CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL GIUSEPPE TESAURO

apresentadas em 22 de Setembro de 1992 *

Senhor Presidente,
Senhores Juízes,

1. Com as questões prejudiciais que constituem o objecto do presente processo, o Efeteio, Athinas, interroga o Tribunal de Justiça sobre o alcance e o eventual efeito directo de algumas normas da Directiva 77/91/CEE do Conselho, de 13 de Dezembro de 1976, tendente a coordenar as garantias que, para protecção dos interesses dos sócios e de terceiros, são exigidas nos Estados-membros às sociedades, na acepção do segundo parágrafo do artigo 58.° do Tratado, no que respeita à constituição da sociedade anónima, bem como à conservação e às modificações do seu capital social, a fim de tornar equivalentes essas garantias em toda a Comunidade [1] (a seguir «segunda directiva»).

2. Duas das três questões colocadas já obtiveram resposta nos recentes acórdãos Eleftheri Evangiliki Ekklissia [2] e Karella e Karellas [3]. Especialmente neste último acórdão — para o qual me permito remeter, não tendo as partes avançado, no decurso do presente processo, nenhum argumento novo relativamente aos então aduzidos —, o Tribunal declarou que o artigo 25.°, n.° 1, da segunda directiva pode ser invocado pelos particulares contra a administração perante um órgão jurisdicional nacional e que as disposições conjugadas do artigo 25.° e do artigo 41.°, n.° 1 devem ser interpretadas no sentido de que obstam à aplicação de uma regulamentação nacional que, visando assegurar a sobrevivência e o prosseguimento da actividade de empresas que têm particular importância do ponto de vista económico e social para a colectividade e que se encontram, por causa do seu endividamento, numa situação excepcional, permite que o aumento de capital social seja decidido por acto administrativo e sem deliberação da assembleia geral, embora mantendo o direito de preferência dos antigos accionistas aquando da emissão de novas acções.

3. O único problema novo suscitado pelo presente processo diz respeito à incidência possível na aplicabilidade da segunda directiva da Decisão 88/167/CEE [4] da Comissão, de 7 de Outubro de 1987, adoptada no quadro do procedimento previsto no artigo 93.° do Tratado CEE.

Com a terceira questão, o tribunal de reenvio pretende efectivamente saber se a Decisão 88/167/CEE, através da qual a Comissão declarou não levantar objecções à aplicação da Lei n.° 1386/1983, *desde que o Governo helénico alterasse, até 31 de Dezembro de 1987, as disposições dessa lei de forma a harmonizá-las com os artigos 25.° e seguintes e 29.° e seguintes da segunda directiva,* terá concedido à República Helénica a possibilidade de não aplicar as normas comunitárias contestadas até ao termo do referido prazo.

* Língua original: italiano.

1 — JO 1977, L 26, p. 1; EE 17 F1 p. 44.

2 — Acórdão de 24 de Março de 1992 (C-381/89, Colect., p. I-2111).

3 — Acórdão de 30 de Maio de 1991 (C-19/90 e C-20/90, Colect., p. I-2691).

4 — JO 1988, L 76, p. 18.

Este problema, embora não tenha sido expressamente levantado pelos tribunais de reenvio no âmbito dos precedentes processos, já tinha sido, na verdade, evocado nas observações das partes no processo Eleftheri Evangiliki Ekklissia e, de facto, nas minhas conclusões, tive ocasião de tomar posição a esse respeito, afirmando que, com a referida decisão, a Comissão «longe de querer avalizar, ainda que transitoriamente, uma violação do direito comunitário, entendeu simplesmente fixar um prazo peremptório para que as autoridades competentes pudessem adoptar as medidas necessárias para pôr fim à infracção e, por outro lado, a própria Comissão não tinha o poder de suspender provisoriamente a aplicabilidade de disposições constantes de uma directiva do Conselho e dotadas de efeito directo» (ponto 7 das conclusões).

4. Não posso aqui senão confirmar o ponto de vista já expresso, lembrando que, como decorre da jurisprudência do Tribunal de Justiça [5], assim como da prática constante da Comissão [6], esta não pode, no uso do poder discricionário que o Tratado lhe confere para efeitos de avaliação dos auxílios de Estado, autorizar outras derrogações à aplicação das normas comunitárias para além das previstas nas disposições do Tratado relativas a esses mesmos auxílios.

5 — Acórdãos de 20 de Março de 1990, Du Pont de Nemours (C-21/88, Colect., p. I-889); de 7 de Maio de 1985, Comissão/França (18/84, Recueil, p. 1339); de 21 de Maio de 1980, Comissão/Itália (73/79, Recueil, p. 1533), e de 13 de Março de 1979, Hansen (91/78, Recueil, p. 935).

6 — Refiro-me, nomeadamente, a decisões relativas a ajudas do Estado no sector agrícola, nas quais a Comissão afirma que, ainda que fosse possível uma derrogação nos termos do artigo 92.°, n.° 3 do Tratado, a natureza de infracção das medidas de ajuda em causa, do ponto de vista da organização comum dos mercados, impede a aplicação dessa derrogação: v. Decisões de 4 de Outubro de 1989, 90/197/CEE (JO 1990, L 105, p. 15); de 21 de Março de 1989, 89/580/CEE (JO L 324, p. 26); de 21 de Dezembro de 1988, 89/229/CEE (JO 1989, L 94, p. 43); de 8 de Junho de 1988, 88/605/CEE (JO L 334, p. 22), e de 6 de Maio de 1987, 88/39/CEE (JO L 23, p. 18).

Também não me parece que, de uma leitura atenta da decisão em questão, se possam retirar elementos que deixem transparecer que, no caso em apreço, a Comissão tenha tido a intenção de se afastar ilegalmente da sua prática precedente, suscitando eventualmente a confiança legítima dos interessados.

No capítulo II, sexto considerando, da Decisão 88/167/CEE, lê-se, efectivamente, o seguinte:

«Após análise da Lei n.° 1386/1983 conclui-se que as disposições relativas ao método a adoptar com vista ao aumento do capital das empresas sob controlo da OAE ** infringem os artigos 25.° e seguintes e 29.° e seguintes da Directiva 77/91/CEE, a segunda directiva relativa ao direito das empresas. Se um Estado-membro propuser uma medida que inclua um auxílio estatal que infrinja normas comunitárias que não as disposições do Tratado relativas a auxílios concedidos pelos Estados, os procedimentos previstos nos artigos 92.° e 93.° do Tratado CEE, embora confiram à Comissão amplos poderes discricionários, não podem, contudo, produzir um efeito contrário a essas normas. Consequentemente, a Comissão não pode exercer os seus poderes discricionários em conformidade com o n.° 3 do artigo 92.° do Tratado CEE, enquanto tais infracções não tiverem sido eliminadas.»

A luz de tal afirmação, a leitura do artigo 1.° da decisão em causa não poderia, portanto, dar lugar a nenhum equívoco ou expectativa acerca da vontade da Comissão de autorizar derrogações que, repito, não estavam, de modo nenhum, entre os seus poderes.

** NdT: Na versão portuguesa da decisão figura, por lapso, a sigla ORE.

5. Concluo, portanto, propondo que se responda da seguinte forma ao Efeteio, Athinas:

«1) As disposições conjugadas do artigo 25.° e do artigo 41.°, n.° 1, da segunda directiva 77/91/CEE do Conselho, de 13 de Dezembro de 1976, devem ser interpretadas no sentido de que obstam à aplicação de uma regulamentação nacional que, visando assegurar a sobrevivência e a prossecução das actividades de empresas com particular importância, do ponto de vista económico e social, para a colectividade e que se encontram, pelo seu excessivo endividamento, numa situação excepcional, permite que o aumento do capital social seja decidido por acto administrativo, ainda que seja garantido o direito de preferência dos antigos accionistas aquando da emissão de novas acções.

2) O artigo 25.°, n.° 1, da segunda Directiva 77/91/CEE do Conselho, de 13 de Dezembro de 1976, é susceptível de ser invocado num tribunal nacional por um particular contra as autoridades públicas.

3) A Decisão 88/167/CEE da Comissão, de 7 de Outubro de 1987, em que a Comissão declarou não levantar objecções à aplicação da Lei n.° 1386/1983, desde que, nomeadamente, o Governo helénico alterasse até 31 de Dezembro de 1987, o disposto nessa lei de forma a harmonizá-lo com os artigos 25.° e seguintes e 29.° e seguintes da segunda Directiva 77/91/CEE do Conselho, de 13 de Dezembro de 1976, não cria a favor da República Helénica uma derrogação à aplicação da directiva em causa até 31 de Dezembro de 1987.»