CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL JEAN MISCHO

apresentadas em 19 de Outubro de 2000 [1]

1. Da leitura de duas publicações francesas, o *Bulletin officiel des annonces des marchés publics* e o *Moniteur des travaux publics et du bâtiment*, constatou a Comissão que três anúncios de empreitadas de obras públicas divulgados, respectivamente, por dois organismos públicos de ordenamento e de construção (a seguir «OPAC») e uma sociedade anónima de habitações de renda limitada (a seguir «SA HLM») não haviam sido publicados na série S do *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*. A Comissão entende que o artigo 11.º da Directiva 93/37/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas (a seguir «directiva») [2], obrigava à publicação destes anúncios na referida série S, atendendo simultaneamente ao respectivo valor e à qualidade do organismo que anuncia o concurso.

2. Com efeito, segundo a Comissão, quer os OPAC quer as SA HLM devem ser consideradas entidades adjudicantes, na acepção do artigo 1.º, alínea b), da directiva.

3. Dado que a resposta da República Francesa à notificação de incumprimento não satisfez a Comissão, esta instituição, após, conforme afirma, ter detectado muitas outras empreitadas contratadas por organismos do mesmo tipo que não foram objecto de publicação no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, podendo, por isso, falar-se de uma prática constante, emitiu um parecer fundamentado. Por último, ainda não satisfeita com as explicações das autoridades francesas, a Comissão propôs a presente acção sobre a qual nos devemos debruçar.

4. Será conveniente, no entanto, assinalar de imediato que o litígio evoluiu no decurso da fase escrita do processo.

5. Com efeito, a República Francesa reconheceu, logo na contestação, que os OPAC são, na verdade, entidades adjudicantes na acepção do artigo 1.º, alínea b), da directiva, tendo em conta a jurisprudência do Tribunal de Justiça, em especial os acórdãos proferidos em 15 de Janeiro de 1998 [3] e 10 de Novembro de 1998 [4], e que tais organismos estão obrigados a publicar os anúncios de empreitadas na série S do *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*. Quanto aos OPAC, o Tribunal de Justiça

1 — Língua original: francês.

2 — JO L 199, p. 54.

3 — Mannesmann Anlagenbau Austria e o. (C-44/96, Colect., p. I-73).

4 — BFI Holding (C-360/96, Colect., p. I-6821).

deve, por conseguinte, reconhecer o incumprimento.

6. No que respeita às SA HLM, o litígio restringiu-se, na medida em que, subsistindo, embora, o desacordo quanto a saber se as partes devem ou não ser consideradas entidades adjudicantes na acepção da directiva, as mesmas concluíram, no decurso da fase escrita, que os seus pontos de vista divergem apenas numa questão muito precisa, cuja resposta determina o resultado do litígio, a saber, se o controlo de que são objecto as SA HLM por parte dos poderes públicos corresponde precisamente ao tipo de controlo a que se refere a directiva ao enunciar os critérios que permitem identificar as entidades adjudicantes.

7. Por ter sido interpretada nos acórdãos Mannesmann Anlagenbau Austria e o. e BFI Holding, já referidos, a directiva é bem conhecida do Tribunal de Justiça. Por esta razão, entendemos ser desprovido de utilidade recordar aqui o contexto em que foi adoptada, os objectivos que prossegue e o seu articulado geral. Podemos atentar directamente no seu artigo 1.°, o qual, através de uma série de definições, fixa o domínio de aplicação da directiva. Nos termos desta disposição,

«Para efeitos da presente directiva:

a) Os contratos de empreitada de obras públicas são contratos a título oneroso, celebrados por escrito entre um empreiteiro, por um lado, e uma entidade adjudicante, definida na alínea b), por outro, que tenham por objecto quer a execução quer conjuntamente a execução e concepção das obras relativas a uma das actividades referidas no anexo II ou de uma obra definida na alínea c), quer a realização, seja por que meio for, de uma obra que satisfaça as necessidades indicadas pela entidade adjudicante;

b) São consideradas entidades adjudicantes o Estado, as autarquias locais e regionais, os organismos de direito público e as associações formadas por uma ou mais autarquias locais ou regionais ou um ou mais desses organismos de direito público.

Entende-se por organismo de direito público qualquer organismo:

— criado para satisfazer de um modo específico necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial,

— dotado de personalidade jurídica

e

no *Journal officiel de la République Française.*

— cuja actividade seja financiada maioritariamente pelo Estado, pelas autarquias locais ou regionais ou por outros organismos de direito público, cuja gestão esteja sujeita a um controlo por parte destes últimos ou cujos órgãos de administração, de direcção ou de fiscalização sejam compostos, em mais de metade, por membros designados pelo Estado, pelas autarquias locais ou regionais ou por outros organismos de direito público.

9. Para esse efeito, a Comissão assinala, em primeiro lugar, que se está realmente em presença de organismos criados para satisfazer especificamente necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial, a saber, a habitação de pessoas e famílias de recursos modestos, e que estes organismos são dotados de personalidade jurídica, de modo que estão reunidas as duas primeiras condições enunciadas pelo referido artigo para que se possa operar a qualificação de organismo de direito público.

As listas dos organismos e das categorias de organismos de direito público que preenchem os critérios referidos no segundo parágrafo da presente alínea constam do anexo I. Essas listas são tão completas quanto possível e podem ser revistas de acordo com o processo previsto no artigo 35.° Para esse efeito, os Estados-Membros notificarão periodicamente a Comissão das alterações introduzidas nas suas listas;

10. Referindo-se, seguidamente, à terceira condição, a Comissão sublinha, não sendo contestada neste aspecto, que basta a verificação de apenas uma das três características a que alude a directiva, a saber, o financiamento proveniente maioritariamente dos poderes públicos, o controlo da gestão por estes últimos e a designação pelos mesmos de mais de metade dos membros dos órgãos dirigentes, para que um organismo preencha tal condição.

...»

8. Na petição, a Comissão procura demonstrar que as SA HLM devem ser consideradas organismos públicos e, por conseguinte, entidades adjudicantes na acepção do artigo 1.°, alínea b), da directiva, fundamentando-se, principalmente, no code de la construction et de l'habitation (a seguir «código»), publicado

11. Para a Comissão, é manifesto que, atendendo a determinadas disposições do código sobre as quais nos debruçaremos, o controlo exercido pelos poderes públicos sobre as SA HLM se identifica rigorosamente com o que o legislador comunitário teve em vista.

12. Na contestação, a República Francesa procura demonstrar que o controlo ao qual estão sujeitas estas sociedades não corresponde de modo algum àquele a que se refere a directiva. Em sua opinião, os diferentes controlos a que a Comissão faz referência em nada autorizam os poderes públicos a interferir nas decisões respeitantes ao bom funcionamento das SA HLM. São controlos de tipo administrativo, que devem ser distinguidos do controlo de gestão ou de investimento, o qual, em seu entender, o artigo 1.°, alínea b), tem em vista.

13. Na réplica, a Comissão rejeita a pertinência desta distinção. Do seu ponto de vista, não existe nenhum elemento no artigo 1.°, alínea b), que permita afirmar que apenas é visado um controlo que faculte aos poderes públicos a ingerência na gestão regular da sociedade.

14. Na tréplica, a República Francesa procura demonstrar que os diferentes tipos de controlo salientados pela Comissão são de natureza administrativa e excluem qualquer ingerência na gestão, sempre partindo da premissa segundo a qual, para que se verifique um controlo da gestão na acepção do artigo 1.°, alínea b), é necessária a existência de uma forma de controlo que envolva a apreciação do modo como são geridos os fundos.

15. No seu pedido de intervenção, o Reino Unido adere à interpretação da directiva nos termos da qual a República Francesa fundamenta a sua defesa.

16. Parece, assim, evidente que a questão que divide as partes é a de saber quando deve considerar-se que a gestão de um organismo está sujeita a controlo por parte de outro organismo.

17. A resposta a esta questão não depende, em nossa opinião, unicamente do sentido que deve atribuir-se ao termo controlo, mas também do que se deve entender por gestão, apesar de ser quanto à noção de controlo que as partes divergem.

18. Examinemos, pois, estes dois termos sucessivamente.

Que gestão? Que controlo?

19. Segundo o dicionário *Le Petit Robert*, o termo gestão, que descreve a acção de gerir, está próximo dos termos administração, direcção, *management*, organização, termos que implicam, todos eles, o exercício de uma certa forma de poder.

20. Isto leva-nos a pensar que um controlo que não diga respeito ao modo como aqueles que detêm o poder no seio de um organismo dirigem a acção do mesmo não

deve ser qualificado como controlo da gestão desse organismo.

21. Este significado do termo «gestão» não é contrariado pelos termos «gestión» [5], «gestione» [6] e «gestão» [7] empregues, respectivamente, nas versões espanhola, italiana e portuguesa da directiva, nem pelo termo «diacheirísi» empregue na versão em língua grega [8].

22. Aquele significado é até mesmo reforçado pela utilização dos termos «Leitung» [9] e «management» [10], respectivamente, nas versões alemã e inglesa, e pelo recurso cumulativo, em neerlandês, aos termos «activiteiten» e «beheer» [11].

23. Afigura-se que o termo «drift» que figura na versão dinamarquesa possa, também ele, ser considerado equivalente ao termo «gestão» [12].

5 — «todo organismo [...]» «[...] cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estos últimos [...]»

6 — «organismo [...]» «[...] oppure la cui gestione è soggetta al controllo di questi [...]»

7 — «qualquer organismo [...]» «[...] cuja gestão esteja sujeita a um controlo por parte destes últimos ou [...]»

8 — «κάθε οργανισμός [...]» «[...] είτε η διαχείριση υπόκειται σε έλεγχο από το κράτος ή τους οργανισμούς αυτούς [...]»

9 — «jede Einrichtung [...]» «[...] die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch letztere unterliegt [...]»

10 — «any body [...]» «[...] or subject to management supervision by those bodies [...]»

11 — «iedere instelling [...]» «waarvan of wel de activiteiten [...] of wel het beheer is onderworpen aan toezicht door deze laatsten [...]»

12 — «organ [...]» «eller hvis drift er underlagt disses kontrol [...]»

24. Se abordarmos agora o termo «controlo», verificaremos que a análise semântica deste termo não fornece, infelizmente, qualquer indicação que permita optar por uma das duas concepções opostas que invocam a Comissão, por um lado, e a República Francesa e o Reino Unido, por outro.

25. Assim, da consulta do dicionário *Le Petit Robert* resulta que o vocábulo «controlo» se refere tanto a uma relação de vigilância e de verificação como a uma relação de domínio e de direcção.

26. Na verdade, a primeira acepção é ali apresentada como anterior e a segunda como tendo surgido apenas no século XX, conferindo ao termo «contrôle» em francês a acepção equivalente ao inglês «control». Porém, esta evolução semântica não é susceptível de permitir a identificação, sem hesitações, da acepção do termo «controlo» tida em vista pelo legislador comunitário em 1993.

27. Ainda no plano semântico, pode observar-se que, quando se trata de descrever uma situação na qual «controlo» significa «domínio», fala-se de uma empresa que detém o controlo de outra, e não de uma empresa que exerce controlo sobre outra, mas o inverso não é verdadeiro, no sentido em que o facto de estar sujeita a controlo

não implica forçosamente a existência do poder de interferir na tomada de decisão.

28. Perante a impossibilidade de extrair uma conclusão da análise do texto francês da directiva, a partir do qual o Governo Francês e a Comissão desenvolvem o raciocínio, as regras de interpretação consagradas pela jurisprudência do Tribunal de Justiça impõem que consideremos as outras versões linguísticas.

29. As versões espanhola, italiana e portuguesa, que utilizam, respectivamente, os termos «control», «controllo» e «controlo», e a versão grega, que utiliza o termo «élencho», não fornecem mais esclarecimentos do que a versão francesa.

30. À primeira vista, a utilização na versão alemã, onde a versão francesa utiliza «contrôle», do termo «Aufsicht», o qual é utilizado na linguagem corrente para traduzir «fiscalização», pode levar a pensar que o legislador comunitário não pretendeu referir-se especificamente a um controlo que implique poder de ingerência.

31. Apesar disso, parece-nos difícil tirar conclusões definitivas quanto ao recurso ao termo «Aufsicht», na medida em que, na língua alemã, para designar o conselho fiscal de uma sociedade anónima, isto é, o órgão que, juntamente com a administração, detém o poder, nos casos em que a sociedade não está constituída segundo o modelo clássico que recorre ao conselho de administração, utiliza-se o termo «Aufsichtsrat». Com efeito, neste modelo de administração da sociedade anónima, o «Aufsichtsrat», longe de ser um simples órgão fiscalizador da administração, está, pelo contrário, associado à gestão da sociedade, no sentido em que não é mantido afastado da definição dos seus objectivos e da sua estratégia.

32. O termo «toezicht» utilizado na versão neerlandesa suscita, *mutatis mutandis*, os mesmos comentários que o termo «Aufsicht» da versão alemã.

33. A versão em língua inglesa da directiva não é mais elucidativa, visto que a expressão «management supervision» não é esclarecedora quanto à extensão dos poderes do órgão fiscalizador: mera fiscalização da regularidade da gestão ou possibilidade de interferir nas decisões relativas à gestão.

34. Que conclusão pode extrair-se, após esta rápida incursão no pluralismo linguístico próprio do direito comunitário?

35. Decerto não uma conclusão definitiva quanto ao tipo de controlo a que o

legislador comunitário pretendeu referir-se, que permitisse abordar directamente o exame *in concreto* das formas dos controlos que incidem sobre as SA HLM, de modo a confrontá-las com o referido tipo.

36. Parece-nos, no entanto, que esta incursão não terá sido inútil, já que demonstra, pelo menos, não desvirtuar o texto o facto de se considerar que um controlo no âmbito da fiscalização exercida quanto ao modo como o organismo em questão é dirigido, e não resultante da ingerência na sua direcção, é suficiente para que se esteja perante um organismo de direito público na acepção do artigo 1.°, alínea b), da directiva.

37. A fase seguinte da nossa busca será, pois, a análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça, não na esperança de aí encontrar uma definição de controlo na acepção do artigo 1.°, alínea b), pois que, se essa definição existisse, é sabido que as partes teriam feito referência à mesma e nós próprios teríamos dela feito, de imediato, a pedra angular do nosso raciocínio, mas para aí procurar elementos susceptíveis de nos esclarecer quanto à abordagem que deve presidir à identificação dos organismos de direito público que entram no campo de aplicação da directiva.

38. O único acórdão que, até hoje, abordou o problema da interpretação do conceito de organismo de direito público na acepção da Directiva 93/37 foi o acórdão Mannesmann Anlagenbau Austria e. o., já referido [13].

39. É certo que o referido conceito, que figura igualmente no artigo 1.°, alínea b), de uma outra directiva aplicável no domínio dos contratos públicos, a Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços [14], também foi analisado no acórdão BFI Holding, já referido. Este acórdão recorda que, «para dar pleno efeito ao princípio da livre circulação, o conceito de entidade adjudicante deve ser interpretado de modo funcional (v., neste sentido, acórdão de 20 de Setembro de 1988, Beentjes, 31/87, Colect., p. 4635, n.° 11). Esta necessidade opõe-se a que seja feita uma distinção segundo a forma jurídica das disposições que criam o organismo e que especificam as necessidades que ele deve satisfazer» (n.° 62). Mas, no essencial, o acórdão ocupa-se da questão de saber em que consiste um organismo criado para satisfazer de modo específico necessidades de interesse geral sem carácter industrial ou comercial. Será, por conseguinte, no acórdão Mannesmann Anlagenbau Austria e o., já referido, que a nossa atenção deve concentrar-se.

40. Em nossa opinião, o interesse do acórdão para o presente processo não reside,

13 — O acórdão de 17 de Dezembro de 1998, Comissão/Irlanda (C-353/96, Colect., p. I-8565), refere-se à Directiva 77/62/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1976, relativa à coordenação dos processos de celebração dos contratos de fornecimento de direito público (JO 1977, L 13, p. 1; EE 17 F1 p. 29), a qual precedeu a directiva aqui em questão.

14 — JO L 209, p. 1.

contrariamente ao que sugere a Comissão, nas seguintes conclusões, tidas em conta pelo Tribunal de Justiça no n.º 28 do acórdão para considerar que a terceira condição estava preenchida:

— a «Österreichische Staatsdruckerei» (Imprensa de Estado austríaca, a seguir «ÖS») foi criada para satisfazer especificamente necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial, a saber, a produção de documentos administrativos sujeitos a diversos níveis de segurança, e é dotada de personalidade jurídica;

— o director-geral da ÖS é nomeado por um órgão composto maioritariamente por membros nomeados pela Chancelaria federal ou por diferentes ministérios;

— além disso, a ÖS está sujeita à fiscalização do Tribunal de Contas e um serviço de fiscalização estatal está encarregado de zelar pelos impressos sujeitos a regime de segurança;

— por último, segundo as declarações da SRG na audiência, a maioria das acções da ÖS continuam a pertencer ao Estado austríaco.

41. Com efeito, a conclusão alcançada quanto à nomeação dos órgãos dirigentes bastava só por si para considerar que a terceira condição estava preenchida. Por conseguinte, a conclusão alcançada quanto à fiscalização exercida pelo Tribunal de Contas e pelo serviço de fiscalização estatal, que o Tribunal de Justiça teve, de resto, o cuidado de fazer preceder da menção «além disso», não pode ser considerada como susceptível de permitir que se extraiam ilações quanto ao grau de fiscalização julgado suficiente pelo Tribunal de Justiça para que esta condição esteja preenchida.

42. Extrair conclusões semelhantes no presente processo seria tanto mais imprudente quanto o advogado-geral P. Léger, nas conclusões que apresentou no referido processo, salientou que a definição, no anexo I, XI, E.1, b), do Acto relativo às condições de adesão da República da Áustria, da República da Finlândia e do Reino da Suécia e às adaptações dos Tratados em que se funda a União Europeia [15], dos organismos austríacos abrangidos no âmbito de aplicação da directiva pressupõe a fiscalização orçamental do Tribunal de Contas.

43. A ideia que o Tribunal de Justiça expressa acerca da fiscalização exercida sobre a ÖS resume-se, por conseguinte, de certo modo, à conclusão de que o referido organismo está sujeito, precisamente, a um tipo de fiscalização que a República da Áustria, por ocasião da sua adesão, admitiu corresponder àquilo que a directiva estabe-

15 — JO 1994, C 241, p. 21, e JO 1995, L 1, p. 1.

lece, ao fixar como critério a fiscalização por parte dos poderes públicos.

44. O verdadeiro interesse do acórdão Mannesmann Anlagenbau Austria e o., já referido, para a questão aqui abordada consiste na apresentação sintética das condições que devem estar reunidas para que se esteja em presença de um organismo de direito público, as quais ressaltam dos desenvolvimentos consagrados à verificação destas condições no caso da ÖS.

45. Com efeito, pode ler-se no n.° 20 do acórdão que:

«A este respeito, deve notar-se que, nos termos do artigo 1.°, alínea b), segundo parágrafo, da Directiva 93/37, um organismo de direito público é um organismo criado para satisfazer especificamente necessidades de interesse geral sem carácter industrial ou comercial dotado de personalidade jurídica e *estreitamente dependente do Estado* [16], de autarquias locais ou de outros organismos de direito público.»

46. Notar-se-á, de imediato, que o Tribunal de Justiça, enquanto recorda as duas primeiras condições utilizando directamente os termos da directiva, apresenta a terceira, sem analisar os três critérios alternativos cujo cumprimento a mesma impõe, como referindo-se a um determinado tipo de relações com os poderes públicos, a estreita dependência. Pode concluir-se daí, pois, que os três critérios previstos no artigo 1.°, alínea b), da directiva constituem, no que respeita à terceira condição, três modos de verificar uma mesma realidade, a situação de estreita dependência face aos poderes públicos, que poderão ser utilizados alternativamente.

47. Uma vez que estes critérios são alternativos, devendo, no entanto, permitir a percepção da mesma realidade, devem apresentar aquilo que poderemos qualificar como mesmo grau de sensibilidade, tratando-se, por assim dizer, de instrumentos de medida. Parece-nos de excluir que um de entre eles possa ser interpretado de maneira a fazer entrar na categoria dos organismos de direito público entidades que apresentam uma situação de dependência face aos poderes públicos muito diferente da das entidades classificadas na mesma categoria por aplicação de um dos dois outros critérios.

48. Concretamente, isto significa que só devem ser qualificados como organismos de direito público por força do controlo exercido sobre a sua gestão as entidades cuja dependência face aos poderes públicos atinja o mesmo nível que a dependência resultante de um financiamento proveni-

16 — Sublinhado nosso.

ente maioritariamente dos poderes públicos ou que a resultante da nomeação por estes últimos de mais de metade dos membros que compõem os órgãos dirigentes.

49. Esta abordagem pragmática adoptada pelo Tribunal de Justiça não permite, na verdade, decidir entre as duas concepções de princípio apresentadas pela Comissão, por um lado, e a República Francesa, por outro, entre a suficiência da mera fiscalização da regularidade da gestão e a necessidade de verificar a existência de um tipo de fiscalização que inclua uma forma de ingerência na gestão. Na realidade, o Tribunal de Justiça vai mais longe ao ultrapassar, de algum modo, esta oposição, exortando a que não nos detenhamos sobre a natureza da fiscalização exercida, mas a que nos pronunciemos em função da situação concreta criada pela existência desta fiscalização. Tal abordagem parece estar em perfeita conformidade com os objectivos das disposições comunitárias em matéria de contratos públicos a que fez referência o advogado-geral P. Léger ao afirmar, no n.º 47 das conclusões relativas ao processo Mannesmann Anlagenbau Austria e o., já referido, que:

«A legislação comunitária sobre os contratos públicos desenvolveu-se para garantir, no plano comunitário, o respeito dos princípios de livre concorrência e de liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços, que têm sido postos em causa por esses comportamentos que são tradicionais e generalizados. O objectivo que lhe está cometido tem em vista garantir aos operadores económicos, seja qual for a sua origem, a igualdade de acesso aos concursos abertos para os contratos propostos, para a realização dos seus projectos, pelos poderes públicos, independentemente da forma que esta possa assumir.»

50. Em nota de rodapé, o advogado-geral recorda o acórdão Beentjes, já referido. Desde então, o Tribunal de Justiça esclareceu no n.º 62 do acórdão BFI Holding e no n.º 36 do acórdão Comissão/Irlanda, já referidos, que não só a noção de Estado, mas também a de entidade adjudicante deve ser interpretada de modo funcional.

51. Para dar cumprimento a esta interpretação do Tribunal de Justiça, não será necessário questionarmo-nos acerca de cada um dos tipos de controlo que incidem sobre as SA HLM alegados pela Comissão se, analisados isoladamente e enquanto tais, forem susceptíveis de colocar as referidas sociedades em situação de dependência face aos poderes públicos, mas antes formar opinião quanto à questão de saber se, *tendo em conta o quadro legislativo e regulamentar no qual se inserem* as SA HLM, os diferentes tipos de controlo aos quais estão sujeitas geram *de facto* uma estreita dependência face aos poderes públicos. Com efeito, é evidente que o mesmo tipo de controlo pode ser objecto de apreciação diversa conforme o contexto no qual se insere. Um determinado tipo de controlo não terá o mesmo impacto conforme o organismo controlado disponha, por força das normas que o regem, de ampla liberdade quanto à sua gestão ou, pelo contrário, essas normas enquadrem

muito estritamente a sua actividade e lhe imponham uma linha de gestão predeterminada.

52. Por esta razão, parece-nos indispensável abordar, neste momento, o estatuto das SA HLM e o seu enquadramento jurídico.

O quadro jurídico no qual se inserem as actividades das SA HLM

53. As SA HLM são sociedades comerciais, reguladas, nessa qualidade, pela Lei das sociedades de 1966. No entanto, a sua natureza é assaz particular visto que a sua inclusão, pelo artigo L. 411.°-2 do código, na lista dos organismos de HLM resulta na sua sujeição a todo um conjunto de normas previstas no referido código. Algumas destas normas são aplicáveis a todos os organismos de HLM, em especial, os serviços públicos de HLM e os OPAC, outras têm em vista especificamente as SA HLM.

54. Assim, nos termos do artigo L. 422.°-2 do código, as SA HLM têm por objecto realizar, nas condições fixadas pelos seus estatutos, principalmente com vista à locação, as operações previstas no artigo L. 411.°-1. O referido artigo L. 411.°-1 enumera estas operações nos seguintes termos:

«As disposições do presente livro têm por objectivo fixar as regras relativas à construção, à aquisição, ao ordenamento, ao saneamento, à reparação, à gestão de habitações colectivas ou individuais, urbanas ou rurais, que respondam às características técnicas e de custos determinadas por decisão administrativa e destinadas a pessoas e famílias de recursos modestos [...]»

55. Observe-se que não só é a lei que fixa o tipo de clientela à qual as SA HLM oferecem os seus serviços, mas que é por decisão administrativa que são fixadas as características técnicas e os preços de custo das habitações relativamente às quais estas sociedades estão habilitadas a operar.

56. A constituição de uma SA HLM deve obedecer aos estatutos-tipo, anexos ao artigo R. 422.°-1 do código. Estes estatutos-tipo são extremamente pormenorizados. Nestes se salienta, quanto ao objecto da sociedade, a distinção entre o objecto principal, o arrendamento de habitações, cuja renda é fixada nos termos das regras enunciadas pelo código, e a construção de tais habitações, e o objecto acessório, que consta da enumeração de 17 tipos de actividades definidas com muita precisão.

57. Os estatutos-tipo precisam que a cessão de acções deve ser feita por um valor que não ultrapasse certo limite, para o qual definem o método de cálculo, e que a SA HLM necessita, salvo quando tem lugar num quadro familiar, da autorização do conselho de administração ou do conselho fiscal, o qual não tem de dar a conhecer as razões da autorização ou da recusa.

58. O mandato dos membros do conselho de administração ou do conselho fiscal de uma SA HLM é exercido a título gratuito, sem prejuízo da possibilidade de pagamento de um subsídio fixo de montante calculado com base nas disposições do código aos titulares de tal mandato que exerçam uma actividade assalariada.

59. Se forem realizados lucros, não poderão ser distribuídos dividendos superiores a determinado limite.

60. Nos termos do n.° 11 dos estatutos-tipo,

«No mês seguinte àquele em que se realizou a assembleia geral ordinária em cumprimento do disposto no artigo 157.° da Lei de 24 de Julho de 1967, já referida, a sociedade enviará ao representante do Estado no departamento em que se localiza a sede, à Caisse des dépôts et consignations e ao ministro responsável pela habitação o conjunto dos documentos contabilísticos e os relatórios apresentados à assembleia de accionistas, bem como as deliberações desta última.

Em caso de adiamento da assembleia geral de accionistas, a decisão judicial que fixar um prazo suplementar deverá ser enviada nos mesmos termos.»

61. O facto de uma SA HLM se enquadrar nestes estatutos-tipo não é, todavia, suficiente para lhe permitir exercer a sua actividade, visto que o artigo L. 425.°-5 do código impõe a exigência de autorização por meio de decisão administrativa, autorização essa que, por força do artigo R. 422.°-16, é emitida pelo ministro responsável pela construção e pela habitação, após parecer do conselho departamental da habitação e do conselho superior das habitações de renda limitada.

62. Assinalaremos que a versão antiga dos estatutos-tipo [17], por lapso junta com a petição da Comissão, previa a presença de um comissário do governo, cujas competências estavam definidas nos seguintes termos:

«Logo que a sociedade seja titular da autorização prevista no n.° 1 do artigo R. 422.°-4 do code de la construction et de

17 — Versão resultante do Decreto n.° 91-385, de 23 de Abril de 1991, substituído pelo Decreto n.° 93-749, de 27 de Março de 1993.

l'habitation, um comissário do governo, designado por despacho do ministro responsável pela habitação, disporá de todos os poderes de investigação sobre documentos e *in situ*.

Assistirá, com direito a voto consultivo, às sessões do conselho de administração, podendo, se for caso disso, provocar a sua reunião. Receberá, nas mesmas condições que os outros membros do conselho de administração, as convocatórias, ordens do dia e todos os outros documentos que lhe devam ser enviados antes de cada sessão. Receberá, de igual modo, cópia das actas das referidas sessões, assim como das decisões adoptadas por delegação do conselho de administração.

Poderá, de igual modo, solicitar novo exame total ou parcial de uma deliberação adoptada pelo conselho de administração, no prazo de quinze dias a contar da data da respectiva recepção. O novo exame deve ter lugar no prazo máximo de quinze dias. A execução da deliberação em questão será, neste caso, suspensa até ao novo exame.

Apresentará ao ministro responsável pela habitação um relatório anual acerca da actividade da sociedade.

A remuneração do comissário do governo, a cargo da sociedade, será fixada no despacho de nomeação, segundo a tabela definida por despacho interministerial.»

63. Se esta disposição não tivesse sido suprimida em 1993, mesmo o recurso a uma noção de controlo da gestão que inclua o poder de ingerência, como a que defende a República Francesa e o Reino Unido, levaria a considerar que as SA HLM são organismos públicos na acepção do artigo 1.°, alínea b), da directiva.

64. Não obstante, resulta das outras disposições que devem constar obrigatoriamente dos estatutos das SA HLM, a que acabamos de fazer referência, que estas sociedades se encontram muito estreitamente enquadradas, tanto ao nível das actividades que podem exercer como do modo de funcionamento e da utilização dos seus capitais, e que o perfil do accionista destas sociedades é, sem dúvida, muito diferente do perfil do accionista de uma sociedade anónima sujeita apenas à Lei de 1966.

65. Este enquadramento não deve, bem entendido, ser confundido com o controlo a que se refere o artigo 1.°, alínea b, da directiva. A existência de normas, por mais precisas que sejam, que devem ser respeitadas pelo organismo, é uma coisa, o controlo da gestão deste é outra. Com efeito, se a fiscalização quanto ao respeito das referidas normas e a aplicação da sanção pela violação das mesmas pudessem ser asseguradas apenas pelos tribunais, não poderia falar-se de controlo por parte do Estado, autarquia ou organismo de direito público.

66. Mas este rigoroso enquadramento não pode ser ignorado quando está em causa

determinar se as SA HLM se encontram em situação de estreita dependência face aos poderes públicos.

67. Com efeito, se as regras de gestão são muito pormenorizadas, a mera fiscalização quanto ao seu respeito conduz, infalivelmente, a um ascendente por parte dos poderes públicos que não se diferencia muito do originado pela nomeação, por estes últimos, da maioria dos membros dos órgãos dirigentes ou pelo financiamento maioritariamente público, na acepção de que a gestão será a que for pretendida pelos poderes públicos e o controlo mais não será do que um instrumento que completa o domínio, cujas condições foram criadas pelas normas de enquadramento.

68. Por outras palavras, e voltando à abordagem desenvolvida no acórdão Mannesmann Anlagenbau Austria e o., já referido, perante um enquadramento normativo estrito, o controlo tal como é entendido pela Comissão na interpretação que faz do artigo 1.°, alínea b), da directiva produz, do ponto de vista da estreita dependência face aos poderes públicos, o mesmo resultado que produziria, na falta desse enquadramento, o controlo na acepção do referido artigo tal como é entendido pela República Francesa.

Os controlos em questão

69. Analisemos, agora, se os diferentes tipos de controlo referidos pela Comissão podem levar a concluir que os mesmos colocam as SA HLM em situação de estreita dependência em relação aos poderes públicos.

70. A primeira disposição do código que a Comissão refere para demonstrar que a gestão das SA HLM está sujeita a controlo por parte dos poderes públicos é o artigo L. 422.°-7. Este artigo dispõe que:

«Em caso de irregularidades graves, de falta grave na gestão ou de omissão do conselho de administração ou do órgão de direcção e do conselho fiscal de uma sociedade de habitações de renda limitada ou de crédito imobiliário, o ministro responsável pela construção e pela habitação pode, após ouvir as observações da sociedade no caso de esta ter sido chamada a apresentá-las, decretar a sua dissolução e nomear um liquidatário.»

71. Esta disposição requer três observações.

72. Em primeiro lugar, não nos parece possível sustentar que as três situações visadas respeitem todas elas a deficiências na execução da contabilidade, a prevaricações ou a casos de corrupção. Estas hipóteses cabem essencialmente na categoria das «irregularidades graves».

73. Pelo contrário, a «falta grave na gestão» dificilmente poderá ter em vista outra coisa que não decisões dos órgãos [dirigentes] adoptadas erradamente, como por exemplo em violação dos fins que a sociedade deve prosseguir, ou decisões imprudentes no plano financeiro.

74. Por último, a censura quanto à «omissão» respeita ao abstencionismo culposo ou à falta geral de dinamismo.

75. Forçoso será, pois, concluir que estas duas últimas categorias inscrevem-se na política de gestão e não no controlo da regularidade.

76. Em segundo lugar, mal se compreende que o ministro responsável pela construção e pela habitação (a seguir «ministro») possa detectar uma «falta grave na gestão» ou uma «omissão» se não efectuar, pelo menos a intervalos regulares, o controlo desta gestão. Este controlo é, efectivamente, possível por força da obrigação a que está sujeita a sociedade de enviar ao ministro e a outras autoridades não só o conjunto dos documentos contabilísticos, mas sobretudo os relatórios apresentados à assembleia geral, bem como a acta desta (v. n.º 11 dos estatutos-tipo, supracitado).

77. Em terceiro lugar, é incontestável que os poderes conferidos por este artigo ao ministro são consideráveis, visto que permitem a este último, no caso de lhe parecer que a gestão é gravemente deficiente, decidir a dissolução da SA HLM.

78. A disposição seguinte, o artigo L. 422.º-8 [18], igualmente referido pela Comissão, permite ao ministro o recurso a uma medida menos gravosa do que a dissolução, a suspensão dos órgãos dirigentes, que será acompanhada, no entanto, de medidas drásticas quanto à gestão da sociedade, já que esta última passa transitoriamente para as mãos de um administrador provisório nomeado pelo ministro.

18 — No caso previsto no artigo L. 422.º-7, o ministro responsável pela habitação pode limitar-se a suspender o conselho de administração ou o conselho fiscal e a direcção, ou somente esta última, através de despacho fundamentado, e nomear um administrador provisório para o qual é transferido, de pleno direito, o conjunto dos poderes do conselho de administração ou do conselho fiscal e da direcção para prosseguimento das operações em curso.
A missão do administrador provisório cessa com a designação de novo conselho de administração ou de novo conselho fiscal em assembleia geral reunida o mais tardar antes do decurso do prazo de um ano, renovável uma vez a contar da decisão ministerial, ou, na falta de tal designação, pela nomeação de um liquidatário por parte do ministro responsável pela construção e pela habitação.
Durante o período de dois anos após o termo da missão do administrador provisório, este deve ser convocado e poderá assistir a todas as reuniões do conselho de administração ou do novo conselho fiscal da sociedade e às assembleias gerais de accionistas.
Se, no decurso deste período, o administrador provisório verificar que as medidas indispensáveis à recuperação da sociedade não foram adoptadas ou não foram postas em prática, disso informará o ministro responsável pela construção e pela habitação. Este, em conjunto com o Ministro da Economia e Finanças, pode, após ouvir as observações da sociedade, proceder à dissolução e à liquidação do organismo em questão, ou suspender novamente o conselho de administração ou o conselho fiscal e nomear um administrador provisório, fixando a duração do respectivo mandato. Este administrador deve, antes do termo do seu mandato, reunir a assembleia geral a fim de proceder à designação de novo conselho de administração ou de novo conselho fiscal. Na falta dessa designação, proceder-se-á à dissolução e liquidação do organismo.

79. Nem sequer se trata, por conseguinte, de verdadeira interferência na gestão, mas da transferência dos poderes de gestão para uma pessoa escolhida pelos poderes públicos.

80. Mais, o termo da missão desta última não resulta no retorno ao *statu quo ante*, visto que a sociedade deverá ficar sujeita durante dois anos a fiscalização reforçada [19].

81. Ainda relativamente à parte dispositiva do código, a Comissão assinalou os artigos L. 423.°-1 e L. 423.°-2 [20], os quais permitem ao ministro decidir a liquidação de uma SA HLM cuja actividade seja demasiado reduzida ou, pelo contrário, obrigar uma destas sociedades cuja actividade ultrapasse um volume prefixado a ceder parte do seu parque locativo a outro organismo de HLM.

82. Estas medidas permitem incontestavelmente ao ministro impor um determinado perfil de gestão ou, pelo menos, obrigar a um mínimo de dinamismo na gestão, e impedir a constituição de SA HLM com a natureza de verdadeiros impérios imobiliários.

83. O código não se limita, no entanto, como salienta a Comissão, a prever intervenções ministeriais com o objectivo de dar solução a uma gestão caracterizada por erros graves ou deficiências, ou de fazer respeitar os limites dentro dos quais deve ser exercida a actividade das SA HLM. Com efeito, o código enuncia como princípio geral, no artigo L. 451.°-1, a sujeição dos organismos de HLM e, por conseguinte, das SA HLM, ao «controlo da administração». O artigo R. 451.°-1 determina que todos os organismos de HLM, qualquer que seja a sua natureza jurídica e modo de financiamento das respectivas operações, «estão sujeitos ao controlo do ministro responsável pelas finanças e do ministro responsável pela construção e pela habitação». De modo a assegurar plena eficácia a este controlo, o artigo L. 451.°-2 [21], alarga-o aos documentos dos arquitectos e empreiteiros que tenham

19 — A Comissão poderia ter feito igualmente referência ao artigo L. 422.°-6, o qual prevê medidas de suspensão individual de membros dos órgãos dirigentes, e ao artigo L. 422.°-9, nos termos do qual:
«No caso de uma sociedade de habitações de renda limitada ou de crédito imobiliário se abster, durante um período de dois anos, de enviar à autoridade administrativa competente os documentos administrativos e contabilísticos enumerados no decreto previsto no artigo L. 423.°-3, ou se se verificar a impossibilidade de renovação do conselho de administração ou de realização da assembleia geral de accionistas, a autoridade administrativa poderá decretar a sua dissolução e nomear um liquidatário, nos termos previstos por decreto, quer a pedido dos sócios detentores da maioria do capital, quer a pedido do representante do Estado no departamento quer, ainda, por sua própria iniciativa.»

20 — Artigo L. 423.°-1:
«Qualquer organismo de habitações de renda limitada que gira menos de 1 500 habitações e que não tenha construído pelo menos 500 habitações ou concedido 300 empréstimos durante um período de dez anos pode ser dissolvido e designado um liquidatário por despacho do ministro responsável pela construção e pela habitação e, quando se trate de um organismo público de habitações de renda limitada ou de um organismo público de ordenamento e de construção, por despacho conjunto do referido ministro e do Ministro do Interior.
Qualquer organismo de habitações de renda limitada que gira mais de 50 000 habitações pode ser notificado, por despacho do ministro responsável pela construção e pela habitação, para ceder a totalidade ou parte das habitações que excedam este número a um ou vários organismos expressamente designados.»

21 — Os funcionários encarregados do controlo previsto no artigo anterior podem, no interesse exclusivo deste controlo, consultar, nos gabinetes dos arquitectos ou empreiteiros que tenham negociado com os organismos sujeitos ao mesmo controlo, todos os documentos contabilísticos, cópias de cartas, documentos justificativos de receitas e de despesas.
Qualquer recusa de colaboração devidamente verificada será punida com uma coima de 60 000 FRF.

negociado com os organismos de HLM, prevendo pesadas sanções pecuniárias em caso de desrespeito do mesmo.

84. Note-se que o artigo L. 451.°-1 não limita, de modo algum, a extensão do controlo que pode ser exercido pelos poderes públicos sobre as SA HLM, precisando, por exemplo, que o referido controlo é um mero controlo de regularidade.

85. Na verdade, os poderes públicos têm à sua disposição, para além dos meios já enunciados *supra*, uma série de instrumentos que lhes permitem orientar a gestão das SA HLM. A Comissão apresenta dois exemplos desses instrumentos.

86. Em primeiro lugar, o artigo R. 423.°-72 do código, que faz depender de autorização prévia do ministro uma decisão manifestamente relativa à gestão da sociedade, a saber, a revalorização do activo.

87. Em segundo lugar, o Decreto n.° 93-236, de 22 de Fevereiro de 1993, que cria uma missão interministerial de inspecção à habitação social. Nos termos do artigo 3.° deste decreto:

«A missão está encarregada do controlo das pessoas singulares ou colectivas que intervenham no domínio da habitação social.

Controlará, com base em documentos e *in situ*, as operações de construção, aquisição ou beneficiação de habitações realizadas através de financiamentos subvencionados ou regulados pelo Estado ou objecto de uma convenção com este, ou suportados por recursos isentos de impostos.

[...]

Pode ser encarregada pelos ministros de que depende de efectuar controlos e investigações bem como estudos, auditorias ou avaliações no domínio da habitação social.

Formulará propostas sobre o seguimento a dar aos seus relatórios de inspecção e zelará pela implementação, por parte das pessoas controladas, das medidas adoptadas pelos ministros de que depende.

A missão fornecerá, a seu pedido, apoio aos serviços descentralizados dos ministérios responsáveis pela economia, pelas finanças, pelo orçamento e pelo equipamento.»

88. Decerto, este organismo não se limita a observar. Pode elaborar, para apreciação do ministro, propostas respeitantes à gestão dos diferentes organismos de HLM e, no caso do ministro as adoptar, assegurar que as mesmas são efectivamente cumpridas.

89. A República Francesa não contesta, evidentemente, a existência destas diferentes formas de controlo.

90. Quanto às diferentes hipóteses de intervenção do ministro previstas no código, a que faz referência a Comissão, aquele Estado sublinha que as mesmas correspondem a situações muito especiais, que raramente ocorrem na prática.

91. Quanto ao poder de controlo genérico do ministro, a República Francesa salienta:

«Convém sublinhar que se trata, no presente processo, de controlos inopinados *in situ* e com base em documentos. Consistem na verificação da contabilidade dos organismos. Os funcionários podem exigir a apresentação dos fundos, dos valores e de todos os documentos. Podem exigir todas as informações, tendo como único limite a não ingerência no funcionamento dos serviços. O resultado deste controlo vem expresso num relatório, no qual os funcionários-inspectores se limitam a informar o ministro quanto a prevaricações ou abusos. Em última análise, esta missão de inspecção constitui mais uma ameaça a pesar constantemente sobre os organismos susceptíveis de serem inspeccionados do que um controlo de gestão em sentido estrito, conducente a decisões respeitantes à escolha de estratégias ou de investimento.»

92. Julgamos, no entanto, ter acima demonstrado, a propósito do artigo L. 427.°-7 do código e dos estatutos-tipo aos quais se devem subordinar as SA HLM, que o controlo da autoridade pública é mais amplo e versa sobre todos os documentos sujeitos à apreciação da assembleia geral e as actas desta última.

93. Quanto à missão interministerial de inspecção da habitação social, a República Francesa salienta, na tréplica, que

«[...] a MILOS não está habilitada a dirigir injunções ou enviar instruções aos organismos que controla. Estas inspecções terminam com um relatório contraditório o qual integra as respostas do organismo aos aspectos positivos ou negativos realçados

pela inspecção e podem incluir propostas ou recomendações dirigidas tanto ao próprio organismo como à administração da tutela. O relatório é depois enviado ao presidente do organismo controlado e às tutelas administrativas locais (o Préfet e o Trésorier Payeur Général) e nacionais (ministros responsáveis, respectivamente, pelas finanças e pela habitação). Pela sua natureza e destinatários, um relatório da MILOS tem, por conseguinte, valor de verdadeiro controlo administrativo com alcance de diagnóstico e de informação. Embora o comité directivo da MILOS ou a sua comissão permanente zelem pelo seguimento a dar às observações, a MILOS apenas formula recomendações que conduzam, eventualmente, a uma negociação com o próprio organismo de modo a levá-lo a evoluir, em especial se a sua situação económica se tornar crítica.»

94. Porém, ainda aqui, a argumentação parece-nos não ter fundamento, visto que estas inspecções acrescem aos outros tipos de controlo já referidos. Além disso, não é irrelevante salientar que, segundo a própria República Francesa, a referida missão pode ser levada a entrar em negociações com o organismo controlado, «de modo a levá-lo a evoluir».

95. Em nossa opinião, partindo da perspectiva do acórdão Mannesmann Anlagenbau Austria e o., já referido, teremos de dar razão à Comissão, uma vez que todos os elementos concorrem para demonstrar que as SA HLM estão, na verdade, colocadas numa situação de estreita dependência face aos poderes públicos, por força dos controlos exercidos por estes sobre a sua gestão.

96. Subsiste uma última dificuldade, relativa ao modo pelo qual a Comissão concluiu pela verificação do incumprimento. Com efeito, na acção, a Comissão pede ao Tribunal de Justiça que declare que, por ocasião de diversos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas relativas à construção de habitações por OPAC e por SA HLM, a República Francesa não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força da Directiva 93/37 e, mais particularmente, do seu artigo 11.°, n.° 2. Em nossa opinião, será difícil deferir os pedidos da Comissão nestes termos.

97. Visto que a Comissão não pede ao Tribunal de Justiça que declare verificado o incumprimento das obrigações decorrentes da Directiva 93/37 pelo facto de a República Francesa não ter adoptado as disposições necessárias para impor aos OPAC e às SA HLM a publicação na série S do *Jornal Oficial das Comunidades Europeias* dos seus anúncios de concursos nos casos em que o respectivo valor ultrapasse o limite fixado pela referida directiva, o que não teria apresentado dificuldades, dado que este mesmo aspecto foi discutido ao longo do processo, parece-nos que o Tribunal de Justiça deve limitar-se a declarar a existência de incumprimento nas três hipóteses concretas apontadas pela Comissão.

Conclusão

98. Atendendo às considerações precedentes, propomos ao Tribunal de Justiça que:

— declare que, ao não ter adoptado as medidas necessárias a fim de que o organismo público de ordenamento e de construção do Val-de-Marne, a sociedade anónima de habitação de renda limitada Logirel de Lyon e o organismo público de ordenamento e de construção de Paris tivessem mandado publicar na série S do *Jornal Oficial das Comunidades Europeias* os anúncios de concursos divulgados, respectivamente, no *Bulletin officiel des annonces des marchés publics* de 7 de Fevereiro de 1995 no *Moniteur des travaux publics et du bâtiment* de 16 de Fevereiro de 1995 e no *Bulletin officiel des annonces des marchés publics* de 16 de Fevereiro de 1995, a República Francesa não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força da Directiva 93/37/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas, mais particularmente do seu artigo 11.°, n.° 2;

— condene a República Francesa nas despesas.