CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL GIUSEPPE TESAURO
apresentadas em 19 de Setembro de 1991 *

Senhor Presidente,
Senhores Juízes,

1. Pelo presente recurso, a República Francesa solicita a anulação, nos termos do primeiro parágrafo do artigo 173.° do Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia, de um acto adoptado pela Comissão intitulado «código de conduta sobre as modalidades de aplicação do n.° 1 do artigo 23.° do Regulamento (CEE) n.° 4253/88 do Conselho, relativo às irregularidades e à organização de um sistema de informação sobre as irregularidades» [1].

Para o Governo francês, o código de conduta em causa modifica a natureza da obrigação que incumbe aos Estados-membros, nos termos da regulamentação aplicável, de informar a Comissão sobre as irregularidades cometidas em prejuízo do orçamento comunitário no sector das acções financiadas pelo fundos estruturais. Além disso, a adopção de tal regime de forma alguma é da competência da Comissão.

As origens do processo devem ser situadas no âmbito da legislação comunitária relativa aos fundos de finalidade estrutural.

2. A este respeito, as disposições relevantes são, em primeiro lugar, as normas do Tratado relativas à coesão económica e social (artigos 130.°-A a 130.°-E), normas que enunciam princípios gerais relativos à acção dos fundos e dos outros instrumentos financeiros e encarregam as instituições comunitárias da execução desses princípios.

O Regulamento (CEE) n.° 2052/88 do Conselho, de 24 de Junho de 1988, relativo às missões dos fundos com finalidade estrutural, à sua eficácia e à coordenação das suas intervenções, entre si, com as intervenções do Banco Europeu de Investimento e com as dos outros instrumentos financeiros existentes [2], bem como o Regulamento (CEE) n.° 4253/88 [3], que estabelece as disposições de aplicação daquele regulamento, contêm a regulamentação essencial na matéria.

Em especial, no que nos diz respeito, o n.° 1 do artigo 23.° do Regulamento n.° 4253/88 estabelece, no n.° 1, a obrigação de os Estados-membros tomarem as medidas necessárias para: a) verificar regularmente se as acções financiadas pela Comunidade foram conduzidas de forma correcta, b) impedir e combater as irregularidades, e c) recuperar os fundos perdidos na

* Língua original: italiano.

1 — JO 1990, C 200, p. 3.

2 — JO 1988, L 185, p. 9.

3 — Regulamento de 19 de Dezembro de 1988 que estabelece as disposições de aplicação do Regulamento (CEE) n.° 2052/88 no que respeita à coordenação entre as intervenções dos diferentes fundos estruturais, por um lado, e entre estas e as do Banco Europeu de Investimento e dos outros instrumentos financeiros existentes, por outro (JO L 374, p. 1).

sequência de um abuso ou de uma negligência. O Estado-membro é subsidiariamente responsável pelo reembolso das somas indevidamente pagas, salvo se o Estado-membro e/ou o intermediário e/ou o promotor provarem que esse abuso ou negligência lhes não são imputáveis. Os Estados-membros estão obrigados, nos termos do segundo parágrafo do mesmo número, a informar a Comissão sobre as medidas tomadas para esse efeito e, em especial, sobre a evolução das diligências administrativas e judiciais.

3. Foi precisamente com base nestas disposições que nasceu o presente litígio. Aquando da adopção do Regulamento n.° 4253/88, a Comissão fez constar das actas uma declaração, nos termos da qual adoptaria as medidas necessárias, *no âmbito das suas competências*, para garantir a aplicação nos diversos Estados de modalidades uniformizadas de controlo das eventuais irregularidades relativas às intervenções comunitárias. Alguns meses mais tarde, a Comissão anunciou a intenção de elaborar um código de conduta; para o efeito, criou um grupo de trabalho precisamente encarregado de determinar as modalidades de aplicação das disposições estabelecidas no n.° 1 do artigo 23.° do referido regulamento.

Em 18 de Dezembro de 1989, a Comissão aprovou o projecto assim elaborado, submetendo-o, em seguida, ao Comité Comunitário de Coordenação da Luta Antifraude (a seguir «Cocolaf»). As delegações dos Estados-membros debateram, tanto nesse comité como no âmbito do Conselho «Economia-Finanças», a forma jurídica de que se deveria revestir o código em causa; apesar de algumas divergências de opinião quanto à legalidade do código, as delegações estiveram de acordo em que o código, tal como estava redigido, se limitava a fixar as modalidades de aplicação do n.° 1 do artigo 23.° do Regulamento n.° 4253/88. Contudo, como foi revelado na audiência, alguns Estados-membros insistiram em que o código assumisse a forma de regulamento, essencialmente com o objectivo de poderem dispor de uma regulamentação seguramente obrigatória, dada a enorme importância e dificuldade da matéria, e igualmente vinculativa para todos os Estados-membros. A França, em especial, dando embora o seu acordo quanto ao conteúdo do projecto de código, formulou reservas quanto à respectiva forma jurídica, explicitadas num telex da representação permanente francesa. Finalmente, o código foi oficialmente notificado aos Estados-membros por carta de 30 de Julho de 1990 e, em seguida, publicado na série C do Jornal Oficial.

4. Assim sendo, e não deixando de remeter para outros elementos do relatório para audiência, deve referir-se que a recorrente sustenta, em primeiro lugar, que o acto que impugna é, no essencial, um regulamento que contém modalidades de aplicação do n.° 1 do artigo 23.° do Regulamento n.° 4253/88, acto para cuja adopção a Comissão não tinha competência, visto que a disposição em causa não atribui qualquer competência à Comissão e que, nos termos do n.° 4 do artigo 3.° do Regulamento n.° 2052/88, as normas específicas relativas à acção de cada fundo estrutural, incluindo as regras de acompanhamento, de avaliação, de *gestão financeira* e de *controlo das acções*, serão definidas pelas decisões de aplicação adoptadas por força do artigo 130.°-E do Tratado; esta última disposição apenas prevê a competência do Conselho.

5. Na contestação, a Comissão suscitou uma questão prévia de inadmissibilidade, argumentando que o código de conduta em causa não constituía um acto susceptível de recurso, na acepção do artigo 173.° do Tratado. A título subsidiário, pede que seja negado provimento ao recurso.

Quanto à admissibilidade

6. A questão prévia da inadmissibilidade suscitada pela Comissão baseia-se no facto de o código de conduta em causa ser um *acto não vinculativo* e, em consequência, insusceptível de ser objecto de recurso nos termos do primeiro parágrafo do artigo 173.°, que, como se sabe, apenas autoriza o Tribunal de Justiça a fiscalizar a legalidade dos actos «que não sejam recomendações ou pareceres».

Ora, estamos em presença, no caso vertente, de um acto qualificado de código de conduta, desprovido de fundamento jurídico, não assinado por qualquer membro da Comissão, mas por esta adoptado colegialmente, publicado na série C do Jornal Oficial e de que são destinatários todos os Estados-membros. A isto acresce um elemento particularmente importante, a saber, que esse acto foi notificado a cada Estado-membro por carta do comissário competente, carta essa em que se precisa que o código *entra em vigor a partir da data de notificação* e que «sendo as disposições do código de conduta... a expressão das obrigações decorrentes no n.° 1 do artigo 23.° do Regulamento n.° 4253/88, *o cumprimento deste artigo exige*, na opinião da Comissão, *o integral cumprimento das referidas disposições*».

7. Dito isto, recorde-se que, de acordo com a jurisprudência nesta matéria, parece ser pouco significativa, para efeitos de admissibilidade do controlo jurisdicional, a forma com que o acto se apresente exteriormente, sendo que o que importa verificar são os efeitos e o conteúdo do acto [4].

Em especial, no que se refere à noção de actos susceptíveis de recurso, na acepção do primeiro parágrafo do artigo 173.°, o Tribunal precisou, a partir do acórdão AETR [5], que deve caber recurso de anulação de «quaisquer disposições adoptadas pelas instituições, seja qual for a respectiva natureza ou forma, que visem produzir efeitos jurídicos». Esta posição foi mais recentemente confirmada pelo acórdão «instruções internas«, de 9 de Outubro de 1990 [6], em que o Tribunal considerou como actos susceptíveis de recurso as «instruções internas» adoptadas pela Comissão, que constituíam o objecto de recurso desse processo, na medida em que visavam produzir efeitos jurídicos.

8. Aliás, precisamente nas conclusões apresentadas no processo «instruções internas», sugerimos ao Tribunal de Justiça que respondesse de forma explícita a uma questão prévia que visava esclarecer se, *face à inexistência de um mínimo de formas essenciais*, e,

4 — Foi adoptando precisamente este ponto de vista que o Tribunal de Justiça considerou serem actos susceptíveis de recurso, por exemplo, uma resolução do Parlamento Europeu na medida em que produziu efeitos jurídicos para com terceiros (acórdão de 10 de Abril de 1984, Luxemburgo/ /Parlamento Europeu, 108/83, Recueil, p. 1945), uma deliberação do Conselho, na medida em que visou produzir efeitos jurídicos (acórdão de 31 de Março de 1971, Comissão/Conselho, 22/70, Recueil, p. 263) ou ainda uma decisão oral adoptada relativamente a um funcionário (acórdão de 9 de Fevereiro de 1984, Kohler/Tribunal de Contas, 316/82 e 40/83, Recueil, p. 641).

5 — Acórdão de 31 de Março de 1971, 22/70, já referido, n.os 38 a 43.

6 — França/Comissão, n.° 8 (366/88, Colect., p. 3571). Permitimo-nos remeter, para efeitos de análise mais detalhada da jurisprudência relevante nesta matéria, para as conclusões que apresentámos nesse processo (Colect., p. 3579, n.os 7 a 9).

portanto, independentemente de, após verificação concreta do conteúdo do acto, se concluir que ele visa produzir efeitos jurídicos, se pode entender que *esse acto é adequado à produção de efeitos jurídicos*[7].

O Tribunal de Justiça, apesar de não se ter pronunciado expressamente sobre esta questão, confirmou ser irrelevante o critério formal e, em consequência, dever proceder-se à qualificação do acto única e exclusivamente com base no seu conteúdo.

9. É certo que, em determinadas circunstâncias, e embora com determinadas especificidades quanto ao fundo que conduzem frequentemente a considerar diversamente o problema da admissibilidade, o Tribunal de Justiça parece ter-se baseado na inexistência dos elementos indispensáveis para considerar determinado acto como impugnável e, com esse fundamento, declarar inadmissível o recurso em causa. Contudo, uma análise mais aprofundada demonstra claramente que, em tais casos, o Tribunal de Justiça atendeu tanto aos elementos formais como materiais do acto, para chegar à conclusão de não existir *manifestamente* qualquer vocação (nem vontade) de produzir efeitos jurídicos[8]. Nesta mesma óptica, o Tribunal atendeu também à manifesta incompetência da Comissão para a adopção do acto impugnado como elemento comprovador da tese da inadequação do acto à produção de efeitos jurídicos.

10. Por outro lado, e ainda quanto a este último aspecto, cabe observar que não pode ser acolhido o outro argumento apresentado pela Comissão em apoio da tese da inadmissibilidade do recurso, a saber, a falta de competência para a adopção de actos vinculativos na matéria em causa (ver p. 3 e 4 da réplica). Com efeito, a incompetência é, em si, um vício relativo ao mérito e não à admissibilidade.

11. Dito isto, recorde-se que o acto em causa foi notificado a cada Estado-membro, tendo, pois, dele sido dado conhecimento oficial aos seus destinatários. Além disso, é expressamente afirmado, no documento de notificação, que o cumprimento do n.° 1 do artigo 23.° do Regulamento n.° 4253/88 exige o integral cumprimento das disposições do código, o que torna, pois, perfeitamente claro para os Estados-membros que qualquer violação do código se traduzirá automaticamente, na opinião da Comissão, numa violação do artigo em causa.

No essencial, estamos pois, neste caso, na presença de um acto acompanhado de formalidades de redacção e publicidade susceptíveis de tornar perfeitamente inequívoca a vontade de vincular os destinatários. Em consequência, torna-se indispensável examinar o conteúdo do acto para verificar se nele se contêm obrigações jurídicas novas relativamente ao n.° 1 do artigo 23.° do Regulamento n.° 4253/88; nesta perspec-

7 — A necessidade de resposta decorria da convicção de que, se é verdade que a opção formal não é susceptível de modificar a natureza do acto, não é menos verdade que a inexistência de um mínimo de condições de forma essenciais, ou seja, as que permitem determinar se um acto é vinculativo, tem por efeito ser um acto inoponível a terceiros ainda que do exame do seu conteúdo resulte a sua adequação à produção de obrigações jurídicas. Trata-se, no essencial, de actos que, em qualquer caso, são desprovidos de efeitos jurídicos relativamente aos administrados e aos Estados-membros, independentemente do facto de a Comissão ser competente, no sector em causa, para adoptar actos vinculativos.

8 — Ver acórdãos de 27 de Março de 1980, Sucrimex/Comissão, n.° 16 (133/79, Recueil, p. 1299); de 4 de Março de 1982, Gauff/Comissão, n.os 16 a 18 (182/80, Recueil, p. 799); despacho de 17 de Maio de 1989, Itália/Comissão, n.os 21 e 22 (151/88, Colect., p. 1255); e, por último, despacho de 13 de Junho de 1991, Sunzest/Comissão, n.° 13 (C-50/90, Colect., p. I-2917).

tiva, cabe examinar as questões de inadmissibilidade em simultâneo com as de mérito.

Quanto ao mérito

12. O acto de que nos ocupamos tem por objecto as modalidades de aplicação do n.° 1 do artigo 23.° do Regulamento n.° 4253/88: tal consta do próprio título do acto em causa, a Comissão e o Governo francês sustentaram-no de comum acordo e reiteradamente tanto nos articulados como na audiência, e — como veremos — o exame do conteúdo do acto confirma-o.

Antes de passar a esse exame, cabe proceder a algumas observações preliminares relativas, num plano mais geral, às modalidades de aplicação de uma norma. A razão de ser das modalidades de aplicação de uma norma reside precisamente, em nossa opinião, no facto de esta poder ser executada de diversas formas; em consequência, e em princípio, um acto contendo modalidades de aplicação reduz, *no mínimo*, a natureza discricionária decorrente da mera redacção da norma em causa. É certo, além disso, que as modalidades de aplicação de uma disposição incluem no mínimo, *por definição*, a determinação das obrigações nela contidas e, em consequência, uma regulamentação completa que estabelece necessariamente uma série de obrigações específicas. No essencial, um acto contendo modalidades de aplicação tem, pois, por objectivo principal especificar e harmonizar as obrigações impostas aos Estados-membros, obrigações essas que, embora implícitas na norma de base, seguramente dela não decorrem, porém, de forma automática, e, em qualquer caso, não necessariamente. Caso contrário, as disposições de aplicação seriam supérfluas.

13. Dito isto, passemos à análise sumária do conteúdo do acto em causa, recordando que o n.° 1 do artigo 23.° do Regulamento n.° 4253/88 impõe ao Estados-membros a obrigação de comunicar à Comissão quaisquer medidas adoptadas para verificar se as acções financiadas pela Comunidade foram conduzidas de forma correcta, para recuperar os fundos perdidos na sequência de um abuso ou de uma negligência e para impedir e combater as irregularidades, bem como informá-la da evolução das diligências administrativas e judiciais em curso.

O código de conduta define, antes de mais, o seu âmbito de aplicação, determinando que a obrigação de comunicação respeita apenas aos casos de irregularidades superiores a 4 000 ecus (n.° 1); a noção de irregularidade é, em seguida, definida como «qualquer infracção a uma disposição comunitária ou nacional cometida por uma pessoa singular ou colectiva em detrimento do orçamento comunitário» (n.° 2).

No n.° 3 estabelece-se que Estados-membros comunicarão, *num prazo de três meses após a notificação do presente código de conduta*, não apenas as disposições adoptadas para prevenir e perseguir as irregularidades (obrigação expressamente prevista no n.° 1 do artigo 23.°), mas também os serviços responsáveis pela prevenção e prossecução das irregularidades, bem como as principais disposições processuais das suas administrações.

Em seguida, o n.° 4 diz mais especificamente respeito à comunicação dos casos de irregularidades, que deve ser feita cada quatro meses e abrangerá tanto os casos de irregularidades que foram verificados por uma autoridades administrativa, como os que tenham sido objecto de procedimento judicial. Para esse efeito, solicita-se que os Estados-membros comuniquem toda uma série de informações: os elementos de identificação da acção em causa, o período ou a data em que a irregularidade foi cometida, a identificação dos beneficiários, bem como das pessoas singulares ou colectivas implicadas na irregularidade, as práticas utilizadas para cometer a irregularidade, a forma como foi identificada a irregularidade, as consequências financeiras e as possibilidades de recuperação, etc.

Por outro lado, prevê-se que os Estados-membros comunicarão imediatamente as práticas irregulares verificadas que revelem um novo processo fraudulento e aquelas relativamente às quais existem motivos para presumir que possa vir a ter efeitos fora do seu próprio território (n.° 5). Todas as informações transmitidas à Comissão serão objecto de exame conjunto pela Comissão e pelos representantes dos Estados-membros, em reuniões periódicas, com o objectivo específico de retirar as necessárias conclusões relativas às medidas de prevenção (n.° 6); informações relativas ao número de processos notificados e arquivados, bem como ao montante das somas recuperadas ou a recuperar serão comunicadas ao Cocolaf e aos comités dos fundos estruturais em causa (ponto 8). Prevê-se, por último, que os Estados-membros e a Comissão tomarão todas as medidas necessárias para garantir a confidencialidade das informações transmitidas (ponto 7).

14. O conteúdo do código de conduta confirma tratar-se efectivamente de modalidades de aplicação do n.° 1 do artigo 23.° do Regulamento n.° 4253/88. O exame, ainda que superficial, das disposições do código revela, com efeito, tratar-se de obrigações específicas relacionadas com a obrigação de informação, mais geral e genérica, enunciada na norma de base. No essencial, o código regula detalhadamente a obrigação de informação, determinando, em especial, que informações devem ser objecto de comunicação, com que frequência e sob que formas.

Ora, a menos que se pretenda considerar que as modalidades de aplicação são sempre e em qualquer caso meramente declarativas e que, em consequência, não exigem a adopção de um regulamento, na medida em que as obrigações que referem têm por fundamento a norma de base, torna-se necessário verificar se, no caso presente, as obrigações previstas no código de conduta decorrem automaticamente do n.° 1 do artigo 23.°, ou se se trata, pelo contrário, de um interpretação que não se limita a explicitar as obrigações indubitavelmente inerentes à norma de base (ou seja, o mínimo essencial que permite que o respectivo conteúdo não seja afectado), implicando uma modificação ou tendo como efeito, no mínimo, aumentar o peso para os Estados-membros da obrigação prevista na norma de referência. É precisamente nesta perspectiva que se inserem as seguintes observações.

15. Refira-se, antes de mais, que o n.° 1 do artigo 23.° do Regulamento n.° 4253/88 se limita, no que nos diz respeito, a solicitar aos Estados-membros a comunicação das medidas adoptadas para impedir e combater as irregularidades, bem como informações

sobre a evolução das diligências administrativas e judiciais. Pelo contrário, o código de conduta fixa os prazos em que tais informações devem ser comunicadas, exigindo uma série de informações suplementares, bem como esclarecimentos relativos às referidas irregularidades.

Por um lado, com efeito, a obrigação de comunicar as medidas adoptadas para impedir e combater as irregularidades não implica do mesmo modo e necessariamente a obrigação de comunicar a lista dos serviços encarregados da respectiva aplicação, nem a de comunicar as disposições processuais das respectivas administrações. Por outro lado, é legítimo formular a questão de saber se a comunicação relativa à evolução das diligências administrativas e judiciais pode ser assimilada a — ou em qualquer caso, incluir automaticamente — uma série de informações detalhadas sobre os casos de irregularidade, ou seja, no essencial, uma descrição suficientemente articulada de cada irregularidade verificada. Referimo-nos, em especial, a informações como a identificação dos beneficiários, a forma como foi detectada a irregularidade, os serviços ou organismos que procederam à verificação da mesma. Não nos parece, com efeito, que informações deste tipo possam ser consideradas inerentes à obrigação de informação, tal como prevista na norma de base.

É certo ser possível sustentar que tais informações são acessórias relativamente à obrigação de informar a Comissão sobre a evolução das diligências administrativas e judiciais em curso, mas é também óbvio que tais informações não podem ser consideradas mera explicitação da obrigação em causa. Por outras palavras, entendemos não ser possível afirmar-se que a obrigação de informação, tal como prevista na norma de base, se veria esvaziada da sua essência na hipótese de não ser comunicada a identidade dos beneficiários ou a forma como foi detectada a irregularidade. Tal conclusão é, aliás, confirmada pela própria Comissão que, na audiência, sustentou que um Estado-membro pode violar o código de conduta sem, por isso, violar o n.° 1 do artigo 23.° do Regulamento n.° 4253/88. Tal equivale, evidentemente, a reconhecer que as «obrigações» impostas pelo código ultrapassam o previsto na norma em causa, e a contradizer a afirmação, contida no citado documento de notificação aos Estados-membros, de que o cumprimento do n.° 1 do artigo 23.° exige o integral cumprimento das disposições do código em causa.

16. Depois de precisado este aspecto, e para colocar em evidência determinados problemas colocados pelo código de conduta, julgamos útil determo-nos brevemente em regulamentações análogas à aqui em análise. Referimo-nos, em especial, ao Regulamento (CEE) n.° 595/91 [9], recentemente substituído pelo Regulamento (CEE) n.° 283/72 (por diversas vezes citado nos articulados das partes e na audiência), regulamento este que estabelece as modalidades de aplicação do n.° 1 do artigo 8.° do Regulamento (CEE) n.° 729/70 [10], disposição, aliás, quase idêntica ao n.° 1 do artigo 23.° do Regulamento n.° 4253/88. O Regulamento n.° 595/91, relativo a um sistema de informação análogo ao instituído pelo código no sector das irregularidades cometidas em pre-

9 — Regulamento de 4 de Março de 1991 relativo às irregularidades e à recuperação das importâncias pagas indevidamente no âmbito do financiamento da política agrícola comum, assim como à organização de um sistema de informação nesse domínio e que revoga o Regulamento (CEE) n.° 283/72 (JO L 67, p. 11).

10 — Regulamento de 21 de Abril de 1970 relativo ao financiamento da política agrícola comum (JO L 94, p. 13; EE 03 F3 p. 220).

juízo do Fundo de Orientação e de Garantia Agrícola (FEOGA), Secção Garantia, após enumerar as informações que os Estados-membros têm obrigação de comunicar à Comissão (informações coincidentes com as previstas no código), estabelece que tais informações, quando abrangidas pelo segredo de instrução nos termos do direito nacional, apenas podem ser comunicadas depois de obtida a prévia autorização da autoridade judicial competente [11]. Aliás, este mesmo regulamento atenua a obrigação de comunicar a identificação das pessoas implicadas na irregularidade ao prever, no último travessão do n.° 1 do artigo 3.°, não existir essa obrigação no caso de tal indicação não poder ser útil no âmbito da luta contra as irregularidades.

17. Outro aspecto merece ser sublinhado. O n.° 7 do código estabelece que «os Estados-membros e a Comissão tomarão todas as medidas de segurança necessárias para que a troca de informações entre eles seja mantida confidencial»; tal disposição é perfeitamente compreensível, atendendo à natureza das informações solicitadas, mas uma análise, ainda que sumária, demonstra ser ela insuficiente para garantir o objectivo que se propõe. Com efeito, se, como a Comissão pretende, se trata de um acto não vinculativo, susceptível de ser violado sem que em consequência exista violação do artigo 23.° (e seria sem dúvida esse o caso na hipótese de violação da referida disposição do código), conclui-se que informações desse tipo não podem ser mantidas confidenciais com as graves consequências que tal implica, principalmente para os particulares interessados.

A relevância e dificuldade deste problema estão, pelo contrário, sempre presentes em legislações análogas. Por exemplo, o artigo 10.° do Regulamento n.° 595/91, já referido, não se limita a enunciar o princípio de que há que garantir a confidencialidade de tais informações (n.° 1), regulando, pelo contrário, esse aspecto em detalhe ao prever, designadamente, que as informações comunicadas «ficarão abrangidas pelo segredo profissional e beneficiarão da protecção concedida às informações análogas pela legislação nacional do Estado-membro que as recebeu e pelas disposições correspondentes aplicáveis às instituições comunitárias» (n.° 4). Além disso, nesse mesmo artigo se prevê uma série de garantias para os particulares; assim, por exemplo: os nomes de pessoas singulares ou colectivas implicadas nas irregularidades só podem ser comunicados a outro Estado-membro ou a outra instituição comunitária no caso de esta comunicação ser necessária com vista à prevenção ou à repressão de irregularidades ou à verificação de alegadas irregularidades (n.° 3); e ainda, sempre que, após continuação de um inquérito, se concluir que uma pessoa inicialmente considerada como implicada numa irregularidade, nela não esteve implicada, cabe informar imediatamente este facto a todos aqueles a quem o seu nome fora anteriormente comunicado (n.° 6).

18. Cabe acrescentar, para sermos completos, que, com base nos n.os 4 e 5 do código de conduta e para facilitar o envio das in-

11 — O relevo desta disposição é confirmado pela jurisprudência do Tribunal de Justiça que, no acórdão de 10 de Janeiro de 1980, Comissão/Itália, n.° 22 (267/78, Recueil, p. 31), precisou claramente que «as normas que, nas legislações nacionais de natureza penal, obstam à comunicação a determinadas pessoas de actos do processo penal, podem, pois, ser invocadas contra a Comissão, na medida em que essas mesmas restrições sejam oponíveis à administração nacional», decidindo, em consequência, que, não comunicando à Comissão determinados elementos abrangidos pelo segredo de instrução, a Itália não faltou ao cumprimento das obrigações que lhe incumbiam.

formações exigidas, foi remetido a todos os Estados-membros um formulário, que estes deverão preencher e remeter à Comissão nos prazos concedidos. A recorrente considera esse formulário como elemento suplementar, que se traduz numa nova prova de que o acto impugnado não é uma mera recomendação. Pelo contrário, a Comissão sustenta tratar-se de um formulário-padrão, perfeitamente idêntico aos já existentes noutros sectores.

A este respeito, basta verificar, quanto ao formulário relativo às irregularidades do FEOGA, Secção Garantia, que as informações nele solicitadas são aquelas bem precisas e específicas expressamente previstas no Regulamento n.° 595/91, e, já anteriormente, no Regulamento n.° 283/72.

Quanto ao formulário relativo às irregularidades que afectam os recursos próprios, saliente-se que se baseia no n.° 3 do artigo 6.° do Regulamento (CEE, Euratom) n.° 1552/89 [12], disposição essa que expressamente prevê que os Estados-membros transmitirão à Comissão, semestralmente e relativamente a montantes superiores a 10 000 ecus, uma descrição sumária das fraudes e irregularidades, bem como das medidas tomadas ou que se prevê tomar para evitar a repetição dos casos já detectados. O formulário apenas exige a comunicação dessas informações; com efeito, o pedido de informações suplementares é acompanhado de uma explicação dizendo tratar-se de informações não obrigatórias, na acepção do n.° 3 do artigo 6.° do Regulamento n.° 1552/89: os Estados-membros são *convidados* a fornecer essas informações, na medida em que sejam úteis para a eficaz repressão das fraudes.

19. As observações precedentes confirmam que o código de conduta não se limita a explicitar as obrigações enunciadas no n.° 1 do artigo 23.° do Regulamento n.° 4253/88, procedendo, pelo contrário, à sua interpretação, ampliando o respectivo alcance, sem, contudo, as fazer acompanhar de garantias adequadas, em especial no que se refere à protecção dos particulares.

Cabe, pois, examinar o problema da competência da Comissão para adoptar o acto em causa.

20. A posição da Comissão é, a este respeito, particularmente ambígua. Se, por um lado, pretende que o código não tem qualquer efeito vinculativo, por outro, afirma, contudo, tanto com base no artigo 155.° do Tratado como no n.° 2 do artigo 4.° do Regulamento n.° 2052/88, ter o poder e, em consequência, a competência para adoptar actos desse tipo.

Não me parece possível partilhar esse ponto de vista. Recorde-se, com efeito, que a adopção de actos não vinculativos está prevista no artigo 189.° do Tratado e que o artigo 155.° do mesmo Tratado confere à Comissão competência para formular recomendações ou pareceres, não apenas nos casos nele expressamente previstos, mas também sempre que o considere necessário; a Comissão não tem, pois, de demonstrar em termos absolutos ser competente para recomendar determinado comportamento em vez de outro: essa competência é incontestá-

12 — Regulamento de 29 de Maio de 1989 relativo à aplicação da Decisão 88/376/CEE, Euratom, relativa ao sistema de recursos próprios das Comunidades (JO L 155, p. 1).

vel. Por outro lado, se é verdade, como por diversas vezes a Comissão afirmou nos articulados de defesa, que o acto em causa não é mais do que uma recomendação ou um parecer dirigido aos Estados-membros quanto à forma como deve ser aplicado o n.° 1 do artigo 23.° do Regulamento n.° 4253/88, dificilmente se compreende por que razão a Comissão não lhe deu essa qualificação já no próprio título, ou não o apresentou de forma a ficar bem claro, para além do *nomen juris*, tratar-se de uma pura e simples recomendação aos Estados-membros [13], evitando, de certa forma, eventuais confusões e incertezas, bem como um contencioso artificial.

De um ponto de vista geral, não podemos de deixar de estranhar que a Comissão, ainda que no contexto dos fundamentos de defesa perante o Tribunal de Justiça, persista em sustentar que criou, numa matéria tão delicada como aquela de que nos vimos ocupando, em que seria mesmo necessário reforçar a severidade e o rigor das disposições, um acto de forma alguma vinculativo para os Estados-membros, quer dizer, um acto que, em qualquer caso, seria não apenas inútil, mas também, e por esse facto, prejudicial, na medida em que é susceptível de alimentar confusões e divergências de comportamentos entre os Estados-membros.

13 — Acrescente-se, tão banal quanto esta observação possa parecer, que, regra geral, como é justo e evidente, a Comissão adopta, quando para tal tem competência, actos formais de aplicação do artigo 189.° do Tratado. Pelo contrário, actos com um *nomen* atípico são, em nossa opinião, sinal de determinada ambiguidade, sobretudo quando a matéria a regulamentar é de tal forma típica que não necessita de um acto atípico. Recorde-se, a este respeito, o acórdão de 13 de Dezembro de 1989, Grimaldi, 322/88, em que o Tribunal de Justiça sublinhou que as recomendações «são geralmente adoptadas pelas instituições da Comunidade quando estas não dispõem, nos termos do Tratado, do poder de adoptar actos obrigatórios, ou quando entendem que não há lugar à aplicação de regras mais vinculativas» (Colect., p. 4407, n.° 13). Esta afirmação parece-nos ser igualmente válida, em princípio, relativamente a inúmeros actos atípicos existentes na prática.

21. A referência feita pela Comissão ao artigo 5.° do Tratado também não nos parece susceptível de modificar os termos da questão. A este respeito, deve observar-se, com efeito, que a obrigação decorrente desse artigo de os Estados-membros «facilitarem à Comunidade o cumprimento da sua missão» é uma obrigação genérica que não pode ser invocada, como o próprio Tribunal de Justiça precisou, «na falta de uma disposição específica constante do Tratado ou dos actos de natureza obrigatória adoptados pelas instituições» [14]; isto no sentido de que tal obrigação dos Estados-membros não pode, em qualquer caso, ser invocada para efeitos de adopção de actos de natureza regulamentar. Em conclusão, a Comissão pode, é certo, solicitar dos Estados-membros, com base no artigo 5.° do Tratado, informações específicas sobre determinado caso e instaurar um processo por infracção em caso de recusa de fornecimento dessas informações, mas não pode seguramente utilizar essa base jurídica para harmonizar, especificando-as e estendendo-as, as obrigações impostas por uma norma, no caso vertente o n.° 1 do artigo 23.° do Regulamento n.° 4253/88.

22. Quanto à competência que a Comissão funda no n.° 2 do artigo 4.° do Regulamento n.° 2052/88, quase não é necessário sublinhar que tal disposição se refere ao que se convencionou chamar associação, que o citado regulamento define como uma «concertação estreita entre a Comissão, o Estado-membro em questão, as autoridades competentes por ele designadas a nível nacional, regional, local ou outro, agindo todas as partes na qualidade de parceiros que prosseguem um objectivo comum». Ainda de acordo com o regulamento, «a associação abrangerá a preparação, o financiamento, o acompanhamento e a avaliação das acções».

14 — Despacho de 30 de Setembro de 1987, Brother Industries/ /Comissão (266/86, Colect., p. 3757, 3763).

Em suma, com base na ideia de que a acção estrutural conduzida pela Comissão é complementar das acções nacionais correspondentes ou para elas contribui, é instaurado uma espécie de diálogo permanente entre a Comissão e o Estado-membro em causa para efeitos de repartir as missões, tendo em vista um acréscimo de eficácia, e de pôr em comum os recursos humanos implicados na acção estrutural comunitária. A noção de associação de forma alguma implica, pois, que os associados possam adoptar de comum acordo actos vinculativos, ou sequer interpretações vinculativas de actos e disposições existentes. Além disso, a associação não abrange o controlo das acções mas, como foi referido, apenas a preparação, o financiamento, o acompanhamento e a avaliação das acções. Conclui-se que este fundamento jurídico não autoriza a adopção de actos vinculativos, limitando-se a prever uma concertação estreita entre todas as partes implicadas com vista ao sucesso de cada acção específica empreendida.

23. Falta examinar um último aspecto: a Comissão sustentou por diversas vezes, tanto nos articulados como na audiência, que o acto impugnado foi adoptado por consenso; tratar-se-ia, pois, de um novo tipo de acto que a Comissão definiu como uma espécie de «gentlemen's agreement». Este raciocínio não nos parece também aceitável nem, em qualquer caso, susceptível de modificar a situação jurídica, sem que seja sequer necessário examinar se, efectivamente, o acto em causa é um acto negociado. Com efeito, os Estados-membros, se não cumprirem as eventuais disposições constantes desse acto, não apenas podem, no máximo, assumir a correspondente responsabilidade política, sem que, por isso, se possa considerar que violaram as obrigações que lhes incumbem por força da regulamentação comunitária no sector em causa, como também, e sobretudo, se trata de um acto que, enquanto tal, é estranho ao sistema garantido pelo Tratado, dado que a adopção *de actos normativos convencionais* entre a Comissão e os Estados-membros ou, em qualquer caso, de acordos celebrados, ainda que de forma simplificada, entre as partes em causa é totalmente estranha a esse sistema. Não nos parece que esta posição singular e contraditória da Comissão mereça quaisquer outros comentários.

24. Atendendo às considerações precedentes, a afirmação feita pela Comissão de que jamais instaurará um processo de infracção com base na violação do código de conduta é absolutamente irrelevante e flagrantemente contraditória com o conteúdo do documento de notificação em que, recorde-se, se diz expressamente que o cumprimento do n.° 1 do artigo 23.° do Regulamento n.° 4253/88 exige o integral cumprimento do código de conduta. De qualquer forma, não é necessário insistir sobre este aspecto dado que, como vimos, a análise do conteúdo do acto revelou tratar-se de modalidades de aplicação que criam obrigações para os Estados-membros não previstas enquanto tais na disposição de base.

25. Para nós, o elemento importante reside, pelo contrário, no facto de o acto impugnado, que contém modalidades de aplicação do n.° 1 do artigo 23.° do Regulamento n.° 4253/88, tornar mais estritas para os Estados-membros as obrigações impostas pela disposição em causa, na medida em que as amplia e especifica.

Ora, o artigo 23.° limita-se a referir as obrigações dos Estados, não atribuindo qualquer competência à Comissão, seja ela a de precisar, interpretar ou aumentar as obrigações em causa. Nenhuma outra disposição pertinente atribui idêntica competência à Comissão. Pelo contrário, os artigos 3.°, n.° 4, e 5.° do Regulamento n.° 2052/88 estabelecem que as modalidades de controlo das acções são definidas nas decisões de aplicação adoptadas nos termos do artigos 130.°-E do Tratado. Por outro lado, o n.° 2 do artigo 7.° do mesmo regulamento confirma que as regras harmonizadas para o reforço do controlo das intervenções estruturais serão precisadas com base nas referidas disposições dos artigos 3.°, n.° 4, e 5.° Em consequência, cabe anular o código de conduta em causa, na medida em que visa produzir efeitos jurídicos, por incompetência da Comissão.

Conclusões

À luz das considerações precedentes, propomos, pois, que o Tribunal de Justiça dê provimento ao recurso e condene a Comissão nas despesas.