CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL MICHAEL B. ELMER

apresentadas em 9 de Julho de 1996 *

Introdução

1. No caso vertente, o Hessischer Verwaltungsgerichtshof (Alemanha) submeteu ao Tribunal de Justiça questões prejudiciais relativas à interpretação e a validade de algumas disposições do Regulamento (CEE) n.° 404/93 do Conselho, de 13 de Fevereiro de 1993, que estabelece a organização comum de mercado no sector das bananas [1] (a seguir «regulamento») e à possibilidade dos órgãos jurisdicionais nacionais de decretar medidas provisórias no quadro dos litígios de natureza comunitária.

Características da organização comum de mercado das bananas

2. O regulamento prevê a abertura de um contingente pautal anual para as importações de bananas de países terceiros e das bananas não tradicionais ACP [2]. No quadro deste contingente pautal, as bananas de países terceiros estão sujeitas à cobrança de um montante de 75 ecus por tonelada, enquanto as bananas não tradicionais ACP beneficiam de um direito zero. Para além deste contingente pautal, as bananas de países terceiros e as bananas não tradicionais ACP estão sujeitas à cobrança de um direito aduaneiro de, respectivamente, 850 e 750 ecus por tonelada. Anualmente é elaborada uma estimativa da produção e do consumo na Comunidade, bem como das importações e exportações. Sempre que aumentar o consumo comunitário determinado com base nessa estimativa, o contingente pautal aumenta em conformidade. O contingente pautal é repartido entre os operadores em função das quantidades médias de bananas que o operador comercializou nos três últimos anos para os quais estão disponíveis dados estatísticos.

As disposições pertinentes do regulamento

3. O regulamento foi adoptado com base nos artigos 42.° e 43.° do Tratado. A redacção dos nono, décimo e vigésimo

* Língua original: dinamarquês.

1 — JO L 47, p. 1, na redacção alterada em último lugar pelo Regulamento (CEE) n.° 3290/94 do Conselho, de 22 de Dezembro de 1994, relativo às adaptações e medidas transitórias necessárias no sector da agricultura para a execução dos acordos concluídos no âmbito das negociações comerciais multilaterais do «Uruguay Round» (JO L 349, p. 105).

2 — As «bananas não tradicionais ACP» são definidas no artigo 15.°-A, segundo parágrafo, segundo período, como quantidades de bananas exportadas dos Estados ACP que excedem uma quantidade fixada no regulamento. A denominação «Estados ACP» designa os Estados de África, das Caraíbas e do Pacífico com os quais a Comunidade celebrou as Convenções de Lomé.

segundo considerandos do preâmbulo do regulamento é a seguinte:

«considerando que as perspectivas de produção e de consumo comunitários devem ser avaliadas no âmbito de uma estimativa anual; que esta estimativa deve poder ser revista ao longo do ano, em função da ocorrência de circunstâncias nomeadamente climáticas especiais;

considerando que, a fim de permitir uma comercialização satisfatória das bananas colhidas na Comunidade, bem como dos produtos originários dos Estados ACP, no âmbito dos acordos da Convenção de Lomé, mantendo simultaneamente, tanto quanto possível, as correntes comerciais tradicionais, há que prever a abertura de um contingente pautal no âmbito do qual, por um lado, as importações de bananas de países terceiros estão sujeitas à cobrança de um montante... por outro, as importações de bananas não tradicionais dos Estados ACP beneficiam de um direito zero em conformidade com os acordos acima referidos; que devem ser previstas disposições para assegurar que o volume do contingente pautal seja alterado de modo a reflectir a evolução do consumo comunitário estabelecido no balanço previsional da produção e do consumo;

...

considerando que a substituição dos diferentes regimes nacionais pela organização comum de mercado, aquando da entrada em vigor do presente regulamento, pode causar perturbações no mercado interno; que é conveniente, por conseguinte, prever, a partir de 1 de Julho de 1993, a possibilidade da a Comissão tomar as medidas transitórias necessárias para ultrapassar as dificuldades resultantes da aplicação do novo regime».

4. O regulamento contém as seguintes disposições que apresentam interesse para o caso presente:

«Título IV

Do regime comercial com países terceiros

...

Artigo 16.°

1. Anualmente, será elaborada uma estimativa da produção e do consumo na Comunidade, bem como das importações e exportações.

2. ...

3. Em caso de necessidade, nomeadamente quando as condições de produção ou de importação forem afectadas por circunstâncias excepcionais, a estimativa pode ser revista durante a campanha. Nesse caso, o contingente pautal previsto no artigo 18.° será adaptado segundo o procedimento previsto no artigo 27.°

Artigo 18.°

1. Será aberto, anualmente, um contingente pautal de dois milhões de toneladas/peso líquido para as importações de bananas de países terceiros e de bananas não tradicionais ACP.

...

Sempre que aumentar o consumo comunitário determinado com base na estimativa da produção e do consumo referido no artigo 16.°, o volume do contingente será aumentado em conformidade, segundo o procedimento previsto no artigo 27.° Nesse caso, a revisão ocorrerá até ao dia 30 de Novembro anterior à campanha em questão.

...

Artigo 19.°

1. A partir de 1 de Julho de 1993, o contingente pautal será aberto até:

a) 66,5% para a categoria de operadores que comercializaram bananas de países terceiros e/ou não tradicionais ACP;

b) 30% para a categoria de operadores que comercializaram bananas comunitárias e/ou tradicionais ACP;

c) 3,5% para a categoria de operadores estabelecidos na Comunidade que começaram, a partir de 1992, a comercializar bananas que não as bananas comunitárias e/ou tradicionais ACP.

...

2. Com base nos cálculos feitos separadamente para cada uma das categorias de operadores referidas nas alíneas a) e b) do n.° 1, cada operador obtém certificados de importação com base na quantidade média de bananas que vendeu nos três anos anteriores com dados estatísticos disponíveis...

Para o segundo semestre de 1993, cada operador obterá a emissão de certificados com base na metade da quantidade média anual comercializada em 1989-1991.

3. ...

4. Na hipótese de um aumento do contingente pautal, a quantidade disponível suplementar será atribuída aos operadores das categorias referidas no n.° 1, em conformidade com as disposições dos números anteriores.

...

Título V

Das disposições gerais

...

Artigo 26.°

1. É instituído um comité de gestão das bananas...

2. ...

Artigo 27.°

1. Sempre que se faça referência ao processo definido no presente artigo, o comité será chamado a pronunciar-se pelo seu presidente, quer por iniciativa deste quer a pedido do representante de um Estado-Membro.

2. O representante da Comissão submeterá ao comité um projecto de medidas a tomar. O comité emitirá o seu parecer sobre o projecto...

3. A Comissão adoptará medidas que são imediatamente aplicáveis. Todavia, se não estiverem em conformidade com o parecer emitido pelo comité, estas medidas serão imediatamente comunicadas... ao Conselho...

O Conselho, deliberando por maioria qualificada, pode tomar uma decisão diferente no prazo de um mês.

Artigo 28.°

O comité pode examinar qualquer outra questão levantada pelo seu presidente, quer por iniciativa própria quer a pedido do representante de um Estado-Membro.

...

Artigo 30.°

No caso de ser necessário adoptar medidas específicas, a partir de Julho de 1993, para facilitar a transição dos regimes existentes antes da entrada em vigor do presente regulamento para o regime nele previsto, designadamente para ultrapassar dificuldades sensíveis, a Comissão adoptará, de acordo com o processo previsto no artigo 27.°, as medidas transitórias consideradas necessárias.»

O processo pendente no órgão jurisdicional nacional

5. T. Port GmbH & Co. KG (a seguir «T. Port»), importador de bananas de países terceiros, obteve a concessão de certificados de importação para 1993, 1994 e 1995 calculados com base nas vendas médias da sociedade nos três últimos anos para os quais havia estatísticas disponíveis. Esta sociedade requereu ao Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung, que gere a organização de mercado das bananas na Alemanha, a concessão de certificados de importação suplementares e alegando ser excessivamente prejudicada pelo regulamento uma vez que, após o não cumprimento do contrato por um fornecedor colombiano, apenas pôde importar uma quantidade excepcionalmente pequena de bananas durante os anos de referência de 1989, 1990 e 1991. Por outro lado, falharam todas as tentativas de reconversão das actividades da sociedade na importação de bananas ACP e comunitárias. A sociedade, que se tinha comprometido contratualmente a comprar bananas equatorianas até 1996 e que tinha pago adiantamentos consideráveis, corria consequentemente o risco de sofrer perdas importantes se não comprasse as bananas. A importação de bananas de países terceiros para reexportação para a Finlândia, Suécia e Áustria, a que a sociedade se dedicara intensamente após a entrada em vigor do regulamento, deixou de ser possível na sequência da adesão destes países à União Europeia.

6. Tendo a sociedade formulado um pedido para a emissão de certificados de importação suplementares para 1994 e requerido uma providência cautelar, foi o mesmo indeferido pelo Verwaltungsgericht Frankfurt am Main, em 27 de Maio de 1994 e, em recurso, pelo Hessischer Verwaltungsgerichtshof, em 19 de Julho de 1994. Um novo pedido de certificados de importação suplementares para 1994 e 1995, igualmente como providência cautelar, foi indeferido pelo Verwaltungsgericht Frankfurt am Main, em 8 de Dezembro de

1994 e, em recurso, pelo Hessischer Verwaltungsgerichtshof, em 23 de Dezembro de 1994.

7. Em 25 de Janeiro de 1995, a decisão proferida pelo Hessischer Verwaltungsgerichtshof de 23 de Dezembro de 1994 foi anulada pelo Bundesverfassungericht por decisão que refere os motivos seguintes:

«Por conseguinte, se a demandante corre o risco, caso não seja decretada a providência cautelar requerida, de uma violação importante dos seus direitos fundamentais que não poderá ser reparada por uma decisão que julgue procedente o pedido no processo principal, há que conceder a providência cautelar — sendo caso disso examinando em detalhe, quanto à matéria de facto e de direito, o pedido no processo principal — a menos que, a título excepcional, razões preponderantes, particularmente graves, a isso se oponham...

2. A decisão impugnada do Hessischer Verwaltungsgerichtshof não satisfaz as exigências constitucionais acima expostas...

O Hessischer Verwaltungsgerichtshof ignorou o facto de no acórdão do Tribunal de Justiça de 5 de Outubro de 1994 (processo C-280/93) apenas ter sido examinada a organização de mercado das bananas enquanto tal e não as suas repercussões num caso concreto de situações especialmente difíceis. Em contrapartida, o Tribunal de Justiça decidiu, por despacho de 29 de Junho de 1993 (C-280/93 R, Alemanha/Conselho, Colect., p. I-3667), que a Comissão estava obrigada a adaptar o contingente pautal quando no decurso da campanha se verificasse tal necessidade para ter em conta as circunstâncias excepcionais que afectassem nomeadamente as condições de importação e que a República Federal da Alemanha tinha sempre a possibilidade de desencadear o procedimento previsto no artigo 16.°, n.° 3, ou no artigo 30.° do regulamento. O Regulamento (CEE) n.° 404/93 é por conseguinte — independentemente da questão da sua validade — suficientemente aberto na sua redacção para poder abranger na sua aplicação as situações especialmente difíceis.

Dado que a Verwaltungsgerichshof se baseou manifestamente no facto de que a primeira recorrente se encontraria em risco de falência se lhe fosse aplicável um contingente pautal não adaptado, teria igualmente de examinar, na sua apreciação, se tal falência atentava irremediavelmente contra o direito fundamental garantido à primeira recorrente pelo artigo 14.°, n.° 1, da Lei Fundamental protecção dos direitos patrimoniais [v. BVerfGE 83, 201 (208 e segs.)] e, por conseguinte, se as disposições provisórias aplicáveis às situações especialmente difíceis deviam ser tomadas em consideração para o período de duração do processo principal. As circunstâncias excepcionais, não consideradas no quadro do contingente normal, podiam incitar a Comissão — a pedido do Governo Federal — a actuar adoptando as disposições que regulamentam as situações especialmente difíceis em conformidade com o artigo 16.°, n.° 3, ou o artigo 30.° do Regulamento (CEE) n.° 404/93. E

isso é tanto mais verosímil quanto os contingentes especiais foram já instituídos noutras situações especialmente difíceis.

Ao decidir no procedimento cautelar, o Verwaltungsgerichtshof, mesmo que tenha chegado à conclusão de que se devia partir da aplicabilidade de princípio da organização de mercado das bananas, deveria ter-se interrogado sobre se a omissão da República Federal da Alemanha, apesar dos instrumentos previstos igualmente na organização de mercado das bananas para as situações particularmente difíceis, era contrária à protecção dos direitos fundamentais — que existe igualmente em direito comunitário.»

As questões prejudiciais

8. Nessas condições, o Hessischer Verwaltungsgerichtshof, por despacho de 9 de Fevereiro de 1995, ordenou, a título de medida provisória, ao Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung que concedesse à sociedade certificados de importação suplementares para 1995. Para efeitos de decisão no processo principal, o Hessischer Verwaltungsgerichtshof decidiu, além disso, submeter ao Tribunal de Justiça as questões prejudiciais cuja redacção, após modificação da terceira questão por despacho de 10 de Janeiro de 1996, é a seguinte:

1) Os artigos 16.°, n.° 3, ou 30.° do Regulamento (CEE) n.° 404/93 do Conselho, de 13 de Fevereiro de 1993 (JO L 47, p. 1), obrigam a Comissão a regulamentar as situações especialmente difíceis que se apresentam pelo facto de operadores da categoria A se encontrarem em dificuldades quanto à sua existência por motivo de, com base nos anos de referência a tomar em consideração por força do artigo 19.°, n.° 2, do Regulamento (CEE) n.° 404/93, terem visto ser-lhes atribuído um contingente excepcionalmente pequeno e não poderem desviar a sua actividade para o mercado das bananas ACP ou comunitárias?

2) O artigo 19.°, n.° 2, do Regulamento (CEE) n.° 404/93 é inválido na medida em que não prevê a consideração de outros anos de referência para as situações especialmente difíceis que se verifiquem no período transitório?

3) Na hipótese de resposta afirmativa à questão 1: sob que condições é então o tribunal nacional competente para, até à adopção de uma regulamentação sobre as situações especialmente difíceis em conformidade com o artigo 16.°, n.° 3, ou o artigo 30.° do Regulamento (CEE) n.° 404/93, decretar medidas provisórias no âmbito de um procedimento cautelar?

Questão 1: Interpretação dos artigos 16.°, n.° 3, e 30.° do regulamento

9. Com esta questão, o órgão jurisdicional nacional pretende saber se os artigos 16.°,

n.° 3, ou 30.° do regulamento impõem à Comissão a regulamentação das situações especialmente difíceis, devidas ao facto de os importadores de bananas de países terceiros e/ou de bananas não tradicionais ACP serem ameaçados quanto à sua existência, por lhes ser atribuído um contingente excepcionalmente pequeno com base nos anos de referência que devem ser tomados em consideração por força do artigo 19.°, n.° 2.

10. À primeira vista pode parecer difícil compreender qual a importância que reveste a resposta a esta questão para a decisão do litígio no processo principal pelo órgão jurisdicional de reenvio. A ordem das três questões obedece, no entanto, a uma certa lógica. Se a resposta à primeira questão é afirmativa, ou seja, se uma das disposições citadas impõe à Comissão a adopção de uma regulamentação, o órgão jurisdicional de reenvio tem necessidade de saber se pode adoptar medidas provisórias até que tais disposições sejam aprovadas (v. questão 3). Em contrapartida, se a resposta à primeira questão é negativa, o órgão jurisdicional de reenvio tem necessidade de conhecer a resposta à segunda questão que consiste, no fundo, em saber se o artigo 19.°, n.° 2, é inválido por essa razão. No caso da segunda questão ser respondida pela afirmativa, o órgão jurisdicional de reenvio não terá, contudo, necessidade de conhecer a resposta à terceira questão, dado que o Tribunal de Justiça acabou de pronunciar-se, neste caso, sobre uma situação de todo similar nos processos Atlanta Fruchthandelsgesellschaft e o. (I e II) [3]. Entendo, por conseguinte, que o Tribunal de Justiça deve responder à primeira questão.

3 — Acórdãos de 9 de Novembro de 1995 (C-465/93 e C-466/93, Colect., p. I-3761 e I-3799). V. igualmente as minhas conclusões de 5 de Julho de 1995 nesses processos.

Artigo 16.°, n.° 3

11. Há unanimidade, nos articulados apresentados no Tribunal de Justiça, no sentido de considerar que o artigo 16.°, n.° 3, não pode ser utilizado para resolver o caso das situações especialmente difíceis descritas na questão. A T. Port alegou nesse contexto que o artigo 16.°, n.° 3, só pode ser utilizado no caso de circunstâncias excepcionais que afectam as condições de produção e de importação. Esta disposição não habilita por conseguinte a Comissão a escolher outros anos de referência no caso de vendas excepcionalmente baixas no período de referência. A Comissão, o Governo alemão, o Governo do Reino Unido e o Governo francês sustentaram que dificuldades económicas individuais não constituíam «circunstâncias excepcionais que afectam as condições de produção ou de importação» (v. artigo 16.°, n.° 3). O Conselho afirmou que um aumento do contingente nos termos do artigo 16.°, n.° 3, deve, por força do artigo 19.°, n.° 4, ser repartido entre os operadores em conformidade com as regras do artigo 19.°, n.°s 2 e 3, e que o artigo 16.°, n.° 3, não permite por conseguinte à Comissão ajudar, em situações especialmente difíceis, os importadores isolados.

12. Saliento que no nono considerando do preâmbulo do regulamento é afirmado que as perspectivas de produção e de consumo comunitários devem ser avaliadas no âmbito de uma estimativa anual e que esta estimativa deve poder ser revista ao longo do ano, em função da ocorrência de circunstâncias,

nomeadamente climáticas, especiais. Por essa razão, o artigo 16.°, n.° 3, prevê que a estimativa anual da produção e do consumo da Comunidade, bem como as importações e exportações, consideradas no n.° 1, podem ser revistas durante a campanha em caso de necessidade nomeadamente quando as condições de produção ou de importação forem afectadas por circunstâncias excepcionais. Nesse caso, o contingente pautal será adaptado para as bananas de países terceiros e bananas não tradicionais ACP.

Daí resulta que se a Comissão chegar, com base em dados objectivos fiáveis, à conclusão que o contingente é insuficiente para satisfazer razoavelmente a procura e que as previsões feitas anteriormente pelo Conselho são erróneas, o regulamento obriga de facto a Comissão e, eventualmente, o Conselho a proceder às adaptações necessárias, com a possibilidade de os Estados-Membros intentarem uma acção no Tribunal de Justiça no caso de essas instituições não cumprirem as suas obrigações.»

13. No despacho proferido em 29 de Junho de 1993, Alemanha/Conselho (C-280/93 R, Colect., p. I-3667, n.^{os} 44 e 45), o Tribunal de Justiça exprimiu-se do seguinte modo quanto à interpretação do artigo 16.°, n.° 3, do regulamento:

14. O artigo 16.°, n.° 3, do regulamento impõe por conseguinte à Comissão uma actuação se esta chegar à conclusão, com base em dados objectivos fiáveis, de que o contingente pautal é insuficiente para responder à procura e que a estimativa prevista se veio a revelar inexacta.

«A este propósito, há que salientar que o artigo 16.°, n.° 3, do regulamento obriga de facto as instituições a adaptarem o contingente pautal quando no decurso da campanha se verifique tal necessidade para ter em conta as circunstâncias excepcionais que afectem nomeadamente as condições de importação. Nesse caso, a adaptação deve ser efectuada segundo o procedimento do artigo 27.°, isto é, que cabe à Comissão adoptar medidas, sob parecer do comité de gestão da banana. Se as medidas adoptadas não estiverem em conformidade com parecer do comité de gestão, o Conselho pode tomar uma decisão diferente no prazo de um mês.

15. Pouco importa de acordo com a disposição que as circunstâncias em causa tenham a ver com um operador isolado ou um largo grupo de operadores, o que poderia ser o caso se uma tempestade tropical, por exemplo, atingisse um dado arquipélago e destruísse a colheita de bananas. Em contrapartida, o que importa é saber se é necessário rever a estimativa prevista da produção e do consumo da Comunidade, bem como as importações e exportações de bananas, de modo que o contingente pautal deva ser adaptado. Assim, circunstâncias excepcionais que afectem um único operador podem igualmente caber no âmbito da disposição se

o interessado representar uma parte suficientemente importante da oferta de bananas na Comunidade.

16. Todavia, é de supor que o artigo 16.°, n.° 3, à luz da sua redacção, visa circunstâncias excepcionais que afectam as condições de produção e de importação de bananas comunitárias e tradicionais ACP. No sistema do regulamento, o contingente pautal aplicável às bananas de países terceiros e não tradicionais ACP é uma quantidade residual, a saber, a diferença entre as estimativas em matéria de produção de bananas comunitárias e de importação de bananas tradicionais ACP e as previsões quanto ao consumo total de bananas. Consequentemente, só circunstâncias excepcionais que afectem as condições de produção ou de importação de bananas comunitárias e tradicionais ACP podem ser atenuadas por adaptação desta quantidade residual. As circunstâncias excepcionais que afectem as condições de produção ou de importação de bananas de países terceiros e de bananas não tradicionais ACP não podem, ao invés, ser atenuadas em virtude do artigo 16.°, n.° 3.

17. Não é necessário no caso tomar posição quanto a saber se uma adaptação do contingente pautal nos termos do artigo 16.°, n.° 3, deve ser repartida, em conformidade com o artigo 19.°, n.° 4, segundo o disposto no artigo 19.°, n.°s 2 e 3. O Tribunal de Justiça terá ocasião de se pronunciar quanto a esta questão nos processos C-9/95, C-23/95 e C-156/95 que opõem, respectivamente, o Reino da Bélgica e a República Federal da Alemanha à Comissão.

18. Cabe por isso interpretar o artigo 16.°, n.° 3, no sentido de que este não permite regulamentar os casos visados na questão.

Artigo 30.°

19. O Governo alemão afirmou que o artigo 30.° não podia ser aplicado porque o caso vertente respeita a um fenómeno que pode não ocorrer unicamente no período transitório. Pode pensar-se que dificuldades resultantes do não cumprimento de um contrato por um fornecedor surgirão igualmente no futuro. O período de referência é um elemento de tal modo essencial na organização de mercado que não pode ser derrogado.

20. O Governo espanhol referiu que o artigo 30.° não obrigava a Comissão a regulamentar casos particulares. O período de referência de três anos é um critério objectivo e não discriminatório que constitui, além disso, base suficientemente ampla para reflectir com nitidez a actividade de um importador.

21. O Governo francês salientou que as disposições do artigo 30.° não obrigavam a Comissão a adoptar regras relativas aos importadores que venderam pequenas quantidades no decurso do período de referência. Por outro lado, a T. Port não demonstrou em que é que a sua situação configurava as «circunstâncias excepcionais».

22. A T. Port sustentou que o artigo 30.° autorizava a Comissão a adoptar «as medidas transitórias consideradas necessárias» e, portanto, a escolher também outros anos de referência. O conceito de «dificuldades sensíveis» não está delimitado com precisão e pode, por conseguinte, também abarcar as dificuldades sensíveis com que os operadores individuais são confrontados. Quando fixa os anos de referência, o legislador comunitário deve respeitar os princípios da protecção da propriedade e do livre exercício das actividades profissionais bem como o princípio da proporcionalidade. Foi o que o fez o Conselho ao autorizar a Comissão a adoptar as disposições transitórias e esta deveria ter adoptado tais disposições uma vez que, na sua falta, a organização de mercado conduz à destruição das bases de existência dos importadores tradicionais que, devido a causas externas, apenas comercializaram pequenas quantidades no decurso do período de referência.

23. A Comissão alegou que o artigo 30.° permitia unicamente adoptar disposições de carácter temporário para atender às dificuldades sensíveis devidas a casos de força maior ou circunstâncias equiparáveis. O artigo 30.° pode servir de base a disposições em virtude das quais os operadores interessados podem escolher um ou dois anos dentro do período de referência para efeitos do cálculo dos certificados de importação, em lugar da média de todo o período de três anos. Em contrapartida, esta disposição não permite adoptar regras em virtude das quais os operadores possam escolher os anos de referência fora do período de referência. A Comissão não recebeu qualquer pedido oficial de regulamentação das situações especialmente difíceis do género daquelas sobre que incide o presente processo.

24. O Governo do Reino Unido afirmou que não se poderá excluir que o artigo 30.° obrigue, em determinados casos, a Comissão a adoptar disposições transitórias formuladas em termos genéricos e que estas possam verosimilmente também comportar regras gerais que venham obviar às consequências do artigo 19.°, n.° 2.

25. O Conselho alegou que o artigo 30.° permite à Comissão adoptar disposições visando as situações especialmente difíceis que podem surgir na sequência da aplicação do período de referência de três anos. A Comissão está obrigada a adoptar tais disposições se tal se revelar necessário para evitar que seja lesado o direito de propriedade ou o direito ao livre exercício de actividades profissionais. O período de referência de três anos não é um elemento tão essencial do regulamento que a Comissão o não possa derrogar.

26. Saliento que o regulamento não contém, em si, disposições transitórias detalhadas. Pode pensar-se que tal é devido ao facto de ter sido difícil para o Conselho, no momento da adopção do regulamento, ter-se apercebido do tipo de problemas susceptíveis de surgir na transição para a organização comum de mercado, de modo que era mais oportuno criar a possibilidade, mediante a disposição do artigo 30.° do regulamento, da adopção ulterior de tais regras de acordo com o procedimento do comité de gestão.

27. A aplicação das disposições do artigo 30.° do regulamento está, antes de mais, sujeita a uma condição *ratione temporis* dado que se trata de medidas que visam facilitar a transição. A disposição não utiliza a expressão «disposições transitórias», mas as medidas que, sendo caso disso, podem ser adoptadas são denominadas «medidas transitórias». É perfeitamente natural supor que as medidas que visam facilitar a transição sejam nomeadamente e talvez sobretudo disposições que indicam como, após a entrada em vigor da nova regulamentação, devem ser tratados os fenómenos ligados de um modo ou de outro ao período anterior à entrada em vigor das novas disposições. Assim, será natural que medidas transitórias na acepção da disposição sejam regras que tomem em consideração o caso dos operadores que agiram ou não agiram antes da adopção das novas regras, sem que tenham podido ou devido prever as consequências que tais acções ou omissões teriam após a entrada em vigor das novas disposições.

28. Poder-se-á sustentar que a expressão escolhida no artigo 30.° vai mais longe e abrange mais do que as regras transitórias no sentido corrente, uma vez que a disposição fala de «medidas específicas necessárias, a partir de 1 de Julho de 1993, para facilitar a transição». O caso vertente tem, todavia, a ver unicamente com a questão de saber como tratar as situações ligadas ao período anterior à adopção e à entrada em vigor das disposições e, por conseguinte, é de supor que a condição *ratione temporis* de aplicação do artigo 30.° está preenchida no caso vertente. Não é portanto necessário tomar posição quanto a saber em que medida a disposição poderá igualmente ser aplicada a um determinado período posterior à entrada em vigor — por exemplo até em que o Parlamento e o Conselho tenham decidido sobre o relatório e as propostas referidas nos primeiro e segundo parágrafos do artigo 32.° do regulamento — para facilitar a transição nas situações caracterizadas por fenómenos não ligados ao período anterior à adopção ou à entrada em vigor das disposições.

29. A condição determinante para aplicação do artigo 30.° é que as medidas específicas sejam necessárias para facilitar a transição para a organização comum de mercado. É difícil precisar o conteúdo dessa exigência, que é em larga medida uma questão de apreciação, a qual deve ser feita por pessoas ou instituições que tenham um conhecimento profundo do mercado das bananas e da diversidade das situações abrangidas pela organização de mercado. Deve ser também por esta razão que foi deixado à Comissão e, sendo caso disso, ao Conselho, no quadro de um procedimento do comité, o exercício de tal apreciação, garantindo assim que a mesma seja exercida com base num conhecimento

suficiente dos factos e com a possibilidade de proceder às verificações necessárias das circunstâncias de facto alegadas.

30. Saliento que não se trata de uma apreciação soberana, mas, pelo contrário, de apreciação que pode ser fiscalizada pelo Tribunal de Justiça. Este pode nesse âmbito pronunciar-se quanto a saber se a decisão de adoptar ou não as medidas transitórias está inquinada de vícios e poderá igualmente pronunciar-se quanto a saber se as instituições comunitárias em causa são passíveis de responsabilidade por omissão. Em minha opinião, pode pensar-se que haverá omissão, de acordo com as circunstâncias, se, apesar do pedido de um Estado-Membro nos termos dos artigos 27.°, n.° 1, ou 28.° do regulamento, as instituições não adoptarem as medidas transitórias que são juridicamente necessárias para evitar que a transição para a nova organização de mercado tenha repercussões tão graves em casos isolados que atente contra direitos fundamentais protegidos pelo direito comunitário, entre os quais o direito de propriedade e o direito ao livre exercício das actividades profissionais [4]. A condição segundo a qual as medidas devem ser necessárias, prevista no artigo 30.° do regulamento, deve com efeito ser interpretada à luz das normas do Tratado [5] e dos direitos fundamentais cuja protecção é garantida pelo direito comunitário.

31. A disposição do artigo 30.° do regulamento não prevê que determinados tipos de medidas sejam excluídas *a priori* quando se mostrarem preenchidas as condições nela previstas. Pelo contrário, resulta do vigésimo segundo considerando do preâmbulo do regulamento que é conveniente prever, a partir de 1 de Julho de 1993, a possibilidade de a Comissão tomar as medidas transitórias necessárias para ultrapassar as dificuldades resultantes da aplicação do novo regime. Por essa razão, é de supor, em minha opinião, que as medidas transitórias a que se refere a disposição devem igualmente poder permitir a escolha, quando tal for necessário, entre os três anos de referência ou mesmo, se necessário, escolher outros anos de referência. Por conseguinte, não há razões para crer que o artigo 30.° não permita adoptar disposições autorizando, em casos particulares, a tomada em consideração de anos fora do período de referência se a condição da necessidade o exigir, muito embora a preocupacão de preservar a segurança jurídica que esse período de referência comporta implique que tal derrogação só possa ser considerada necessária em condições particularmente limitadas.

32. Considerações de igualdade militam igualmente neste sentido. É certo que um período de referência de três anos é, em geral, plenamente suficiente para assegurar uma repartição justa e equitativa de uma quota de produção ou, como no caso vertente, de um contingente pautal, em especial se for possível preterir os anos em que se verificaram circunstâncias excepcionais. É aliás o que igualmente foi declarado pelo Tribunal de Justiça em vários processos

4 — Acórdão de 14 de Maio de 1974, Nold/Comissão (4/73, Colect., p. 283).

5 — V., por exemplo, acórdão de 2 de Fevereiro de 1994, Verband Sozialer Wettbewerb (C-351/92, Colect., p. I-317, n.° 12).

relativos a outros sectores do mercado [6]. Mas se se puder efectivamente considerar que se terão verificado circunstâncias excepcionais durante os três anos, poderá em certos casos ser infringido o princípio comunitário da igualdade de tratamento ao sustentar que não só situações idênticas, mas também situações diferentes, deverão ser tratadas da mesma maneira.

33. Não encontro justificação para que a disposição do artigo 30.° não possa ser aplicada, sendo necessário, para facilitar a transição no caso dos operadores isolados. A este propósito, importa igualmente estar atento ao facto de se poder pensar que a circunstância de um operador isolado ser atingido de modo particularmente significativo é precisamente o elemento que provocará, na falta de medidas transitórias específicas, uma lesão injustificada de um direito fundamental como o direito de propriedade.

34. Por outro lado, a disposição do artigo 30.° que exige, nomeadamente, que as medidas específicas sejam necessárias, deve ser interpretada no sentido de exigir que um operador não possa reclamar um tratamento especial quando a sua situação particularmente difícil resulte de culpa sua. Há que exigir ao operador que faça prova da diligência necessária. Isso mesmo resulta claramente expresso na proposta, ainda não adoptada, da Comissão [7] do novo artigo 19.°, n.° 6, cuja redacção é a seguinte:

«Se, devido a circunstâncias excepcionais que escapem ao controlo de um operador diligente, a quantidade de referência utilizada para determinar a atribuição anual de certificados aos operadores... nos termos do n.° 2, for significativamente inferior à quantidade de referência média dos dois últimos anos, o início do período de referência utilizado no cálculo da quantidade de referência para o ano em causa será antecipado de dois anos...».

35. A fórmula «circunstâncias excepcionais que escapem ao controlo de um operador diligente» parece à primeira vista bem escolhida quando se pensa nos casos visados pela proposta da Comissão, em que as circunstâncias excepcionais ocorrem após a entrada em vigor da nova organização de mercado. Relativamente às situações de transição já descritas no ponto 27 *supra*, pode contudo não ser determinante saber se são circunstâncias normais ou excepcionais anteriores à adopção de novas disposições que sejam motivo para que a entrada em vigor da nova organização de mercado crie problemas particulares a um operador. Em tais casos é pelo contrário

6 — V., por exemplo, acórdão de 17 de Maio de 1988, Erpelding (84/87, Colect., p. 2647).

7 — Proposta de regulamento (CE) do Conselho que altera o Regulamento (CEE) n.° 404/93 [(96/C 121/09) COM(96) 82 final — 96/080/(CNS)], apresentada pela Comissão em 8 de Março de 1996 (JO C 121, p. 15).

determinante saber se um operador que usou da diligência necessária é particularmente atingido porque, nos anos de referência anteriores à entrada em vigor do regulamento, agiu ou não agiu sem ter podido ou devido prever as consequências que essas acções ou omissões teriam após a entrada em vigor.

36. Na linha do que antecede, a descrição da situação da T. Port pelo órgão jurisdicional de reenvio foi, aliás, objecto de determinados comentários no processo no Tribunal de Justiça, pois foi alegado de várias partes que o não cumprimento por parte de um fornecedor não pode ser considerado como uma circunstância que a T. Port não pudesse prever e que a T. Port, devido às suas disposições comerciais e designadamente à celebração de contratos a longo prazo e ao facto de durante todo o período dos três anos não ter efectuado compras a outros fornecedores para colmatar a falta de bananas, está ela própria na origem da sua situação actual. Não considero no entanto que o Tribunal de Justiça possa verificar no caso vertente se os actos ou omissões da T. Port são defensáveis ou não numa óptica comercial, porque esta questão tem a ver com a conexão concreta à disposição do artigo 30.°, tal como interpretei acima. Em contrapartida, entendo que o Tribunal de Justiça deve incluir, na sua interpretação abstracta da disposição do artigo 30.°, a exigência supramencionada segundo a qual o operador deve demonstrar ter usado da diligência necessária.

37. Quando estão reunidas as condições do artigo 30.°, a existência não apenas dum direito *mas também, eventualmente, dum* dever de adoptar as medidas transitórias necessárias foi estabelecida pelo Tribunal de Justiça no despacho de 29 de Junho de 1993 no processo C-280/93 R, n.os 46 e 47, em que o Tribunal se exprimiu do seguinte modo a propósito da interpretação do artigo 30.°:

«Convém acrescentar que, como resulta do vigésimo segundo considerando do regulamento, o artigo 30.° destina-se igualmente a fazer face à perturbação do mercado interno que a substituição dos diferentes regimes nacionais pela organização comum de mercado corre o risco de provocar.

Para o efeito, o artigo 30.° obriga a Comissão a tomar todas as medidas transitórias julgadas necessárias 'no caso de ser necessário adoptar medidas específicas, a partir de Julho de 1993, para facilitar a transição dos regimes existentes antes da entrada em vigor do presente regulamento para o regime nele previsto... para ultrapassar dificuldades sensíveis'».

38. Pelas razões acima indicadas, proponho ao Tribunal de Justiça que responda à primeira questão no sentido de que cabe interpretar a disposição do artigo 16.°, n.° 3, do regulamento no sentido de que não permite regulamentar as situações especialmente difíceis, devidas ao facto de os importadores das bananas de países terceiros ou de bananas não tradicionais ACP estarem ameaçados quanto à sua existência, por lhes ter sido atribuído, *com base nos anos de referência que* devem ser tomados em consideração por

força do artigo 19.°, n.° 2, um contigente excepcionalmente pequeno.

Em contrapartida, cabe interpretar a disposição do artigo 30.° do regulamento no sentido que, nas condições aí fixadas, autoriza e, consoante as circunstâncias, impõe a adopção de medidas transitórias relativamente aos operadores que, se bem que tenham feito prova da diligência necessária, foram afectados com particular rigor porque no decurso dos anos de referência anteriores à entrada em vigor do regulamento agiram ou não agiram sem ter podido ou devido prever as consequências que essas acções ou omissões teriam após a entrada em vigor do regulamento. Cabe à Comissão, a pedido de um Estado-Membro, decidir se as condições acima mencionadas estão reunidas e quais as medidas transitórias que devem, em cada caso, ser objecto de regulamentação. A acção ou a eventual omissão por parte da Comissão podem ser fiscalizadas pelo Tribunal de Justiça em conformidade com as regras gerais do Tratado.

Questão 2: O artigo 19.°, n.° 2, do regulamento é inválido?

39. Com esta questão, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber, em suma, se o artigo 19.°, n.° 2, é inválido porque o regulamento não permite tomar em linha de conta outros anos de referência para além dos previstos no artigo 19.°, n.° 2, para os operadores numa situação especialmente difícil.

40. Tal como resulta da minha resposta à primeira questão, o artigo 30.° implica todavia precisamente que a possibilidade, ou, em certa medida, a obrigação, de adoptar as medidas transitórias existem em tais casos. A hipótese considerada no despacho de reenvio, de que podiam existir dúvidas quanto à validade do artigo 19.°, n.° 2, não se verifica e o Tribunal de Justiça pode, por conseguinte, abster-se de responder à questão.

41. Todavia, mesmo que a hipótese supramencionada se tivesse verificado, daí não teria resultado, em minha opinião, que o artigo 19.°, n.° 2, fosse inválido tendo como resultado abalar bruscamente o próprio fundamento da organização de mercado. Se um único operador em todo o mercado comum é, em dado caso, afectado com particular rigor por uma nova organização de mercado, por forma tal que a protecção dos seus direitos fundamentais exige que seja tomado em consideração o seu caso particular, tal não poderá ter consequências gerais para todos os outros operadores que não se encontram na mesma situação. Não poderia, por conseguinte, em minha opinião, pôr-se a questão de uma anulação geral desta disposição, mesmo que o Tribunal de Justiça mantivesse, provisoriamente, por analogia com o artigo 174.°, segundo parágrafo, do Tratado, os efeitos da disposição assim anulada. Saliento, neste contexto, que em vez de paralisar, eventualmente, toda a organização de

mercado declarando inválida uma disposição, pode ser mais oportuno remeter àquele que considere ter sofrido prejuízos devido a uma violação dos seus direitos fundamentais para uma acção de indemnização.

42. Proponho que o Tribunal de Justiça considere a segunda questão sem objecto e que não lhe responda.

45. Os Governos espanhol e francês bem como o Governo do Reino Unido afirmaram que um órgão jurisdicional nacional não estava habilitado a decretar medidas provisórias num caso como o presente. A terceira questão não incide unicamente sobre as medidas provisórias enquanto se aguarda a resposta a uma questão prejudicial relativa à validade de uma disposição comunitária, mas, pelo contrário, sobre medidas que visam a salvaguarda dos interesses da requerente até que as regras comunitárias sejam alteradas. Tais medidas provisórias implicariam na realidade que o direito comunitário podia ser revogado por um órgão jurisdicional nacional.

Questão 3: Medidas provisórias?

43. Só há que responder à terceira questão se o Tribunal de Justiça responder à primeira que o artigo 16.°, n.° 3, ou o artigo 30.° devem ser interpretados no sentido que a Comissão está obrigada a regulamentar as situações especialmente difíceis descritas na primeira questão. Nessa hipótese, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber em que condições este órgão é competente para decretar medidas provisórias para as situações especialmente difíceis até à regulamentação das mesmas pela Comissão.

46. A Comissão entende que deve responder-se no caso vertente do mesmo modo que no processo Atlanta Fruchthandelsgesellschaft e o. (I) e salientou em particular que é necessário que as instituições comunitárias em causa sejam ouvidas de modo que o interesse da Comunidade seja devidamente apreciado nos processos de medidas provisórias.

44. Relativamente a esta questão, os articulados apresentados no Tribunal de Justiça remeteram geralmente para os acórdãos do Tribunal de Justiça de 21 de Fevereiro de 1991, Zuckerfabrik Süderdithmarschen e Zuckerfabrik Soest (C-143/88 e C-92/89, Colect., p. I-415), e Atlanta Fruchthandelsgesellschaft e o. (I).

47. Saliento que a questão da possibilidade de aplicação das medidas provisórias é colocada no contexto do caso vertente, no qual o pedido principal é de condenação do Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung, organismo que gere a organização do mercado da banana na Alemanha, a atribuir à T. Port certificados suplementares cujo direito resulta do artigo 19.°, n.° 2, do regulamento.

48. Nos termos do artigo 189.° do Tratado, os regulamentos têm carácter geral, são obrigatórios em todos os seus elementos e directamente aplicáveis em todos os Estados-Membros. Daí resulta, em minha opinião, que nem o Tribunal de Justiça nem um órgão jurisdicional nacional podem, no quadro de uma decisão definitiva, impor à Comissão ou, eventualmente, à autoridade nacional que gere uma organização de mercado instituída por um regulamento, que emita certificados de importação suplementares cujo direito resulta do regulamento em causa. Pouco importa neste contexto que o regulamento em questão comporte igualmente, além das suas regras gerais, uma disposição que autoriza e impõe, em determinados casos, à Comissão a adopção de certas regras derrogatórias, pois essa competência é atribuída à Comissão e não ao Tribunal de Justiça ou aos órgãos jurisdicionais nacionais. Enquanto a Comissão não adoptar tais disposições derrogatórias, estas não existem e quer o Tribunal de Justiça quer os órgãos jurisdicionais nacionais devem então conformar-se às regras gerais do regulamento em causa e não podem substituir-se à Comissão.

49. Nos processos Zuckerfabrik Süderdithmarschen e Zuckerfabrik Soest e Atlanta Fruchthandelsgesellschaft e o. (I), o Tribunal de Justiça declarou que o artigo 189.° do Tratado não exclui o poder de os órgãos jurisdicionais nacionais decretarem a suspensão da execução de um acto administrativo nacional adoptado com base num regulamento comunitário, se respeitarem as condições estritas, que consistem, designadamente, no reenvio ao Tribunal de Justiça, pelo órgão jurisdicional nacional, de uma questão prejudicial relativa à validade da disposição em causa, se uma tal questão ainda não foi decidida. Pergunta-se se tais medidas provisórias são igualmente conformes com o artigo 189.° do Tratado quando não se trata da validade de um regulamento mas, pelo contrário, de saber se a Comissão está obrigada a adoptar uma regulamentação em aplicação de uma disposição de um regulamento.

50. A jurisprudência firmada pelo Tribunal de Justiça nos acórdãos já referidos implica que deve existir um paralelismo entre, por um lado, a protecção jurisdicional provisória que pode ser obtida nos termos dos artigos 185.° e 186.° do Tratado, no âmbito de um recurso interposto no Tribunal de Justiça, para que seja apreciada a legalidade de um acto comunitário nos termos do artigo 173.° do Tratado e, por outro lado, a protecção jurisdicional provisória susceptível de ser obtida num processo pendente num órgão jurisdicional nacional, relativo às mesmas questões, submetido a título prejudicial à apreciação do Tribunal de Justiça nos termos do artigo 177.° [8].

51. Este paralelismo dos poderes de conceder uma protecção jurisdicional provisória permite nomeadamente garantir que a decisão final do Tribunal de Justiça produzirá pleno efeito, quer o processo seja iniciado no Tribunal de Justiça em conformidade com o artigo 173.° ou iniciado num órgão jurisdicional nacional e objecto de reenvio no quadro de um pedido prejudicial ao abrigo do artigo 177.°

8 — V., a este propósito, as minhas conclusões nos processos Atlanta Fruchthandelsgesellschaft e o. (I e II), pontos 21 a 27.

52. A necessidade de garantir que a decisão final do Tribunal de Justiça produza o seu pleno efeito não se faz sentir no caso vertente. De facto, neste caso, o Tribunal de Justiça não pode precisamente tomar a decisão que autorize eventualmente a atribuição à T. Port de certificados de importação suplementares cujo direito resulta do artigo 19.°, n.° 2, do regulamento. Com efeito, a competência para adoptar as medidas transitórias cabe à Comissão por força do artigo 30.° do regulamento. Pouco importa que a acção ou a eventual omissão da Comissão possam ser fiscalizadas pelo Tribunal de Justiça, uma vez que a fiscalização deste Tribunal apenas pode ser feita *a posteriori*. Como já referi acima, o Tribunal de Justiça não se pode substituir à Comissão e adoptar, por acórdão definitivo, disposições transitórias. O Tribunal de Justiça também não pode, no âmbito de uma acção por omissão, impor à Comissão a adopção das disposições previstas no artigo 30.° do regulamento, mas unicamente verificar eventualmente que a Comissão violou o Tratado ao não adoptar tais disposições [9]. Os artigos 185.° a 186.° visam designadamente garantir que o acórdão definitivo do Tribunal produza pleno efeito e não podendo o Tribunal de Justiça adoptar tais disposições por acórdão definitivo, também daí resulta por maioria de razão que também não poderá, a título de medida provisória, adoptar tais disposições ou impor à Comissão a adopção das mesmas. *A fortiori*, por força do artigo 189.° do Tratado, essa faculdade está vedada a um órgão jurisdicional nacional.

53. Pelas razões que precedem proponho ao Tribunal de Justiça que responda à questão que há que interpretar o artigo 189.° do Tratado CE no sentido de que os órgãos jurisdicionais nacionais não podem decretar medidas provisórias relativamente a um regulamento comunitário com o fundamento de que se coloca a questão de saber se este regulamento impõe à Comissão a adopção de determinadas disposições.

Conclusão

54. Pelas razões que precedem, proponho ao Tribunal de Justiça que responda do seguinte modo às questões que lhe foram submetidas pelo Hessischer Verwaltungsgerichtshof:

«1) A disposição do artigo 16.°, n.° 3, do Regulamento (CEE) n.° 404/93 do Conselho, de 13 de Fevereiro de 1993, que estabelece a organização comum de mercado no sector das bananas, na redacção alterada pela última vez pelo Regulamento (CE) n.° 3290/94 do Conselho, de 22 de Dezembro de 1994,

9 — V. artigo 175.°

relativo às adaptações e medidas transitórias necessárias no sector da agricultura para a execução dos acordos concluídos no âmbito das negociações comerciais multilaterais do 'Uruguay Round', deve ser interpretada no sentido de que não permite regulamentar as situações especialmente difíceis, devidas ao facto de os importadores de bananas de países terceiros e de bananas não tradicionais ACP estarem ameaçados quanto à sua existência por lhes ter sido atribuído, com base nos anos de referência que devem ser tomados em consideração por força do artigo 19.°, n.° 2, um contingente excepcionalmente pequeno.

Em contrapartida, a disposição do artigo 30.° do regulamento já referido deve ser interpretada no sentido de que, nas condições aí estabelecidas, autoriza e, consoante as circunstâncias, impõe a adopção de medidas transitórias relativamente aos operadores que, se bem que tenham feito prova da diligência necessária, foram afectados com particular rigor porque no decurso dos anos de referência anteriores à entrada em vigor do regulamento agiram ou não agiram sem terem podido ou devido prever as consequências que essas acções ou omissões teriam após a entrada em vigor do regulamento. Compete à Comissão, a pedido de um Estado-Membro, decidir se as condições acima referidas estão reunidas e quais as medidas transitórias que devem, em cada caso, ser objecto de uma regulamentação. Os actos ou a eventual omissão da Comissão podem ser fiscalizados pelo Tribunal de Justiça em conformidade com as regras gerais do Tratado.

2) O artigo 189.° do Tratado CE deve ser interpretado no sentido de que os órgãos jurisdicionais nacionais não podem decretar medidas provisórias relativamente a um regulamento comunitário com o fundamento de que se coloca a questão de saber se esse regulamento impõe à Comissão a adopção de determinadas disposições.»