratado e nos regulamentos internos relevantes, que define o quadro legal e regulamentar essencial relativo a uma questão a regular e na qual se basearão os actos comunitários mais específicos ou posteriores (v., a título indicativo, o n.º 2 das conclusões do advogado-geral F. G. Jacobs relativas ao processo C-177/96, acórdão de 16 de Outubro de 1997, Banco Indosuez e o., Colect., p. I-5659, e o n.º 62 do despacho do Tribunal de Primeira Instância de 9 de Agosto de 1995, Greenpeace e o./Comissão, T-585/93, Colect., p. II-2205). O uso impróprio desta noção pelos agentes da Comissão não deve, portanto, incitar-nos a tirar conclusões erradas.

10 — Segundo os termos precisos utilizados pelos agentes da Comissão ao longo da nova fase oral, o «colégio pronuncia-se com base nos actos preparatórios dos seus serviços c... limita-se a adoptar uma decisão de base, ao passo que deixa aos seus serviços o cuidado de elaborar, apurar e finalizar o texto, sob a responsabilidade do comissário competente».

11 — «...o princípio da colegialidade assim estabelecido assenta na igualdade dos membros da Comissão relativamente à participação na tomada de decisões e implica, nomeadamente, por um lado, que as decisões sejam tomadas em comum e, por outro, que todos os membros do órgão colegial sejam colectivamente responsáveis, no plano político, pelo conjunto das decisões tomadas» (acórdão Comissão/BASF e o., já referido na nota 2, n.º 63).

12 — Para ser preciso, digamos que a Comissão faz referência ao que ela chama a «decisão de base» (*sic*) referente ao parecer fundamentado em causa.

b) *A minha posição quanto à interpretação elaborada pela Comissão*

mentos ao Tribunal de Justiça, no caso de este desejar tomar conhecimento deles nesta fase do processo.

8. Pela minha parte, não posso, de modo nenhum, aceitar esta tese.

i) Quanto à presente acção

9. Há que sublinhar, num primeiro momento, que, mesmo que fosse aceitável, a construção jurídica da Comissão que acabei de descrever não contraria as conclusões que apresentei em 5 de Junho de 1997, onde afirmava que a acção era inadmissível em razão dos vícios de forma de que está ferido o parecer fundamentado. A Comissão não apresentou ao Tribunal de Justiça, como devia, a ficha de infracção nem o processo com base no qual a «decisão de base» (*sic*) foi supostamente tomada pelo colégio dos comissários. Sobretudo, a Comissão não apresentou esses documentos nem quando a República Federal da Alemanha impugnou a regularidade formal do parecer fundamentado nem quando o Tribunal de Justiça a convidou a apresentar as decisões que dizem respeito à presente acção e que tomou colegialmente e no respeito das formalidades impostas pelo seu regulamento interno. O agente da Comissão compareceu na audiência e, a despeito dos prazos processuais aplicáveis, tentou, pela primeira vez, mostrar ao auditório o que ele afirmava ser uma ficha de infracção e um processo administrativo. Depois da reabertura da fase oral do processo e durante a segunda audiência, o agente da Comissão propôs-se enviar esses docu-

10. No entanto e dos elementos que a Comissão apresentou dentro do prazo — ou seja, aqueles que enviou ao Tribunal de Justiça em resposta ao despacho supra-referido de 20 de Outubro de 1996<sup>13</sup> — e que consistiam em excertos das actas de algumas reuniões da Comissão, bem como dos documentos referidos nessas actas, resulta o seguinte: na sua 1071.<sup>a</sup> reunião, que teve lugar em 31 de Julho de 1991, a Comissão aprovou as propostas dos seus serviços competentes contidas no documento SEC(91) 1387. Este documento contém uma lista sumária, elaborada a partir de dados informáticos, mencionando-se num dos pontos a directiva em questão no caso vertente e uma proposta (numa única palavra) no sentido de enviar um parecer fundamentado à República Federal da Alemanha. A acta da reunião da Comissão de 18 de Dezembro de 1991 [COM(91) PV 1087] indica que a Comissão aprovou a proposta contida no documento SEC(91) 2213; este documento propunha, sem mais explicações, o cumprimento imediato da referida decisão da Comissão de 31 de Julho de 1991, relativa à notificação de um parecer fundamentado à República Federal da Alemanha. Por último, segundo o que é referido, em termos igualmente sucintos, na acta da sua reunião de 13 de Dezembro de 1994 [(COM(95) PV 1227)], a Comissão aprovou a proposta contida no documento SEC(94) 1808, no sentido de intentar no Tribunal de Justiça contra a República Federal da Alemanha uma acção nos termos do artigo 169.º do Tratado.

13 — V. n.º 4 das minhas conclusões (já referidas) de 5 de Junho de 1997.

11. Em resumo, resulta dos elementos atrás referidos que os comissários, no momento em que tomaram a «decisão de base» (*sic*), tinham em seu dispor um documento administrativo que mencionava, em primeiro lugar, o número da directiva incorrectamente transposta, em segundo lugar, o nome do Estado-Membro ao qual o incumprimento era censurado e, em terceiro lugar, a proposta (numa única palavra) dos serviços competentes, no sentido de tomar uma decisão sobre o envio de um parecer fundamentado. São os únicos elementos em relação aos quais posso, do ponto de vista jurídico, afirmar com segurança que eram conhecidos dos comissários e que estiveram na base da sua decisão. Consequentemente, mesmo que se admita a tese da Comissão de que o princípio da colegialidade não é violado pelo facto de os comissários decidirem, colegialmente, enviar um parecer fundamentado fazendo referência à ficha de infracção ou aos elementos do processo administrativo, no caso vertente, a decisão tomada não deixa de ser imperfeita. Consequentemente, reafirmo a tese defendida nas conclusões de 5 de Junho de 1977, ou seja, que a Comissão não apresentou ao Tribunal de Justiça elementos probatórios suficientes dos quais resulte que o princípio da colegialidade foi respeitado, apesar de ser a ela que incumbe o ónus da prova <sup>14</sup>.

## ii) Generalidades

12. Inevitavelmente, a minha análise da questão de direito que é decisiva para o caso

vertente transcende os limites da presente acção. Impõe-se analisar [independentemente do tratamento que os agentes da Comissão reservaram à presente acção no que respeita à apresentação tempestiva da ficha de infracção e do processo administrativo relativo ao parecer fundamentado em causa] se, como foi sustentado na audiência, é juridicamente concebível que a decisão de notificar o parecer fundamentado tenha sido tomada com base num processo em que os comissários não elaboraram o texto desse parecer fundamentado em colégio nem decidiram com base num projecto de texto que lhes tenha sido anteriormente submetido pelos serviços competentes; por outras palavras, há que analisar se é admissível que os comissários, dispondo unicamente da ficha de infracção e do processo administrativo referente ao processo em causa, tomem uma «decisão de base» (*sic*), expressa numa única palavra, referente ao parecer fundamentado e confiem aos serviços administrativos, sob o controlo do comissário competente, o cuidado de preparar e de redigir o texto deste último. Como já indiquei, a Comissão afirma que esta prática, que segue constantemente, é conforme ao princípio da actuação colegial.

13. Considero que o raciocínio da Comissão é, em primeiro lugar, juridicamente infundado. Não assenta nas normas do direito comunitário primário e derivado nem nas conclusões da jurisprudência do Tribunal de Justiça. Em especial, tanto o legislador como o juiz comunitários consagraram o princípio do funcionamento colegial da Comissão de forma absoluta e uniforme. A distinção entre as decisões adoptadas consoante produzam ou não efeitos jurídicos directos e vinculativos, utilizada enquanto critério que permite determinar a forma como o princípio do funcionamento colegial se concretizará em

14 — Neste caso, não se aplica a regra segundo a qual incumbe a cada parte o ónus da prova das suas afirmações factuais. Como a jurisprudência admite, inverte-se o ónus da prova sempre que os elementos probatórios se encontrem na posse exclusiva da parte contrária (v. acórdão de 1 de Dezembro de 1965, Comissão/Itália, 45/64, Colect. 1965-1968, p. 223) ou sempre que, pelo seu comportamento, esta última impossibilite o acesso a estes elementos (acórdão de 28 de Abril de 1966, Ferriere e Acciaierie Napoletane/Haute Autorité de la CEECA, 49/65, Recueil, p. 103). Por esta razão, incumbe à Comissão provar que respeitou o princípio da colegialidade, bem como as formalidades processuais que com ele se prendem.

regras processuais específicas, contraria as concepções até ao presente admitidas pelo direito comunitário. Com efeito, até ao momento ainda não se admitiu que este princípio tenha uma natureza dupla, ou seja, que impõe um processo estrito e formal para as decisões que comportam consequências jurídicas directas e um processo mais flexível para as restantes decisões da Comissão. O facto de, no acórdão PVC, o Tribunal de Justiça se ter tido que pronunciar sobre um acto administrativo executório da Comissão não significa, como esta última erradamente julga, que as condições processuais essenciais decorrentes do princípio da colegialidade que o juiz comunitário consagrou nesse processo se refiram apenas aos actos administrativos executórios. Semelhante interpretação é, a meu ver, errada, como a seguir tentarei explicar de forma mais pormenorizada.

14. Além disso, a defender-se a tese de que um órgão colegial, quando adopta uma «decisão de base» (*sic*) que não se cristaliza num texto preciso e confia a outros serviços a responsabilidade da sua redacção, respeita o princípio geral da colegialidade, princípio que exige que sejam adoptadas simultaneamente a parte decisória e os fundamentos da decisão, cai-se inevitavelmente em contradições lógicas. Segundo as afirmações dos agentes da Comissão ao longo da nova fase oral, quando o colégio dos comissários adopta a «decisão de base» (*sic*) sobre um parecer fundamentado, apenas confia à administração o cuidado de conceber a «redacção do texto», ou seja, a tarefa «de elaborar,

apurar e finalizar o texto»<sup>15</sup>. Se esses serviços administrativos se limitassem realmente a executar as operações secundárias atrás referidas, a questão da remissão ao princípio da colegialidade não poderia colocar-se. Como é, porém, possível que esses serviços se limitem a esse papel secundário se sequer existe um texto que exprima essa «decisão de base» (*sic*) do colégio dos comissários?

15. Na prática, o que os agentes da Comissão qualificam como «decisão de base» é uma decisão sem substância, sem conteúdo, ou seja, uma «decisão-fantasma». Na realidade, o princípio da colegialidade significa, como o juiz comunitário correctamente indicou, que o órgão colegial que adopte uma decisão é obrigado a fixar ele próprio colegialmente o conteúdo da sua decisão quanto aos seus pontos essenciais e indispensáveis, só reservando aos serviços administrativos um papel absolutamente secundário. Por outras palavras, se esta comparação me é permitida, o valor acrescentado pelos serviços administrativos à decisão adoptada deve ser, senão nulo, pelo menos, insignificante. Contudo, a aceitar-se a prática antes referida e descrita pela Comissão, a participação dos seus serviços administrativos não poderia ser insignificante nem sequer secundária. Além disso, de que forma a relação entre o texto elaborado pelos serviços administrativos e a decisão inicial adoptada pelo colégio dos comissários poderia ser objecto de uma fiscalização jurisdicional se essa decisão inicial (ou «decisão de base», se preferirem) não

15 — São estas as palavras utilizadas pelo agente da Comissão ao longo da nova fase oral.

existir enquanto tal, nem sequer sob a forma de um projecto?

16. Em especial e no que toca a decisões que devem ser fundamentadas, a posição tomada pelo Tribunal de Justiça é clara e não admite qualquer interpretação: «A parte decisória e o alcance de decisões deste tipo só podem ser compreendidos à luz dos respectivos fundamentos. Assim, a parte decisória e a fundamentação das decisões constituem um todo indissociável, pelo que compete unicamente ao colégio, por força do princípio da colegialidade, aprovar uma e outra»<sup>16</sup>. Repita-se que o Tribunal de Justiça não faz qualquer distinção entre as decisões que devem ser fundamentadas e que produzem efeitos jurídicos directos e as decisões que devem ser fundamentadas e que têm natureza preparatória. Esta regra vale para o parecer fundamentado, como o seu próprio nome indica. Porém, como é possível que os fundamentos da decisão tomada sejam adoptados de forma precisa se não existir, antes da reunião do colégio dos comissários, qualquer projecto de decisão sujeito à sua aprovação e que contenha esses elementos nem, depois da reunião, qualquer texto aprovado que contenha os elementos em questão?

17. É essencialmente aí que se situa, em minha opinião, o erro cometido pela Comissão quando tenta definir o conteúdo semântico do princípio da colegialidade. A obrigação de agir colegialmente que incumbe à Comissão não se limita à necessidade de debater colegialmente as decisões adoptadas e à responsabilidade colegial dos comissários, mas estende-se à obrigação de *atestar* que a

colegialidade foi respeitada. Por outras palavras, a Comissão, enquanto órgão colegial, está vinculada pelas regras processuais especiais que resultam do princípio da colegialidade e que se destinam a garantir e a atestar que esse princípio foi respeitado. Assim, estes princípios, além de coincidirem, garantem a transparência e, em última análise, a moralidade, uma vez que, segundo a máxima consignada pelos historiadores, «não basta que a mulher de César seja séria, é preciso que o pareça»<sup>17</sup>. Se assim não for, ou seja, se não for possível provar que determinada decisão foi realmente tomada colegialmente, este princípio geral não é mais do que letra morta, sem qualquer valor jurídico. A única forma segura de determinar que este princípio foi respeitado consiste em *incorporar* o conteúdo da decisão tomada num texto onde esteja consignado o resultado do exame colegial do processo pelo colégio dos comissários e que circunscreva o alcance da responsabilidade colegial dos comissários que nela participaram<sup>18</sup>. Além disso, é necessário que exista uma relação entre esse texto e o respectivo debate colegial, durante o qual foi aprovado ou elaborado. Por esta razão, o regulamento interno da Comissão institui o processo de autenticação do original da decisão tomada; este processo constitui a

17 — Esta máxima é atribuída ao próprio César, que justificava desta forma a decisão de repudiar a sua mulher Pompeia, ainda que, citado como testemunha contra Clódio, o pretense amante desta, a não tenha acusado de adultério. É o que é relatado, designadamente, por Plutarco: «Ayant répudié sa femme Pompéïa, taxée d'inconduite pour relations avec Clodius, et ce dernier étant ensuite poursuivi à ce sujet, il fut cité comme témoin, mais ne fit aucune déclaration défavorable sur le compte de sa femme; l'accusateur lui posant la question "Alors pourquoi l'as-tu chassée?", "Parce que la femme de César, répondit-il, devait être à l'abri même de la calomnie."» (Plutarco: *Oeuvres morales*, t. III, trad. F. Fuhrmann, ed. Les Belles-Lettres, Paris, 1988) [«Tendo repudiado a sua mulher Pompeia, acusada de má conduta por ter mantido relações com Clódio, e tendo este último sido seguidamente inculcado a esse respeito, foi citado como testemunha, mas não fez qualquer declaração que prejudicasse a sua mulher; à pergunta do acusador "Então por que razão a repudiaste?", respondeu: "Porque quero que, da minha mulher, nem sequer se tenham suspeitas".» *Ndl*: tradução livre].

18 — Na falta de texto, é impossível, em caso de fiscalização, apurar a verdadeira vontade do órgão colegial. Como diz o adágio latino bem conhecido, *verba volant, scripta manent*.

16 — Acórdão Comissão/BASF e o. (já referido na nota 2, n.º 67).

melhor forma de provar que o princípio da colegialidade foi respeitado.

18. Há ainda que sublinhar a posição que ocupa o princípio da actuação colegial da Comissão no sistema jurídico comunitário. É significativo que o Tribunal de Justiça, no acórdão PVC, comece por afirmar que «o funcionamento da Comissão *se rege* pelo princípio da colegialidade»<sup>19</sup>. Este princípio interessa não só aos destinatários da decisão adoptada, cujos efeitos directos afectam a sua situação jurídica, mas também ao funcionamento correcto da Comissão enquanto instituição comunitária e, portanto, também num contexto mais vasto, à aplicação correcta do direito comunitário. Além disso e por esta razão, as correspondentes questões processuais de natureza formal e os eventuais vícios susceptíveis de comprometer a legalidade da actuação dos órgãos colegiais inserem-se, na maior parte das ordens jurídicas, na esfera de fiscalização officiosa da legalidade. Assim, as condições jurídicas estritas que decorrem do princípio fundamental do funcionamento colegial da Comissão não respeitam apenas à elaboração dos actos administrativos executórios que esta instituição está habilitada a adoptar, mas *ao conjunto das decisões através das quais se exprime a vontade política e jurídica definitiva desta instituição*. A meu ver, estaríamos perante uma situação incompatível com as concepções geralmente admitidas em matéria de teoria jurídica e de lógica caso o princípio da colegialidade se aplicasse de forma mais completa quando a Comissão decide aplicar uma multa a uma empresa em aplicação dos artigos 85.º e 86.º do Tratado

do que quando se envolve em questões políticas e jurídicas importantes como, por exemplo, a adopção de uma proposta de regulamento ou de uma recomendação. É possível que este último tipo de decisões não vinculem directamente os sujeitos jurídicos, mas vinculam a Comissão e é por isso que o princípio da colegialidade deve ser respeitado. A isto acresce que o princípio em questão está directamente ligado não só ao funcionamento institucional do Tratado, mas também à segurança jurídica, e, por essa razão, será necessário que se possa facilmente e de maneira segura provar que foi respeitado. Razão pela qual é indispensável que a colegialidade se prenda com regras processuais precisas e absolutamente vinculativas, independentemente da natureza da decisão tomada. Isso significa que é necessário que a Comissão revista as suas decisões de uma «*veste processual a rigor*» e não de uma simples «*folha de vide*», como aquela com a qual os seus agentes pareceram satisfazer-se ao longo da nova fase oral do processo.

19. Penso também que o raciocínio da Comissão atrás recordado é contrário não só à jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa ao princípio da colegialidade, mas ainda à posição do juiz comunitário no que respeita à questão da delegação de competências. Com a tese que a Comissão desenvolve a propósito da distinção entre os actos que comportam consequências jurídicas directas, em relação aos quais deve ser respeitado um processo estrito, e as decisões com carácter preparatório, para as quais a adopção de uma «*decisão de base*» (*sic*) pelo órgão colegial é suficiente para se respeitar o princípio da colegialidade, sendo a elaboração do texto confiada a serviços administrativos, esta tenta, na realidade, introduzir um processo indirecto de delegação de competências.

19 — Acórdão Comissão/BASF e o. (já referido na nota 2, n.º 62) (sublinhado nosso).

Recordo que, em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça <sup>20</sup>, a colegialidade constitui a regra que se impõe à actuação da Comissão, ao passo que a delegação de competências que permita a adopção de uma decisão só é possível a título excepcional <sup>21</sup>. Para que o princípio da colegialidade não seja violado, é necessário, por um lado, que o delegatário não goze de um poder autónomo e, por outro, que a delegação seja, por hipótese, excluída para as «decisões de princípio». Em todo o caso, os princípios da segurança jurídica e da transparência dos actos administrativos impõem a publicação das decisões que encerram uma delegação de competências.

20. O procedimento que a Comissão declara seguir constantemente para a adopção dos pareceres fundamentados ainda oferece, em termos de segurança jurídica, menos garantias do que o procedimento excepcional da delegação. Em especial, se fosse possível fazer uso da delegação para adoptar um parecer fundamentado <sup>22</sup>, a Comissão deveria, no mínimo, adoptar colegialmente uma decisão encerrando a concessão da delegação, fixando os limites de actuação do órgão delegatário e definindo as suas linhas directrizes, decisão esta que deveria ser publicada. Pelo contrário, no quadro da prática atrás descrita e que a Comissão segue constantemente para a adopção dos pareceres fundamentados, os seus agentes, defendendo embora o princípio da colegialidade, na realidade, comprometem

a sua aplicação; substituem a decisão que conceda a delegação e que deveria ser tomada colegialmente e em obediência a determinados requisitos processuais e formais por uma obscura «decisão de base» (*sic*) que não é publicada e que é desprovida de substância e conteúdo e com base na qual se possam fiscalizar os actos dos serviços administrativos que são chamados a concretizá-la. Sob este ângulo, a prática que os agentes da Comissão invocam, que consiste na elaboração de uma «decisão de base» (*sic*) pelo colégio dos comissários, é menos segura do que o processo da delegação.

21. Em conclusão, penso que o princípio da actuação colegial da Comissão, que constitui um dos fundamentos do sistema comunitário, está indissolivelmente ligado ao *princípio da incorporação da verdadeira vontade do colégio dos comissários num texto* que contenha os elementos essenciais, os fundamentos e a parte decisória da decisão tomada; é, além disso, necessário que se possa estabelecer a relação entre esse texto e as correspondentes reuniões do órgão colegial no decurso das quais a decisão foi tomada. Esta regra, evidente em qualquer ordem jurídica, está prevista no artigo 12.º do regulamento interno da Comissão, na versão vigente no momento em que foi tomada a decisão relativa ao parecer fundamentado aqui em causa. Penso que a Comissão, antes de ter tentado a presente acção, deveria ter respeitado esta formalidade processual precisa que está prevista no regulamento interno e que foi acertadamente que o Tribunal de Justiça, por despacho interlocutório, convidou a Comissão a apresentar os elementos indispensáveis comprovativos de que a referida disposição tinha sido respeitada. Todavia e mesmo que se admita que o processo de autenticação, nos termos em que se encontra previsto no regulamento interno da Comissão, não se aplica à adopção

20 — V., em especial, o acórdão de 23 de Setembro de 1986, AKZO Chemic/Comissão (5/85, Colect., p. 2585).

21 — V., acórdão de 17 de Janeiro de 1984, VBVB e VBBB/Comissão (43/82 e 63/82, Recueil, p. 19).

22 — O que, a meu ver e como já expus pormenorizadamente nas minhas conclusões de 5 de Junho de 1997, não é juridicamente possível.

do parecer fundamentado<sup>23</sup>, o princípio da actuação colegial e o princípio acessório da incorporação impõem à Comissão obrigações correspondentes. Em todo o caso e no momento da adopção de um parecer fundamentado, é indispensável que o projecto tenha sido previamente comunicado ao colégio dos comissários com vista à sua aprovação ou, pelo menos, que, concluídos os trabalhos do colégio, exista um texto aprovado que contenha os elementos indispensáveis do parecer fundamentado que atrás enumearei; ao que acresce que esse texto deve figurar na acta da respectiva reunião ou com ela apresentar uma qualquer relação que possa ser facilmente demonstrável.

22. Sobre as dificuldades práticas que este processo acarretaria, como os seus agentes sustentaram, para o funcionamento normal da Comissão, pronunciar-me-ei numa fase posterior das presentes conclusões<sup>24</sup>. No entanto, é urgente sublinhar a importância especial que reveste o respeito das formalidades processuais atrás referidas (e, portanto, do princípio da colegialidade), especialmente para a adopção e o envio do parecer fundamentado a que se refere o artigo 169.º do Tratado CE.

#### B — *A natureza do parecer fundamentado*

23. Nas conclusões já referidas de 5 de Junho de 1997, analisei a natureza do parecer

fundamentado previsto no artigo 169.º do Tratado quanto à questão de saber se constitui um «acto de administração ou de gestão» ou uma «decisão de princípio», a fim de determinar se podia ser adoptado por delegação<sup>25</sup>. Apesar de já não contestar que o parecer fundamentado não pode ser objecto de delegação, a Comissão defende agora que o princípio da colegialidade, especialmente no que se refere à adopção de um parecer fundamentado, não impõe o respeito das formalidades processuais estritas que regem a adopção de actos com efeitos jurídicos vinculativos. Consequentemente, é necessário abordar novamente a questão da natureza jurídica do parecer fundamentado.

24. À primeira vista, o parecer fundamentado, como a escolha do seu nome pelo legislador comunitário pode levar a crer, nem sequer é um «acto». Além do mais, nos termos do último parágrafo do artigo 189.º do Tratado, «as recomendações e os pareceres não são vinculativos»; por conseguinte, a admitir-se que o parecer fundamentado previsto no artigo 169.º é um «parecer» na acepção do artigo 189.º, poderia, eventualmente, sustentar-se que um texto destituído de carácter vinculativo não pode, por definição, inscrever-se nas competências da Comissão em relação às quais o princípio da colegialidade deve ser respeitado de forma estrita.

25. Observe-se, no entanto, que o juízo comunitário não se limita a esse critério

23 — É possível que se possa defender esta interpretação no quadro do regulamento interno actualmente em vigor.

24 — V., *infra*, n.ºs 37 e segs.

25 — V. n.ºs 17 a 26 das minhas conclusões de 5 de Junho de 1997.

literal nem o considera determinante. A jurisprudência que desenvolveu em matéria da determinação dos actos das instituições comunitárias susceptíveis de serem objecto de um recurso de anulação nos termos do artigo 173.º do Tratado é especialmente reveladora a este respeito; o Tribunal de Justiça não examina tanto a aparência externa que reveste o acto sujeito à sua apreciação, mas insiste sobre a avaliação do seu conteúdo e dos seus efeitos jurídicos <sup>26</sup>.

26. No que respeita a este último critério, há que sublinhar, em primeiro lugar, que, segundo os ensinamentos da jurisprudência, o parecer fundamentado previsto no artigo 169.º do Tratado não é um acto administrativo executório e não pode ser objecto do recurso previsto no artigo 173.º do Tratado <sup>27</sup>. Isto não significa, no entanto, que o parecer fundamentado não tenha consequências jurídicas ou que essas não tenham importância ou revistam apenas uma importância secundária.

27. Esta questão pode ser esclarecida de forma útil pelo acórdão Essevi e Salengo <sup>28</sup>. Neste acórdão, o Tribunal de Justiça declarou que «os pareceres emitidos pela Comissão nos termos do artigo 169.º do Tratado só têm eficácia jurídica em conjunção com a acção por incumprimento proposta no Tribunal contra o Estado em causa e que a Comissão não pode, através das tomadas de posição que adopte no âmbito do respectivo processo, exonerar o Estado-Membro das obrigações que lhe incumbem ou prejudicar os direitos que são atribuídos aos particulares por força do Tratado» <sup>29</sup>. Paralelamente, o parecer fundamentado foi qualificado de «procedimento preliminar», que «... serve para definir o objecto do litígio» <sup>30</sup>. Contudo, o Tribunal de Justiça evitou qualificar expressamente o parecer fundamentado como uma medida interna não vinculativa ou considerar que este acto pertencia à categoria dos «pareceres» e das «recomendações» previstos no artigo 189.º do Tratado, *apesar de as partes terem apresentado argumentação nesse sentido* <sup>31</sup>. A meu ver, é preferível não equiparar o parecer fundamentado emitido nos termos do artigo 169.º às recomendações ou aos pareceres não vinculativos mencionados no artigo 189.º; mais vale considerar que se trata, no caso vertente, de um acto *sui generis*, que ocupa uma posição especial e que tem um modo de funcionamento específico na ordem jurídica comunitária <sup>32</sup>.

26 — Foi com base neste fundamento que o Tribunal de Justiça, repetidas vezes, julgou inadmissíveis recursos dirigidos contra «instruções internas» ou contra «comunicações»; v., por exemplo, os acórdãos de 9 de Outubro de 1990, França/Comissão (C-366/88, Colect., p. I-3571); de 13 de Novembro de 1991, França/Comissão (C-303/90, Colect., p. I-5315), de 16 de Junho de 1993, França/Comissão (C-325/91, Colect., p. I-3283), bem como as conclusões apresentadas em 16 de Janeiro de 1997 pelo advogado-geral G. Tesouro no processo C-57/95 (acórdão de 20 de Março de 1997, França/Comissão, Colect., p. I-1627, n.ºs 8 a 11).

27 — Acórdão de 27 de Maio de 1981, Essevi e Salengo (142/80 e 143/80, Recueil, p. 1413). Além disso, o recurso contra a recusa da Comissão de intentar contra um Estado-Membro a acção prevista no artigo 169.º é inadmissível por esta razão (acórdão de 1 de Março de 1966, Lütticke/Comissão, 48/65, Colect. 1965-1968, p. 305). V., de data mais recente, despacho de 12 de Novembro de 1996, SDDDA (T-47/96, Colect., p. II-1559): não é possível obrigar a Comissão a adoptar um acto não executório.

28. Em todo o caso, o facto de o parecer fundamentado não constituir um acto administrativo executório não significa que constitua automaticamente uma decisão da segunda categoria e que, por essa razão, se

28 — Já referido na nota 27.

29 — *Ibidem*, n.º 18.

30 — *Ibidem*, n.º 15.

31 — *Ibidem*, p. 1420.

32 — Ao apresentarem os seus pontos de vista na nova fase oral do processo, as partes pareceram admitir a qualificação do parecer fundamentado como um acto *sui generis*.

justifica a renúncia ao formalismo estrito que deve caracterizar a actuação da Comissão. Contrariamente ao que esta última sustenta, a circunstância de o parecer fundamentado não ter consequências jurídicas directas para os seus destinatários não constitui uma razão suficiente para que, nos casos em questão, se aplique o princípio da colegialidade de uma forma menos coerciva para a Comissão, ou seja, sem que as regras formais que estão indissolúvelmente ligadas a esse princípio geral sejam respeitadas.

29. O que importa é que, no caso de ser proposta no Tribunal de Justiça uma acção nos termos do artigo 169.º do Tratado, o parecer fundamentado contenha, pelo menos no que toca a certos elementos, a apreciação final da Comissão e produza efeitos jurídicos definitivos no quadro desse processo. Em particular, o parecer fundamentado define os domínios nos quais o Estado-Membro em causa violou as suas obrigações, indica os fundamentos em que assentam as acusações da Comissão e circunscreve o objecto do litígio submetido ao Tribunal de Justiça. A Comissão não pode modificar esse objecto; só pode renunciar à propositura da acção no Tribunal de Justiça ou desistir da acção proposta.

30. Isto significa que a importância jurídica do parecer fundamentado não resulta principalmente dos efeitos directos que a sua notificação acarreta em detrimento do seu destinatário<sup>33</sup>, mas das consequências jurídicas

que produz no quadro da acção prevista no artigo 169.º, na medida em que vincula a Comissão quanto ao conteúdo e ao alcance das acusações que pode suscitar em juízo e, paralelamente, limita o alcance da fiscalização judicial<sup>34</sup>. Além disso, é necessário insistir sobre o significado e a posição especiais que tem o processo previsto no artigo 169.º na ordem jurídica comunitária, de um ponto de vista tanto jurídico como político. A meu ver, seria contrário à economia do Tratado subestimar o papel desempenhado pela Comissão no quadro deste processo, qualificando o parecer fundamentado como um acto de carácter acessório.

31. Penso que a tese que acabo de expor é reforçada pelas concepções admitidas pela jurisprudência quanto aos efeitos jurídicos do parecer fundamentado. Como já antes referi, é este último que circunscreve o objecto do litígio submetido ao Tribunal, na medida em que tanto a acção como o parecer fundamentado devem assentar nos mesmos fundamentos e argumentos<sup>35</sup>; a Comissão não pode formular novas acusações nem sequer alargar a sua argumentação recorrendo a novos elementos no quadro das mesmas acusações<sup>36</sup>. Paralelamente, os poderes do Tribunal, quando se pronuncia sobre uma acção nos termos do artigo 169.º, estão claramente circunscritos; limitam-se à fiscalização da legalidade dos elementos contidos no parecer fundamentado e reiterados na peti-

33 — Como antes referi, isto não significa que se verifique um incumprimento das obrigações que incumbem a um Estado-Membro devido à simples notificação, pela Comissão, de um parecer fundamentado com esse conteúdo. Todavia, este elemento não é isento de consequências porque, na prática, o Estado-Membro não pode ignorá-lo (v., *infra*, n.º 33 e segs.). De resto, é por esta razão que o Tribunal de Justiça se mostra particularmente exigente quando suscita a questão do respeito dos direitos da defesa do Estado-Membro face às acusações que a Comissão lhe dirigiu através do parecer fundamentado.

34 — V., directamente, o n.º 31, *infra*.

35 — V., a título indicativo, os acórdãos de 7 de Fevereiro de 1984, Comissão/Itália (166/82, Recueil, p. 459, n.º 16); de 1 de Dezembro de 1993, Comissão/Dinamarca (C-234/91, Colect., p. I-6273, n.º 16), e de 16 de Janeiro de 1994, Comissão/Itália (C-296/92, Colect., p. I-1, n.º 11).

36 — V. o acórdão de 7 de Fevereiro de 1984, Comissão/Itália (já referido na nota 35).

ção<sup>37</sup>. Para compreender o papel desempenhado pelo parecer fundamentado no processo previsto no artigo 169.º, importa remeter para a jurisprudência segundo a qual, mesmo que o Estado-Membro tenha tomado depois do prazo fixado pelo parecer fundamentado medidas destinadas a com este se conformar, o incumprimento já se produziu e, portanto, a acção intentada mantém o seu objecto<sup>38</sup>. Por último, a distinção operada pelo Tribunal entre a carta de interpelação e o parecer fundamentado é significativa. Ao passo que a primeira não se caracteriza por um formalismo estrito, o segundo deve ser perfeito do ponto de vista formal e processual, porque «conclui a fase pré-contenciosa» prevista no artigo 169.º do Tratado<sup>39</sup>. De resto, é por esta razão que o Tribunal exerce uma fiscalização mais severa no que toca ao parecer fundamentado do que à carta de interpelação<sup>40</sup>.

32. Resulta das precedentes observações que a formulação do parecer fundamentado cons-

titui, do ponto de vista do seu peso político e dos seus efeitos jurídicos, o contributo mais importante da Comissão no quadro do processo previsto no artigo 169.º. Um texto que contém a expressão jurídica definitiva da vontade política da Comissão num processo que ocupa uma posição primordial no mecanismo institucional do Tratado e que tem uma relação directa com o papel da Comissão enquanto «guardiã dos Tratados»<sup>41</sup> não pode ser relegado para o nível de um acto de segundo grau. Como já antes indiquei<sup>42</sup>, as condições formais estritas que decorrem do princípio fundamental do funcionamento colegial da Comissão não respeitaram apenas à elaboração dos actos administrativos executórios que esta instituição está habilitada a adoptar, mas ao conjunto das decisões através das quais se exprime a vontade política e jurídica definitiva desta instituição.

33. Especialmente no que respeita ao parecer fundamentado, há que avaliar adequadamente a importância das consequências que pode produzir para um Estado-Membro a conclusão do processo previsto nos artigos 169.º e seguintes do Tratado. Se o parecer fundamentado respeitar a um incumprimento de um Estado-Membro já declarado judicialmente e acusar este último de não ter executado o acórdão do Tribunal que o condenou no quadro de uma acção proposta nos termos do artigo 169.º, a este Estado, em caso de uma eventual nova condenação judicial, pode ser reclamado, nos termos do artigo 171.º do Tratado<sup>43</sup>, o pagamento da quantia

37 — Assim, o juiz comunitário não pode substituir por um prazo diferente o prazo fixado no parecer fundamentado. V. os acórdãos de 10 de Novembro de 1981, Comissão/Itália (28/81, Recueil, p. 2577), e Comissão/Itália (29/81, Recueil, p. 2585).

38 — V. os acórdãos de 7 de Fevereiro de 1973, Comissão/Itália (39/72, Colect., p. 39); de 5 de Junho de 1986, Comissão/Itália (103/84, Colect., p. 1759); de 21 de Junho de 1988, Comissão/Bélgica (283/86, Colect., p. 3271), e de 12 de Dezembro de 1990, Comissão/França (C-263/88, Colect., p. I-4611).

39 — V. o acórdão de 31 de Janeiro de 1984, Comissão/Irlanda (74/82, Recueil, p. 317, n.º 13).

40 — V., por exemplo, o acórdão de 28 de Março de 1985, Comissão/Itália (274/83, Recueil, p. 1077, n.ºs 20 e 21): «Como o Tribunal declarou no seu acórdão de 11 de Julho de 1984 (Comissão/Itália, 51/83, Recueil 1984, p. 2793), a possibilidade de o Estado-Membro em causa apresentar as suas observações constitui, mesmo se ele pensa não a dever utilizar, uma garantia essencial querida pelo Tratado e o respeito dessa garantia é uma formalidade substancial da regularidade do processo que verifica um incumprimento de um Estado-Membro. Embora daí resulte que o parecer fundamentado, previsto no artigo 169.º do Tratado CEE, deve conter uma exposição coerente e detalhada das razões que levaram a Comissão à convicção de que o Estado interessado não cumpriu uma das obrigações que lhe incumbem por força do Tratado, o Tribunal não pode impor exigências de precisão tão rigorosas à interpelação, uma vez que esta necessariamente apenas pode consistir num primeiro resumo sucinto das acusações...» V. também acórdão de 17 de Setembro de 1996, Comissão/Itália (C-289/94, Colect., p. I-4405).

41 — O artigo 155.º do Tratado indica que a Comissão «...vela pela aplicação das disposições do presente Tratado bem como das medidas tomadas pelas instituições, por força deste».

42 — V., *supra*, n.º 18.

43 — Actual artigo 228.º da versão consolidada do Tratado que institui a Comunidade Europeia (adoptada na Conferência de Amesterdão, mas ainda não ratificada).

fixa ou progressiva correspondente à sanção pecuniária. Ou seja, um Estado-Membro ao qual é dirigido um parecer fundamentado não corre simplesmente o risco de uma vaga condenação judicial destituída de consequências, mas este parecer fundamentado pode ter para ele importantes consequências de natureza financeira. Além disso e mesmo que não constitua a declaração juridicamente vinculativa do incumprimento cometido pelo Estado-Membro, o parecer fundamentado pode incitar os sujeitos jurídicos afectados pelo pretoso comportamento irregular desse Estado-Membro a proporem, em conformidade com a jurisprudência recente do Tribunal de Justiça, uma acção destinada a obter a reparação dos prejuízos causado por esse comportamento <sup>44</sup>.

34. Esta observação reveste um interesse especial para o caso vertente. Recordo que a Comissão acusa a República Federal da Alemanha de não ter transposto correctamente as Directivas 68/151 e 78/660 do Conselho, relativas às sanções que os Estados-Membros devem aplicar às sociedades de capitais que não publicam as suas contas anuais. Sobre esta questão, o Tribunal de Justiça declarou recentemente, no acórdão *Daihatsu Deutschland* <sup>45</sup>, que não é de excluir que a transposição incorrecta dos referidos diplomas acarrete para os Estados-Membros a obrigação de reparar os prejuízos causados aos particulares devido a esse incumprimento <sup>46</sup>. Por conseguinte, o envio de um parecer fundamentado, na medida em que exprime solenemente a convicção da Comissão, enquanto

«guardiã dos Tratados», de que um Estado-Membro infringiu o direito comunitário, pode incitar os cidadãos a pedirem a reparação por via judicial dessa irregularidade, *ainda que o parecer fundamentado não conclua pedindo a condenação do Estado-Membro pelo Tribunal de Justiça no quadro de uma acção proposta nos termos do artigo 169.º do Tratado*.

35. Em poucas palavras, o parecer fundamentado tem incidência na situação jurídica do seu destinatário e pode ser para ele fonte de graves consequências financeiras. Portanto, o parecer fundamentado pode não produzir efeitos jurídicos desfavoráveis directos para o seu destinatário, como uma multa aplicada nos termos dos artigos 85.º ou 86.º do Tratado, mas prejudica os interesses do Estado-Membro e comporta consequências talvez mais graves do que aquelas que resultam para os seus destinatários dos actos da Comissão que verificam a violação das regras da concorrência ou a ilegalidade de um auxílio de Estado.

36. Em resumo, mesmo caso se admita que, como sustenta a Comissão, o princípio da colegialidade pode ser respeitado de duas maneiras, uma mais estrita, outra mais flexível, o parecer fundamentado pertence ao grupo das decisões da Comissão em relação às quais são plenamente válidas as conclusões a que o Tribunal de Justiça chegou no processo PVC.

44 — O direito comunitário obriga os Estados-Membros a repararem os prejuízos causados aos particulares devido à não transposição ou à transposição incorrecta de uma directiva. V. os acórdãos de 5 de Março de 1996, *Brasserie du pêcheur e Factortame* (C-46/93 e C-48/93, Colect., p. I-1028, n.º 51), e de 26 de Março de 1996, *British Telecommunications* (C-392/93, Colect., p. I-1631, n.º 39).

45 — Acórdão de 4 de Dezembro de 1997 (C-97/96, Colect., p. I-6843).

46 — Acórdão *Daihatsu Deutschland* (já referido na nota 45, n.º 25).

### C — As dificuldades que acarreta o respeito estrito do princípio da colegialidade

37. Quando da sua intervenção na audiência, os agentes da Comissão evocaram, numero-

sas vezes, o volume de trabalho que o tratamento dos processos por incumprimento implica. Referiram que, nos últimos anos, cerca de 5 000 processos deste tipo estavam permanentemente pendentes e que, concretamente em relação ao ano de 1996, mais de 1 000 cartas de interpelação tinham sido enviadas aos Estados-Membros e que 93 processos estavam pendentes no Tribunal de Justiça. Noutro momento, insistiram sobre o atraso que provocaria a aplicação da jurisprudência PVC ao processo de adopção do parecer fundamentado, na medida em que exigiria que o projecto de decisão fosse transmitido aos comissários nas três línguas de trabalho do colégio e que, posteriormente, fosse traduzido para as onze línguas da União.

38. Poderia abster-me de abordar a questão do volume de trabalho resultante do número de situações de incumprimento. Porém e após assinalar que o número oficial de pareceres fundamentados adoptados não é assim tão elevado como dão a entender os agentes da Comissão <sup>47</sup>, limito-me a referir uma evidência, ou seja, se a prática constantemente seguida até ao presente pela Comissão para a adopção dos pareceres fundamentados é ilegal, não é a frequência da anomalia nem as dificuldades que o respeito da legalidade acarretaria que farão com que essa prática seja conforme ao direito. Além disso, os atrasos que supostamente acarretarão as traduções dos textos nas diferentes línguas constituem, na realidade, um falso problema.

47 — A Comissão adoptou e enviou 411 pareceres fundamentados em 1991, 248 em 1992, 352 em 1993, 546 em 1994 e 192 em 1995. Estes números provêm dos serviços da Comissão e figuram no «Décimo Terceiro relatório anual sobre o controlo da aplicação do direito comunitário (1995)», COM(96) 600 final, de 29 de Maio de 1996.

39. Passo a explicar-me: os agentes da Comissão tentaram demonstrar ao Tribunal que os comissários, ao adoptarem o que chamam uma «decisão de base» (*sic*) sobre um parecer fundamentado, fazem-no com perfeito conhecimento dos dados do processo, pois que têm em seu poder a ficha de infracção e, eventualmente, o processo administrativo completo. No entanto e nos termos do regulamento interno da Comissão, estes dados deveriam ser comunicados aos comissários nas três línguas de trabalho do colégio, ou seja, em francês, inglês e alemão. Consequentemente e mesmo caso se admitisse que não é necessário que exista o texto do parecer fundamentado, mas que basta que os comissários tenham em seu poder a ficha de infracção, esta última deveria, em todo o caso, ser traduzida nas três línguas de trabalho da Comissão, o que exigiria tempo e trabalho suplementares. Mas o que os agentes da Comissão não disseram ao longo da nova fase oral do processo é que a ficha de infracção não é comunicada aos comissários nas três línguas atrás referidas, mas apenas numa só, o inglês ou o francês. Por conseguinte e mesmo que se faça esse raciocínio, não pode admitir-se que os comissários têm pleno conhecimento da «decisão de base» que tomam!

40. Por outras palavras, com base na prática que os agentes da Comissão descreveram, o trabalho preparatório que consiste na tradução da ficha de infracção, que é uma condição do respeito do princípio da colegialidade, não pode ser evitado. Assim, não vejo por que razão o que se afirma ser a prática até ao presente constantemente seguida pela Comissão apresenta menos dificuldades do que o respeito das formalidades processuais, que é conforme à lei e apresenta todas as garantias de segurança.

41. Na realidade, o que exigem o princípio da colegialidade e o princípio acessório da incorporação das decisões da Comissão num texto é apenas que o conteúdo do parecer fundamentado, que já está latente na ficha de infracção, seja transposto sob a forma de um projecto de parecer fundamentado antes da adopção da decisão pelo colégio dos comissários. De qualquer forma, o trabalho dos serviços administrativos competentes da Comissão, ou seja, a redacção do texto do parecer fundamentado, deverá ser simplesmente executado mais cedo do que o é actualmente. Assim, não me parece que um trabalho que, em todo o caso, deve ser executado possa curto-circuitar o mecanismo administrativo da Comissão se for programado para mais cedo por razões de legalidade. Quanto às traduções, assinalo simplesmente que, em vez de incidirem sobre a ficha de infracção nas línguas de trabalho da Comissão (como, de qualquer forma, deveria ser feito), incidirão, como é preferível por razões de segurança jurídica, sobre o texto do projecto do parecer fundamentado, que será traduzido nessas mesmas línguas e, além disso, — coisa que, em todo o caso, não será contestada — na língua do Estado-Membro a que se refere o parecer fundamentado.

42. Em resumo, o princípio da actuação colegial da Comissão, correctamente aplicado, apenas exige que o projecto de parecer fundamentado seja preparado, com os elementos essenciais dos fundamentos e da parte decisória, antes de ter lugar a reunião dos comissários onde será tomada uma decisão a esse respeito, de forma a que, no fim da reunião, o texto em questão seja aprovado e que disso se possa fazer menção na acta da reunião. Esse texto, existente em três ou quatro línguas, poderá certamente ser seguidamente reformulado e apurado pelos

serviços administrativos competentes da Comissão, sob a responsabilidade do comissário competente, na condição de o seu conteúdo essencial não ser desvirtuado <sup>48</sup>.

D — *Pedido destinado a obter a limitação no tempo dos efeitos do presente acórdão*

43. Em conclusão, a Comissão pede ao Tribunal de Justiça que, no caso de este não seguir o raciocínio que esta lhe propõe e julgue a acção inadmissível por violação de formalidades essenciais na adopção do parecer fundamentado, limite *ex tunc* os efeitos do seu acórdão e estes apenas se apliquem nos casos em que estejam pendentes processos nos quais, na fase pré-contenciosa, a legalidade do parecer fundamentado seja posta em causa pelos mesmos motivos <sup>49</sup>.

48 — Sobre este ponto, não teria qualquer objecção se o Tribunal de Justiça deixasse aos serviços administrativos da Comissão responsáveis pela formulação definitiva do texto do parecer fundamentado uma margem de manobra mais importante do que no caso dos actos administrativos individuais que produzem efeitos jurídicos directos. Em relação a estes últimos, o Tribunal de Justiça considera que só podem ser objecto de rectificações de natureza gramatical ou ortográfica (v. o acórdão de 23 de Fevereiro de 1988, Reino Unido/Conselho, dito das «galinhas poedeiras», 131/86, Colect., p. 905). Em todo o caso, quanto mais o texto do parecer fundamentado que é enviado ao Estado-Membro se aproximar do texto adoptado em colégio pela Comissão menos numerosas serão as possíveis contestações.

49 — A este propósito, os agentes da Comissão lembram-me o rei do conto de Andersen que tinha aparecido nu aos seus súbditos, por ter sido enganado por indivíduos ardilosos que o tinham persuadido de que estava vestido com os mais belos trajes. Assim, os agentes da Comissão, como outro rei nu, pedem ao Tribunal de Justiça que, caso detecte a irregularidade, reaja da forma menos solene possível.

44. Embora compreenda a inquietude da Comissão, não creio que o perigo que invoca exista realmente ou, em todo o caso, que seja necessário fazer-lhe face limitando no tempo os efeitos do presente acórdão. Como o representante da República Federal da Alemanha observou com razão na nova fase oral do processo, não é possível, à luz do direito processual, que os efeitos de acórdãos já proferidos pelo Tribunal de Justiça sobre acções baseadas num parecer fundamentado adoptado irregularmente sejam postos em causa. O mesmo há que admitir quanto às acções pendentes no Tribunal e em relação às quais a fase oral já terminou. Segundo uma interpretação das normas processuais que, a meu

ver, é mais correcta, não é possível, em nenhum destes casos, a reabertura da fase oral nem um pedido de revisão. Sobre esta questão, remeto para a análise detalhada que fiz no quadro dos processos «polipropileno»<sup>50</sup>.

45. Por conseguinte e sem ver nisso qualquer erro, não creio que seja indispensável limitar os efeitos do presente acórdão no tempo, de modo a que apenas sejam válidos *ex nunc*.

#### IV — Conclusão

46. Tendo em conta o conjunto das precedentes considerações, proponho que o Tribunal de Justiça:

- 1) julgue inadmissível a presente acção, e
- 2) condene a Comissão na totalidade das despesas.

50 — V. as minhas conclusões de 15 de Julho de 1997, sobretudo as relativas ao processo Hüls/Comissão (C-199/92 P, ainda não publicado na Colectânea, n.ºs 70 e segs.).