CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL ANTONIO LA PERGOLA

apresentadas em 11 de Julho de 1995 *

I — Introdução

1. No presente recurso, o Tribunal de Justiça é chamado a decidir se os particulares têm ou não legitimidade para interpor recurso de anulação, ao abrigo do artigo 173.° do Tratado, de decisões adoptadas pela Comissão de arquivamento de queixas destinadas a promover o exercício das competências que lhe cabem por força dos artigos 169.° e 90.°, n.° 3, do Tratado.

II — Antecedentes do processo e argumentos das partes

2. A associação de direito alemão Bundesverband der Bilanzbuchhalter eV, recorrente no presente processo, impugna perante o Tribunal de Justiça o despacho de inadmissibilidade proferido pelo Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias em 23 de Janeiro de 1995 [1].

3. Os antecedentes do processo vêm relatados no referido despacho do Tribunal de Primeira Instância. A associação recorrente apresentou na Comissão uma denúncia em que punha em causa uma lei alemã relativa à profissão de consultor fiscal (Steuerberatungsgesetz) por alegada violação do direito comunitário, na medida em que essa lei reserva o direito ao exercício profissional em matéria de consultoria fiscal e em matérias com esta relacionadas a determinadas categorias profissionais. Na opinião da recorrente, essa lei viola os artigos 59.° e 86.° do Tratado CE. A República Federal da Alemanha teria, portanto, violado as obrigações que lhe incumbem em virtude do Tratado, consagradas nos artigos 5.°, segundo parágrafo, e 90.°, n.os 1 e 2, ao manter em vigor a referida legislação. A Comissão deveria ter intervindo no sentido de pôr cobro a tal situação e velar pela aplicação das normas do Tratado.

A recorrente pediu ao Tribunal que anulasse, ao abrigo do artigo 173.° do Tratado, a decisão da Comissão de não dar seguimento à denúncia da recorrente. A decisão em causa no Tribunal de Primeira Instância fundamentava essa recusa com base no facto de que naquele caso não havia qualquer violação do direito comunitário.

* Língua original: italiano.

1 — Bundesverband der Bilanzbuchhalter/Comissão (T-84/94, Colect., p. II-101).

4. O Tribunal julgou o recurso inadmissível. Considerou, recordando neste ponto a jurisprudência do Tribunal [2], que a recorrente não tem legitimidade para impugnar a recusa da Comissão em desencadear o processo de incumprimento contra a República Federal da Alemanha. A Comissão dispõe de «um poder discricionário de apreciação que exclui o direito dos particulares de lhe exigirem uma tomada de posição em determinado sentido». «No âmbito de um processo ao abrigo do artigo 169.° do Tratado», prossegue o Tribunal, «as pessoas que tenham apresentado uma denúncia não têm a possibilidade de recorrer para o juiz comunitário da decisão da Comissão de arquivamento da sua denúncia».

5. O Tribunal considerou inadmissível o recurso também no que respeita à pretensa violação do artigo 90.°, n.° 3, do Tratado, tendo sempre em consideração o amplo poder discricionário que esta disposição confere à Comissão. O exercício desse poder de apreciação, segundo o despacho que é objecto do presente recurso, não está ligado a uma obrigação de intervenção da Comissão. O Tribunal de Primeira Instância, de facto, concluiu que «as pessoas singulares ou colectivas que pedem à Comissão para intervir nos termos do n.° 3 do artigo 90.° não gozam do direito de recorrer contra a decisão da Comissão de não fazer uso das prerrogativas que detém nos termos do n.° 3 do artigo 90.°». Por conseguinte, naquele processo, não foi reconhecida à recorrente legitimidade para impugnar a recusa da Comissão em causa.

6. A recorrente alega agora a pretensa violação do direito comunitário por parte do Tribunal de Primeira Instância por não ter tomado em consideração o desvio de poder em que a Comissão teria incorrido. A Comissão, segundo a recorrente, teria feito uma interpretação incorrecta dos factos apresentados no recurso em primeira instância e nos quais se baseia a denúncia feita pela mesma recorrente para desencadear o processo previsto no artigo 169.° do Tratado. A Bundesverband sustenta que, em caso de errada apreciação dos factos, existe desvio de poder quando a Comissão não tenha qualquer poder discricionário. Seria esse o caso em análise. A violação do artigo 59.° do Tratado, narrada na denúncia da recorrente, seria evidente. Existiria, portanto, na opinião da recorrente, uma obrigação de intervenção por parte da Comissão que, nesse caso, deveria necessariamente dar lugar a accionar o processo previsto no artigo 169.°, embora a jurisprudência do Tribunal, por um lado, reconheça amplos poderes à Comissão relativamente à instauração do processo por incumprimento e, por outro, negue aos particulares a possibilidade de recorrer a juízo para impugnar a eventual recusa de iniciar esse processo. O Tribunal de Primeira Instância terá, pois, por sua vez, violado o direito comunitário por não ter reconhecido a falta substancial de um poder discricionário da Comissão, nem ter avaliado correctamente os factos que deram origem ao recurso.

2 — V., em especial, o acórdão de 14 de Fevereiro de 1989, Star Fruit/Comissão (247/87, Colect., p. 291).

7. Quanto ao artigo 90.°, n.° 3, a recorrente deduz que, embora a Comissão disponha de um poder discricionário, deve, no entanto, entender-se que a decisão de não intervir com base nesse artigo constitui um acto sujeito a controlo jurisdicional, tanto mais que no caso em análise a divergência da disposição legal alemã em relação às disposições comunitárias seria manifesta e não poderia, portanto, ser negada pela Comissão.

8. A Comissão conclui no sentido da rejeição do recurso, alegando que a jurisprudência constante do Tribunal em matéria de impugnação da recusa de instaurar processos de incumprimento não admite quaisquer excepções. O poder discricionário de que a Comissão dispõe nesse âmbito exclui a possibilidade de os particulares intervirem no seu exercício ou de o impugnarem jurisdicionalmente. Trata-se de uma faculdade situada no âmbito das relações entre entidades públicas e inspirada mais no *princípio da oportunidade* do que no *princípio da legalidade*.

Os poderes da Comissão resultantes do artigo 169.° do Tratado, prossegue a recorrida, são paralelos à faculdade reconhecida aos Estados-Membros pelo artigo 170.° do Tratado. Tal como a Comissão, os Estados-Membros têm a faculdade, mas não a obrigação de, nos termos do artigo 170.°, agir com vista a reprimir as eventuais infracções ao direito comunitário cometidas por outros Estados-Membros.

9. A Comissão sustenta, em seguida, que o artigo 90.°, n.° 3, do Tratado, tal como o artigo 169.°, não permite aos particulares impugnar a eventual recusa em tomar as medidas que estes propõem. A Comissão dispõe, tanto no âmbito do artigo 169.° como do artigo 90.°, n.° 3, de um amplo poder discricionário e não é obrigada, nem num caso nem no outro, a adoptar medidas específicas.

III — Análise da controvérsia

A — *O fundamento relativo ao artigo 169.°*

10. O recurso não tem fundamento, em minha opinião, no que respeita à possibilidade de impugnar a recusa pela Comissão do pedido da recorrente de iniciar o processo por incumprimento previsto no artigo 169.°

Prescindo de considerar o facto de o Tribunal de Justiça [3], em decisões anteriores, ter negado aos particulares o direito de recorrer aos órgãos jurisdicionais comunitários em situações semelhantes, dada a ampla discricionariedade de que goza a Comissão para ini-

3 — V. acórdãos de 14 de Fevereiro de 1989, Star Fruit, já referido, e de 17 de Maio de 1990, Sonito e o./Comissão (C-87/89, Colect., p. I-1981).

ciar e fazer prosseguir o processo em questão. Esta jurisprudência é constante, mas deve ser precisada. A pura e simples previsão do poder discricionário, mesmo que amplamente configurado, por princípio, não exime verdadeiramente a Comissão de agir segundo o princípio da legalidade e, portanto, não basta no presente caso para impedir que a actividade dessa instituição possa ser censurada por particulares em sede jurisdicional. Isto é confirmado pela abundante jurisprudência do Tribunal de Justiça em matéria de auxílios de Estado [4], que concilia a ampla discricionariedade administrativa da Comissão nesse sector do direito comunitário com a possibilidade de submeter a sua actuação ao controlo jurisdicional comunitário.

11. Em minha opinião, todavia, há outra razão para não reconhecer o direito reivindicado pelos recorrentes com o fundamento em análise, que diz respeito à própria natureza da norma em questão. O artigo 169.° do Tratado enquadra-se, em definitivo, entre as disposições destinadas a regular a ordem institucional da Comunidade e a garantir o seu bom funcionamento. Trata-se justamente de normas que dizem respeito apenas às relações entre os Estados-Membros e as instituições.

12. Apesar de o artigo 169.°, ao ser aplicado, criar indirectamente situações jurídicas de que os particulares podem retirar benefícios, isso não confere a estes últimos qualquer direito de intervir ou qualquer possibilidade de ingerência no procedimento estabelecido por essa disposição, nem os autoriza a censurar perante os tribunais o exercício das competências e faculdades de escolha reservadas à Comissão. O processo por incumprimento funciona, assim, no plano das relações interinstitucionais, que é inacessível aos particulares.

13. Certamente, poderia dizer-se que existe uma lacuna no sistema de tutela jurisdicional, por não ser permitido aos particulares exercer o controlo jurisdicional das decisões da Comissão de não dar início a um processo por incumprimento.

Todavia, colmatar essa lacuna com o poder de interpretação que compete ao Tribunal de Justiça comportaria, vendo bem, profundas alterações do quadro institucional; e isto precisamente num caso em que os autores do Tratado quiseram claramente configurar a norma em questão no sentido referido acima: o artigo 169.° insere-se no sistema do Tratado como disposição que regula as relações entre a Comissão e os Estados-Membros. É este o resultado a que conduz a interpretação sistemática da norma: basta pensar que a faculdade de intervenção nos processos por incumprimento instaurados pela Comissão, prevista no artigo 37.° do Estatuto do Tribunal de Justiça, é reconhecida apenas aos Estados-Membros e as instituições da Comunidade. O particular desaparece do panorama, mesmo na fase inicial de natureza pré-contenciosa. E daqui resulta que o parti-

4 — V., *ex multis*, acórdão de 28 de Janeiro de 1986, Cofaz e o./Comissão (C-169/84, Colect., p. 391), e, mais recentemente, acórdão de 15 de Junho de 1993, Matra/Comissão (C-225/91, Colect., p. I-3203, em especial n.° 41).

cular é desprovido de legitimidade para impugnar a eventual recusa pela Comissão dos seus eventuais pedidos de intervenção.

Não quero dizer com isto que o sistema jurídico comunitário, sob outros pontos de vista, deixe os particulares desprovidos de tutela. Não é assim. Os particulares podem sustentar perante os órgãos jurisdicionais nacionais a ilicitude do comportamento do Estado que entendam ser lesivo das obrigações comunitárias, suscitar, se for o caso, ao órgão jurisdicional nacional as questões prejudiciais a apresentar ao Tribunal de Justiça nos termos do artigo 177.° e beneficiar das vias de recurso que lhes são concedidas se as suas pretensões se revelarem fundadas, inclusivamente quanto ao ressarcimento dos danos. Estas considerações levam-me também a concluir que o primeiro fundamento da recorrente improcede.

B — *O fundamento relativo ao artigo 90.°, n.° 3*

14. Quanto ao segundo fundamento, diga-se desde já que a Comissão — bem como o Tribunal de Primeira Instância, pelo raciocínio subentendido na decisão recorrida — considera manifestamente o artigo 90.°, n.° 3, e o artigo 169.° como disposições paralelas, por assim dizer. O artigo 90.°, n.° 3, confere à Comissão poderes de controlo e vigilância sobre os Estados-Membros, no que respeita às empresas públicas e outras empresas equiparadas para os efeitos aqui em causa, que se configuram como discricionários substancialmente no mesmo sentido em que o são os procedimentos que a Comissão pode adoptar por força do artigo 169.° do Tratado. É esta ampla discricionariedade que impede, segundo o Tribunal de Primeira Instância (que neste ponto refere o seu acórdão proferido no processo Ladbroke/Comissão [5]), que os particulares possam promover a anulação das decisões *negativas*, de que é exemplo a decisão adoptada pela Comissão no presente caso. Este é o único argumento decisivo da fundamentação do despacho que é objecto do presente recurso. Portanto, há que examiná-lo mais de perto.

15. O artigo 90.°, n.° 3, ao contrário do artigo 169.°, insere-se no contexto das normas destinadas a proteger a concorrência e a regular o comportamento das empresas no mercado. Aqui trata-se, é verdade, de um tipo especial de empresa. O artigo 90.° do Tratado refere-se ao caso em que um Estado-Membro perturba o correcto desenvolvimento da concorrência através da influência que exerce sobre as empresas que controla ou às quais conferiu privilégios especiais. Por isso, esta norma é destinada a preservar os operadores económicos da ingerência que o Estado-Membro, por meio das relações que tem com as empresas que possuam as características nela previstas, possa exercer de modo a pôr em perigo as liberdades económicas fundamentais consagradas no Tratado. Essa disposição protege, portanto, a concorrência, sendo embora compatível com o

5 — Acórdão de 27 de Outubro de 1994 (T-32/93, Colect., p. II-1015).

cumprimento de direito e de facto da missão específica confiada às empresas do tipo aqui em consideração. Não poderia ser de outro modo.

16. O que deve ser dito, no entanto, é que os beneficiários das disposições do artigo 90.° são os operadores económicos. Dentro do seu âmbito de aplicação, as regras de protecção da concorrência aplicam-se em relação às categorias de empresas a que o artigo 90.° se refere, do mesmo modo que a todas as outras. O n.° 3 da disposição em análise prevê além disso que «a Comissão velará pela aplicação do disposto no presente artigo e dirigirá aos Estados-Membros, quando necessário, as directivas ou decisões adequadas».

17. Ora, não me parece que a letra e o espírito do artigo 90.° excluam, ao contrário do que entende o Tribunal de Primeira Instância, a possibilidade de submeter ao controlo jurisdicional as decisões de recusa adoptadas pela Comissão a respeito das denúncias dos particulares que esta não considerar merecedoras de acolhimento.

O artigo 90.° figura entre as outras regras de concorrência enunciadas no título V do Tratado. A inserção sistemática é significativa. A disposição alinha-se com outras que respeitam ao comportamento concorrencial das empresas, sobretudo com as que regulam os auxílios de Estado. A colocação e a finalidade da norma indicam, portanto, que os particulares não podem, no presente caso, ser privados da tutela jurisdicional de que gozam no sector vital da concorrência. É claro, em qualquer caso, que a disposição em análise não pode ser adequadamente equiparada ao artigo 169.° e a outras normas especificamente, e até exclusivamente, destinadas a disciplinar as relações institucionais no âmbito comunitário. O argumento do paralelismo entre o artigo 90.°, n.° 3, e o artigo 169.°, defendido pela Comissão, não procede.

18. Nem, em minha opinião, se pode acolher o ponto de vista adoptado pelo Tribunal de Primeira Instância, que decidiu a inadmissibilidade do recurso interposto pela interessada contra o despacho de recusa, sustentando essa conclusão também aqui com base no poder discricionário subjacente da instituição.

O poder discricionário da Comissão é tão amplo, diz o Tribunal, que esta instituição não tem qualquer obrigação de intervir nem, consequentemente, de fundamentar a eventual recusa de intervenção quanto aos pedidos que lhe são dirigidos pelas empresas interessadas. Isto comportaria a falta de legitimidade destes últimos sujeitos para interpor recursos contra as medidas através das quais a Comissão recusa emitir directivas ou adoptar decisões em relação aos Estados-Membros, cujo comportamento ilícito é denunciado pelo particular. A Comissão decidiria, portanto, não fazer uso de um poder que o Tribunal define como uma verdadeira *prerrogativa* que lhe está reservada pelo artigo 90.°, n.° 3.

19. Ora, em minha opinião, o Tribunal de Justiça é chamado no caso em apreço a reflectir sobre a jurisprudência que se formou, com os seus acórdãos e com os do Tribunal de Primeira Instância, quando o poder discricionário, por muito amplo que seja, é atribuído à Comissão numa matéria em que as razões do interesse público interferem no sistema do Tratado com as da livre concorrência, mas não ao ponto de as superar. Pensemos, por exemplo, no caso dos auxílios de Estado [6]. Onde há livre concorrência, há protecção dos particulares, que remonta aos fundamentos do mercado comum. O reconhecimento do carácter incontestável do poder discricionário, quando é um particular a promover o seu controlo, justifica-se plenamente enquanto a ordem jurídica comunitária quer regular exclusivamente interesses públicos e relações interinstitucionais. Já disse, todavia, que o presente caso se encontra num sector em que as exigências da concorrência se entrelaçam e devem ser conciliadas com as exigências tomadas em consideração pelo Tratado para salvaguardar interesses superiores de ordem geral, mesmo estatais, desde que relevantes para o direito comunitário.

20. O caso que nos diz respeito deve ser visto, em minha opinião, de modo diverso do do Tribunal de Primeira Instância. O caso é análogo a um caso em que seja invocada em juízo a admissibilidade do controlo jurisdicional sobre as decisões negativas em matéria de auxílios de Estado; uma decisão do género pode apresentar-se do seguinte modo: uma empresa concorrente solicita à Comissão que verifique se o auxílio concedido a outras empresas é compatível com o Tratado e esta recusa-se a tomar medidas nesse sentido. Quer neste último caso, quer no presente caso, compete à Comissão adoptar medidas que se dirijam aos Estados-Membros e os vinculem a determinadas regras de conduta. O Estado-Membro é, portanto, o destinatário natural das decisões e dos outros actos emanados da Comissão, nos termos tanto dos artigos 92.° e 93.°, como do artigo 90.° [7]. Isso não impede, parece-me, que um particular possa contestar em sede jurisdicional as medidas da Comissão no âmbito em que o artigo 90.° lhe reconhece o direito de lhe ser aplicada a disciplina comunitária de protecção da liberdade de empresa e de concorrência.

21. A conclusão a que cheguei merece mais uma precisão. Os requisitos subjectivos que aferem a legitimidade processual para impugnar as medidas da Comissão adoptadas com base nos artigos 92.° e 93.° e que se baseiam na jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância nesse sector aplicam-se, em minha opinião, na perspectiva em que enquadro o presente processo, também à situação dos particulares salvaguardada pelo artigo 90.°, n.° 3. Ora, o Tribunal de Primeira Instância não se debruçou sobre esse argumento do litígio. Considerou determinante, para os efeitos da sua decisão, a falta absoluta de legitimidade do particular para agir perante o carácter pertensamente incontestável da medida. O resultado é justi-

6 — V., entre os últimos, os acórdãos de 19 de Maio de 1993, Cook/Comissão (C-198/91, Colect., p. I-2487), e Matra/ /Comissão, já referido.

7 — V. acórdão de 12 de Fevereiro de 1992, Países Baixos e. o. / /Comissão (C-48/90 e C-66/90, Colect., p. I-565, em especial n.os 31 e 32).

ficado no despacho impugnado, como dizia, exclusivamente com o fundamento da amplitude do poder atribuído à Comissão. O erro está em não ter visto que esse poder encontra, no âmbito do artigo 90.°, n.° 3, os limites derivados do reconhecimento ao particular dos direitos subjectivos cujo desrespeito pode ser invocado pelo interessado perante o tribunal comunitário.

22. Na sequência das considerações desenvolvidas acima, entendo, portanto, que o despacho impugnado deve ser anulado, mas apenas na parte respeitante à inadmissibilidade do recurso quanto à recusa da Comissão em iniciar o procedimento previsto no artigo 90.°, n.° 3, do Tratado.

Tratando-se, aliás, de uma análise em boa parte relativa à prova de elementos de facto e a fim de garantir o direito ao duplo grau de jurisdição, julgo ser útil que o Tribunal de Primeira instância avalie se estão satisfeitas outras condições de admissibilidade do recurso e se pronuncie eventualmente sobre o mérito da causa.

IV — Quanto às despesas

23. Nos termos do artigo 122.° do Regulamento de Processo, compete ao Tribunal de Primeira Instância decidir quanto às despesas relativas ao recurso de anulação admitido pelo Tribunal de Justiça quando o processo é remetido para decisão ao Tribunal de Primeira Instância.

Visto que proponho a anulação do despacho impugnado e a remessa do processo ao Tribunal de Primeira Instância, competirá a este último pronunciar-se sobre as despesas da instância.

V — Conclusão

24. À luz das considerações acima expostas, proponho ao Tribunal de Justiça que:

«— anule o despacho de inadmissibilidade proferido pelo Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias de 23 de Janeiro de 1995, Bundesverband der Bilanzbuchhalter/Comissão (T-84/94);

— reserve ao Tribunal de Primeira Instância a decisão sobre as despesas da instância».