CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL JEAN MISCHO

apresentadas em 6 de Maio de 1999 *

1. A sociedade Atlanta AG (a seguir «recorrente») pede a anulação do acórdão do Tribunal de Primeira Instância proferido no processo T-521/93 [1], pelo qual esse Tribunal julgou improcedente o pedido de indemnização baseado no artigo 215.º do Tratado CE. A recorrente alegou perante o Tribunal de Primeira Instância uma série de argumentos por força dos quais considerava que a Comunidade tinha obrigação de a indemnizar pelo prejuízo que lhe causou a aplicação do Regulamento (CEE) n.º 404/93 do Conselho, de 13 de Fevereiro de 1993, que estabelece a organização comum de mercado no sector das bananas [2].

2. Como o Tribunal de Primeira Instância negou provimento a essa acção de indemnização, a recorrente interpôs recurso de anulação com base em seis fundamentos, que examinarei sucessivamente.

Quanto ao fundamento baseado na decisão do órgão de resolução de litígios da Organização Mundial do Comércio (OMC)

3. A recorrente alega, pela primeira vez, na sua réplica, que a organização comum de mercado no sector das bananas é ilegal perante o direito comunitário, em virtude de o órgão de resolução de litígios da Organização Mundial do Comércio (OMC) ter declarado, na sua decisão de 25 de Setembro de 1997, que o Regulamento n.º 404/93 é em grande parte incompatível com as regras da OMC.

4. Esta decisão, que vincula a Comunidade, implica que esta deve suspender a aplicação da organização comum de mercado. Além disso, constitui um facto novo por força do qual o Tribunal de Justiça deve anular o acórdão impugnado e remeter o processo para o Tribunal de Primeira Instância.

5. No que respeita à obrigação de a Comunidade suspender imediatamente a aplicação do Regulamento n.º 404/93, a recorrente não a inclui nos pedidos da sua réplica, na qual se limita a recordar os pedidos da sua petição tendo em vista a anulação do acórdão impugnado e a remessa do processo para o Tribunal de Primeira Instância.

6. Deduzo daqui portanto que a recorrente não pretendia formular na sua réplica um

* Língua original: francês.

1 — Acórdão de 11 de Dezembro de 1996, Atlanta e o./Comunidade Europeia (Colect., p. II-1707, a seguir «acórdão impugnado»).

2 — JO L 47, p. 1.

pedido novo tendo em vista obter do Tribunal de Justiça a suspensão da aplicação do Regulamento n.º 404/93. Se fosse formulado no âmbito de uma acção de indemnização, tal pedido teria sido, aliás, manifestamente inadmissível.

7. Quanto ao pedido da recorrente tendente à anulação do acórdão impugnado em virtude da decisão da OMC, deve recordar-se, antes de mais, que foi apresentado no âmbito de um recurso de anulação.

8. Por força do artigo 168.º-A do Tratado CE (actual artigo 225.º CE), os recursos são limitados às questões de direito. Concretamente, trata-se portanto de examinar se o Tribunal de Primeira Instância violou ou não o direito comunitário ao não ter tomado em consideração o carácter obrigatório das regras da OMC, tal como foram interpretadas pela decisão da OMC de 25 de Setembro de 1997.

9. Como esta ocorreu após a prolação do acórdão impugnado, não se pode, evidentemente, censurá-lo por não a ter tomado em consideração.

10. Todavia, a referida decisão, embora tivesse sido proferida após o acórdão impugnado, poderia constituir um argumento suplementar em apoio de um fundamento já invocado que se baseava no facto de o Tribunal de Primeira Instância não ter tido razão ao recusar-se a aceitar que a Comunidade tivesse violado as regras da OMC.

11. Mas, para isto, seria ainda necessário que esse fundamento tivesse sido invocado na apresentação do recurso pela recorrente, o que não aconteceu.

12. Ora, não havia nada que impedisse que a recorrente tivesse contestado, no seu recurso, a conclusão do Tribunal de Primeira Instância segundo a qual a sociedade Atlanta não podia, de modo algum, apoiar-se nas disposições do Acordo Geral sobre Pautas Aduaneiras e Comércio (a seguir «GATT»).

13. Designadamente, poderia ter alegado, como declarou o Conselho na audiência, que o acórdão impugnado deveria ter tomado em consideração as implicações da substituição do GATT pelo acordo OMC, e nomeadamente o reforço das disposições relativas à resolução de litígios.

14. Por conseguinte, qualquer que seja o ponto de vista em que nos situemos, a decisão da OMC é totalmente irrelevante no que toca à apreciação pelo Tribunal de Justiça do mérito do recurso.

15. A recorrente também não pode invocar o artigo 42.º do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça que prevê que é

proibido deduzir novos fundamentos no decurso da instância, a menos que tenham origem em elementos de direito e de facto que se tenham revelado durante o processo.

16. Esta possibilidade deve ser interpretada restritivamente, visto que se trata de uma excepção à proibição da dedução de novos fundamentos. Daqui resulta que só pode ser invocada quando a parte interessada não podia deduzir este fundamento mais cedo, em virtude da sua conexão com um novo elemento de direito e de facto.

17. *A contrario*, não se pode permitir que uma parte tome como pretexto um facto novo para deduzir, num estádio ulterior do processo, um fundamento que poderia perfeitamente ter invocado anteriormente.

18. Ora, já vimos acima que a recorrente poderia ter apresentado na fase do recurso uma argumentação baseada no carácter obrigatório das disposições do GATT, acordo a que a OMC sucedeu.

19. A recorrente salienta, todavia, que não se apoia numa eventual violação das disposições substantivas do GATT, ou da OMC. Com efeito, o fundamento invocado é bastante mais restrito e tem natureza diferente. Baseia-se no carácter obrigatório, para a Comunidade, de uma decisão do órgão de resolução de litígios da OMC. A violação do direito por ela praticada consiste, portanto, no facto de aplicar à recorrente uma regulamentação sem curar do efeito obrigatório, para a Comunidade, da decisão do órgão de resolução de litígios da OMC.

20. Deve, no entanto, notar-se que o efeito obrigatório da decisão resulta necessariamente do facto de a Comunidade estar vinculada ao acordo OMC no seu todo. Ele está indissoluvelmente ligado à alegada incompatibilidade do comportamento da Comunidade com as disposições da OMC. A circunstância de se tratar de disposições que dizem mais respeito à resolução de litígios do que de disposições de fundo é indiferente neste plano, tanto mais que a decisão do órgão de resolução de litígios resulta da aplicação das referidas disposições de fundo.

21. É portanto incontestável que, com este fundamento, a recorrente pretende censurar ao acórdão impugnado o não ter tomado em consideração o efeito obrigatório do acordo OMC, que sucedeu ao acordo GATT. Ora, como já salientei, a recorrente devia ter incluído esse fundamento no seu recurso e devia ter impugnado a conclusão do Tribunal de Primeira Instância segundo a qual não podia invocar as disposições do GATT.

22. Resulta do que precede que este fundamento é inadmissível.

23. A título subsidiário, faço notar, de passagem, que seria, em todo o caso, improcedente. Com efeito, a recorrente não se podia fundar utilmente na incompatibilidade do Regulamento n.º 404/93 com o Acordo OMC para contestar a argumentação do Tribunal de Primeira Instância. Este, fazendo referência ao acórdão do Tribunal de Justiça [3] relativo ao recurso de anulação interposto pela República Federal da Alemanha contra o mesmo regulamento, decidiu que a recorrente não podia invocar uma eventual violação do GATT. Por conseguinte, não tinha que determinar se tal violação existia ou não no caso concreto e não se pronunciou a esse propósito.

24. Além disso, ainda que se devesse, *quod non*, adoptar a interpretação da recorrente e aceitar que não se pode considerar que o fundamento que se baseava no não acatamento da decisão de 25 de Setembro de 1997 consiste, na realidade, em invocar a incompatibilidade do Regulamento n.º 404/93 com o acordo OMC como tal e que não podia ter sido suscitado antes da decisão do órgão de resolução de litígios, nem por isso a causa da recorrente teria mais êxito.

25. Com efeito, seria preciso determinar se esta decisão é susceptível de constituir o fundamento de tal responsabilidade. Resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça [4] que, para determinar a responsabilidade da Comunidade, a norma cuja violação é alegada deve ter em vista proteger a situação dos particulares. Coloca-se, por conseguinte, a questão de saber se esta decisão é de molde a conceder aos particulares a protecção que a recorrente reclama.

26. Esta questão deve ser examinada, tendo em conta as características do sistema de resolução de litígios da OMC, sem que seja necessário decidir se se deve estender ao acordo OMC a jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa à possibilidade de invocar as disposições do GATT.

27. Ora, como resulta claramente das disposições do memorando de entendimento sobre o sistema de resolução de litígios da OMC, uma decisão do órgão de recurso não impõe à parte cuja legislação foi considerada contrária às disposições da OMC que esta a altere imediatamente.

28. Com efeito, o artigo 21.º, n.º 3, do referido memorando determina expressamente que uma parte membro da OMC disporá de um «prazo razoável» para dar cumprimento à decisão do órgão de recurso. No caso que ora nos ocupa, este prazo foi fixado em quinze meses, período durante o qual as regras da OMC em nada impedem, portanto, que se mantenha em vigor a organização comum de mercado. *A fortiori*, não se pode considerar que elas

3 — Acórdão de 5 de Outubro de 1994, Alemanha/Conselho (C-280/93, Colect., p. I-4973).

4 — V., por exemplo, o acórdão de 2 de Dezembro de 1971, Zuckerfabrik Schöppenstedt/Conselho (5/71, Colect., p. 375).

imponham qualquer obrigação de reparação para a aplicação dessa regulamentação.

29. Por força do artigo 22.° do memorando de entendimento sobre a resolução de litígios, a manutenção da regulamentação controvertida era, aliás, possível durante um lapso de tempo mais longo, desde que as partes no sistema de resolução de litígios celebrassem um acordo de compensação. Na falta deste, essa manutenção não está, aliás, excluída, mas torna-se susceptível de justificar medidas de retaliação da parte queixosa.

30. É portanto forçoso declarar que os direitos que uma decisão do órgão de recurso visa conferir aos particulares estão longe de ter a extensão que a recorrente pretende que lhes seja reconhecida.

31. Contrariamente, por exemplo, a um acórdão que declare um incumprimento, essa decisão implica unicamente uma obrigação de dar remédio à ilicitude para o futuro, dentro de certas condições.

32. Daqui resulta, no presente caso, que a recorrente não se pode arrimar nem às disposições do memorando de entendimento sobre a resolução de litígios, nem sequer a uma decisão do órgão de recurso, para invocar uma obrigação de indemnização, que impenda sobre a Comunidade, pela aplicação da regulamentação em causa.

Quanto ao fundamento baseado na responsabilidade devido a um acto legislativo legal

33. A recorrente considera que o Tribunal de Primeira Instância não teve razão ao rejeitar como inadmissível por extemporâneo o seu fundamento baseado na responsabilidade devido a um acto legislativo legal.

34. Salienta, em primeiro lugar, que já tinha exposto esta tese na petição, ao alegar a existência de um prejuízo especial e grave (Sonderopfer) por si sofrido. Não se trata pois de um novo fundamento e o Tribunal de Primeira Instância deveria tê-lo examinado.

35. É, no entanto, forçoso declarar que todas as referências ao «prejuízo especial e grave» constantes da petição se situam num contexto diferente do da responsabilidade devido a um acto legislativo legal. Assim, a noção é evocada para comprovar a admissibilidade do recurso de anulação interposto pela recorrente contra o Regulamento n.° 404/93 e para apoiar a tese de uma violação do princípio da protecção da confiança legítima, do princípio da proporcionalidade ou ainda do direito de propriedade.

36. A noção de «prejuízo especial e grave» só consta portanto da petição no contexto da existência de um acto ilícito.

37. Isto revela-se de um modo especialmente claro no n.º 372 da petição, a que a recorrente e o Governo francês aludem. Como acentua este último, trata-se do único passo da petição relativo à responsabilidade da Comunidade que contém uma referência à noção de «Sonderopfer», e insere-se numa passagem intitulada «violação caracterizada do direito» no capítulo relativo ao «comportamento ilegal do Conselho e da Comissão». Além disso, a recorrente insiste aí na própria ilegalidade do prejuízo causado, devido ao seu carácter especial e grave e não na possibilidade de ver aí o fundamento de uma responsabilidade devido a um acto legal.

38. A recorrente afirma, além disso, que a sua tese não pode ser considerada um «novo fundamento», no sentido da proibição resultante do artigo 48.º, n.º 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância e do artigo 42.º, n.º 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, mas, quando muito, um argumento novo em apoio de um fundamento já exposto, sendo portanto admissível.

39. É, todavia, com toda a razão que o Governo francês recorda a jurisprudência do Tribunal de Justiça, segundo a qual a proibição de novos fundamentos aplica-se à invocação, no âmbito de uma acção de responsabilidade, da inobservância por um acto comunitário de uma norma jurídica de hierarquia superior que não foi mencionada na petição [5].

5 — Acórdão de 11 de Março de 1987, Rau e o. (279/84, 280/84, 285/84 e 286/84, Colect., p. 1069, n.os 37 e 38).

40. Ora, no presente caso, a recorrente não se limita a invocar um fundamento de ilegalidade diferente, mas também abandona toda e qualquer referência à noção de ilegalidade para tentar basear a responsabilidade num acto legal.

41. Como o Tribunal de Justiça julgou que a invocação de um fundamento de ilegalidade diferente cai já sob a alçada da proibição de fundamentos novos, é claro, *a fortiori*, que esta se aplica a uma argumentação que altera o fundamento da alegada responsabilidade, ao renunciar a qualquer referência a uma ilegalidade eventual.

42. A recorrente alega, todavia, que a responsabilidade devido a um acto legal e a que resulta de um acto ilícito são de tal modo semelhantes que não se pode falar de novo fundamento neste contexto.

43. Com efeito, os dois argumentos prosseguem o mesmo objectivo, ou seja, a reparação do prejuízo, baseiam-se nos mesmos factos e apoiam-se no mesmo artigo do Tratado, isto é, no artigo 215.º do Tratado CE (actual artigo 288.º CE).

44. Considero, no entanto, que essas semelhanças têm um tal grau de generalidade que delas não se pode tirar a conclusão de que se está aqui em presença de um único e idêntico fundamento.

45. Bem mais determinantes me parecem ser, pelo contrário, as diferenças entre as duas teses. Como salienta a Comissão, e contrariamente ao que a recorrente expõe, esses dois tipos de responsabilidade baseiam-se em razões fundamentalmente diferentes.

46. A responsabilidade por acto ilícito resulta de três elementos: a ilicitude, o dano e o nexo de causalidade entre os dois. Desde que resulte do acto ilícito, o dano não carece de ter um carácter especial e grave.

47. Pelo contrário, a responsabilidade devido a um acto legal baseia-se unicamente no facto de o acto ter provocado um dano específico. São as características deste último que constituem o fundamento da responsabilidade, na falta de qualquer acto ilícito.

48. Como diz a Comissão, essas duas noções de responsabilidade excluem-se portanto mutuamente, em vez de se completarem, como afirma a recorrente.

49. Eu acrescentaria que, como foi, aliás, salientado pelo Conselho, as peças escritas da própria recorrente revelam que ela nem sempre tem uma concepção tão ampla da noção de fundamento. Assim, ela própria qualifica, com toda a razão, como fundamentos autónomos os diferentes princípios cuja violação alega.

50. Ora, se ela aplicasse de maneira coerente os critérios que procura fazer vingar no contexto da responsabilidade devido a um acto legal, deveria referir que todos esses princípios constituem, no melhor dos casos, simples argumentos em apoio do mesmo fundamento.

51. Também me não convencem os argumentos que a recorrente procura extrair de uma apreciação teleológica da proibição de novos fundamentos, que consta do Regulamento de Processo.

52. Ela considera, com efeito, que esta disposição tem como objectivo evitar, por um lado, que os prazos processuais possam ser fraudados e, por outro, que os direitos de uma parte possam ficar comprometidos. Ora, no presente caso, nenhum prazo foi fraudado, visto que a recorrente poderia ter interposto novo recurso com base na responsabilidade devido a um acto legal. Permitir-lhe que apresentasse este fundamento no âmbito do presente processo é, portanto, não só possível, mas é mesmo desejável do ponto de vista da economia processual.

53. Além disso, a posição dos demandados não seria de modo algum afectada.

54. Esta argumentação redunda em justificar a apresentação de um fundamento na fase da réplica pela consideração de que ainda falta a tréplica e a audiência para que

o referido fundamento seja discutido. Ignora-se assim o facto de o objectivo dessas disposições do Regulamento de Processo ser justamente permitir que o demandado tome posição a partir da contestação sobre todos os fundamentos contra ele apresentados.

55. Além disso, a interpretação proposta opõe-se ao facto de a letra do Regulamento de Processo excluir claramente a apresentação de novos fundamentos em circunstâncias tais como as do presente caso. A recorrente procura assim fazer prevalecer uma interpretação *contra legem*.

56. Resulta do que precede que o Tribunal de Primeira Instância teve razão em rejeitar por extemporâneo o fundamento baseado na responsabilidade devido a um acto legal. Não é, pois, necessário examinar os diferentes argumentos invocados quanto ao mérito desse fundamento.

Quanto ao fundamento baseado em violação dos direitos de defesa

57. A tese defendida, no presente caso, pela recorrente demonstra que, do mesmo modo que ela não vê qualquer distinção entre responsabilidade por acto ilícito e responsabilidade sem culpa, também não se detém a analisar a diferença de natureza existente entre um acto normativo e um acto individual.

58. A recorrente censura, com efeito, o Tribunal de Primeira Instância por ter considerado, sem razão, que o direito de ser ouvido num processo administrativo relativo a uma pessoa específica não pode ser transposto no contexto de um processo legislativo conducente à adopção de medidas gerais.

59. Considera, pelo contrário, que os direitos processuais de que um particular dispõe para se defender contra uma lesão nunca podem ser função da forma que esta lesão assume e que este princípio está consagrado no artigo 173.°, quarto parágrafo, do Tratado.

60. Acrescenta que o Tribunal de Primeira Instância apresentou a sua opinião sob a forma de afirmações não provadas e não fundamentou, por conseguinte, a sua decisão.

61. A tese da recorrente não me convence.

62. Com efeito, o artigo 173.° do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 230.° CE), quarto parágrafo, que ela cita em apoio da sua argumentação, não

lhe vem servir de esteio. Esta disposição consagra o princípio de que um particular só pode interpor recurso de anulação dos actos que lhe digam directa e individualmente respeito.

63. Não se pode deduzir daqui logicamente, como faz a recorrente, que as exigências dos direitos de defesa seriam as mesmas tanto no contexto de tais actos como no de actos normativos.

64. Os exemplos jurisprudenciais referidos pela recorrente, relativos nomeadamente às medidas *antidumping*, também não são mais convincentes. Com efeito, trata-se sempre de actos que o Tribunal de Justiça considerou que diziam directa e individualmente respeito aos particulares recorrentes. Estes estavam, portanto, em condições de impugnar os referidos actos e de fazer vingar nomeadamente os direitos de defesa.

65. É por causa da maneira como as empresas recorrentes eram afectadas pelos actos controvertidos que era necessário proteger os direitos de defesa. Esta última noção só pode portanto conceber-se quando a posição individual de uma empresa estiver directamente em causa.

66. Pelo contrário, quando uma empresa for afectada por um acto normativo do mesmo modo que todos os operadores que caibam na mesma categoria, a conexão entre a sua situação individual e o acto controvertido muda de natureza. A lesão aos seus direitos já não apresenta um carácter de individualidade tal que se possa considerar a empresa como demandada num processo administrativo e gozando, nessa condição, dos direitos de defesa.

67. Ora, por despacho de 21 de Junho de 1993 (processo C-280/93, que passou a processo T-521/93) [6], o Tribunal de Justiça rejeitou o recurso de anulação interposto pelas recorrentes contra o Regulamento n.º 404/93 com o fundamento de que este acto não lhes dizia directa e individualmente respeito.

68. Elas não tinham, por conseguinte, direito de invocar os direitos de defesa para pedirem que as consultassem aquando da aprovação do Regulamento n.º 404/93.

69. O Tribunal de Primeira Instância teve, pois, razão em considerar que, «no âmbito de um processo de adopção de um acto comunitário baseado num artigo do Tratado, as únicas obrigações de consulta que se impõem ao legislador comunitário são as que constam do artigo em causa».

70. Deve, por conseguinte, rejeitar-se igualmente este fundamento.

6 — Não publicado na Colectânea.

Quanto ao fundamento baseado em violação dos princípios da não discriminação e do livre exercício de uma actividade económica

71. A recorrente defende que o Tribunal de Primeira Instância deveria ter concluído que, mesmo se o Regulamento n.º 404/93 fosse, segundo a expressão da recorrente, válido *in abstracto*, a aplicação do regulamento à sua situação concreta estava, porém, ferida de ilegalidade, porque violava os princípios da não discriminação e do livre exercício de uma actividade económica.

72. É interessante situar a presente tese na evolução do pensamento da recorrente. Esta fundamentou a sua petição perante o Tribunal de Primeira Instância numa argumentação baseada na ilegalidade do acto impugnado. Na sequência dos acórdãos em sentido contrário proferidos pelo Tribunal de Justiça, apoiou-se, na fase da réplica, numa responsabilidade devido a um acto legal. Após o Tribunal de Primeira Instância se ter pronunciado no sentido da extemporaneidade desse fundamento, e sem renunciar a esta metodologia, a recorrente combina agora as duas teses, ao aceitar a validade do Regulamento n.º 404/93, num plano abstracto, ao mesmo tempo que a contesta, no plano da sua aplicação concreta.

73. Tem-se, por conseguinte, a tentação muito forte de dar razão à Comissão quando esta escreve que «a argumentação da recorrente no recurso de anulação... mostra que esta tese constitui uma construção jurídica determinada tão-só pelo objecto do recurso e puramente imaginária».

74. Como quer que seja, o Conselho teve razão em alegar que a argumentação acima exposta redunda na prática em invocar uma responsabilidade sem culpa da Comunidade. Com efeito, em ambos os casos, estamos em presença de um acto regulamentar legal que deve, no entanto, acarretar uma obrigação de indemnização. Numa das hipóteses, esta resulta directamente do carácter especial e grave do prejuízo e, na outra, resulta daí indirectamente, já que o carácter especial e grave do prejuízo tem como consequência que a aplicação do Regulamento n.º 404/93 à recorrente é ilegal, acarretando portanto a responsabilidade do legislador.

75. Dito isto, não partilho do ponto de vista do Conselho, segundo o qual esta declaração só por si permite considerar que este fundamento é idêntico ao anterior, sendo, por conseguinte, inadmissível. Com efeito, é necessário examinar se este fundamento, ainda que leve ao mesmo resultado que o fundamento anterior, se não escora numa base diferente, sendo, portanto, admissível por essa via.

76. O fundamento teórico da interessante tese da recorrente reside numa concepção em duas fases da protecção dos direitos fundamentais.

77. Trata-se, antes de mais, de determinar se as disposições de um acto normativo são

compatíveis, num plano geral e abstracto, com os direitos fundamentais. Em caso de resposta afirmativa, deve examinar-se se a aplicação concreta e individual das disposições controvertidas à situação concreta e individual em que se encontra um particular é compatível com os direitos fundamentais desse particular.

78. Como a Comissão salienta, é exacto que se pode considerar que a protecção dos direitos fundamentais intervém a dois níveis.

79. Com efeito, os direitos fundamentais impõem-se, antes de tudo, ao legislador aquando da aprovação do acto normativo. Impõem-se, em seguida, às autoridades encarregadas de aplicar o regulamento.

80. Mesmo que as suas disposições sejam conformes aos direitos fundamentais, pode ainda acontecer que os actos individuais de aplicação adoptados pelas autoridades encarregadas da sua execução sejam contrários aos direitos fundamentais. É contra tais actos que o particular deverá agir para obter a respectiva declaração de invalidade.

81. Esta não se repercutirá, de modo algum, nas disposições do regulamento. Com efeito, é só se a violação dos direitos fundamentais resultante dos actos de execução constituir uma consequência directa e necessária das disposições regulamentares que a validade destas será por isso afectada. Mas, nesse caso, não terá sido possível declarar previamente a conformidade das referidas disposições com os direitos fundamentais.

82. Com efeito, não é concebível que um regulamento seja válido em abstracto e não o seja quando for aplicado num caso concreto.

83. A declaração pelo Tribunal de Justiça da conformidade de um regulamento com uma determinada norma superior não se situa a um grau de abstracção tal que o referido regulamento possa, na fase de aplicação, acarretar uma violação da mesma norma. Com efeito, se assim fosse, não se vê que significado teria a declaração do Tribunal de Justiça cujo grau de abstracção seria tal que ela se tornaria, na realidade, vazia de qualquer conteúdo.

84. Os princípios invocados no presente caso pela recorrente constituem uma perfeita ilustração disto. Por exemplo, no caso do princípio da não discriminação, o Tribunal de Justiça declarou que o Regulamento n.º 404/93 não violava esse princípio.

85. Se as palavras têm um sentido, esta declaração, por mais abstracta que seja, significa que não existe qualquer hipótese de as disposições do Regulamento n.º 404/93 violarem o referido princípio. Por conseguinte, não se vê como é que um recorrente, sejam quais forem as características da sua situação individual, pode sustentar que, ao serem-lhe aplicadas, afora

qualquer acto de execução eventualmente ilícito, as disposições do regulamento violam o princípio da não discriminação. Se tal situação existisse, o Tribunal de Justiça não poderia muito simplesmente ter declarado a conformidade do regulamento com o referido princípio.

86. O mesmo se diga quanto ao princípio do livre exercício de uma actividade económica.

87. Foi, por conseguinte, com toda a razão que, apoiando-se na jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa ao Regulamento n.º 404/93, o Tribunal de Primeira Instância rejeitou os fundamentos baseados nos dois princípios em causa.

88. Deve, por conseguinte, rejeitar-se igualmente este fundamento do recurso.

Quanto ao fundamento baseado em violação do princípio da protecção da confiança legítima

89. A argumentação da recorrente baseada em violação do princípio da protecção da confiança legítima revela uma interpretação da natureza deste princípio que não corresponde àquela que resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça.

90. A recorrente insiste, com efeito, na especificidade da sua situação para fundamentar uma confiança legítima na aplicação de um regime de transição que lhe evitasse as consequências nefastas resultantes da entrada em vigor do Regulamento n.º 404/93. Refere, em especial, o volume dos seus investimentos ameaçados, a impossibilidade de encontrar fontes de abastecimento alternativas e a necessidade de honrar determinados contratos de navegação.

91. Todas essas considerações são todavia irrelevantes neste contexto. Com efeito, resulta claramente da jurisprudência que não são as características específicas da situação de um operador que acarretam a aplicação do princípio da protecção da confiança legítima, mas unicamente o comportamento das autoridades. É porque este foi de molde a suscitar entre os operadores uma expectativa relativa a medidas susceptíveis de serem tomadas pelas referidas autoridades que eles podem exigir que seja protegida essa confiança legítima.

92. Ora, no presente caso, a recorrente não apresenta, nem pode aliás apresentar, qualquer indício de tal comportamento do legislador. Pelo contrário, o próprio texto do protocolo «bananas», anexo à convenção de aplicação relativa à associação dos países e territórios ultramarinos à Comunidade e parte integrante do Tratado, confirma a natureza transitória deste. Além disso, os operadores nunca puderam ter dúvidas quanto ao facto de a construção do mercado interno dever implicar o fim dos

regimes de importação de bananas diferenciados consoante os Estados-Membros.

93. Daqui resulta que foi com toda a razão que o Tribunal de Primeira Instância rejeitou o argumento da recorrente baseado na violação do princípio da protecção da confiança legítima, recordando a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça segundo a qual

«um operador económico também não pode invocar um direito adquirido ou uma confiança legítima na manutenção de uma situação existente que pode ser modificada por decisões tomadas pelas instituições comunitárias no âmbito do seu poder de apreciação...» [7].

94. Resulta do precede que não é necessário analisar a argumentação da recorrente segundo a qual o Tribunal de Primeira Instância interpretou restritivamente as condições de aplicação do princípio, exigindo que o legislador tenha dado «garantias precisas», em vez de fazer nascer «fundadas esperanças».

95. Como quer que seja, como já vimos, não indica qualquer elemento que permita concluir pela existência de um comportamento do legislador que caiba no âmbito de qualquer uma dessas expressões.

7 — V. acórdão Alemanha/Conselho, já referido, n.º 80.

Quanto ao fundamento baseado na delegação pretensamente ilegal do poder legislativo do Conselho à Comissão

96. A recorrente defende que o Conselho deveria ter definido, ele próprio, no Regulamento n.º 404/93, a noção de operador. Com efeito, esta noção constitui um dos elementos essenciais da organização comum do mercado da banana criada pelo referido regulamento e não pode ser considerada uma simples modalidade de execução, cuja definição o Conselho podia delegar à Comissão.

97. Além disso, ao não consagrar uma só palavra a este fundamento autónomo, o Tribunal de Primeira Instância não cumpriu a sua obrigação de fundamentar a rejeição deste fundamento.

98. Os «fundamentos baseados numa violação das disposições relativas ao processo legislativo» foram apreciados pelo Tribunal de Primeira Instância nos n.os 77 e 78 do acórdão impugnado, após terem sido descritos do seguinte modo na primeira frase do n.º 75:

«No que se refere ao fundamento baseado numa violação das disposições relativas ao processo legislativo, as demandantes alegam, em substância, que o Conselho não respeitou o direito de iniciativa da Comissão e que o Parlamento devia ter sido de novo consultado após ter sido alterada a proposta inicial da Comissão.»

99. É forçoso declarar que, mesmo se esta descrição vem acompanhada do qualificativo «em substância», não se pode encontrar aí qualquer alusão ao fundamento suscitado pela recorrente.

100. Quanto à análise deste pelo Tribunal de Primeira Instância, este último refere-se, no n.º 77 do seu acórdão, ao acórdão Alemanha/Conselho, já referido, n.ºs 27 a 43 inclusive. Ora, estes referem-se a três questões: uma violação do direito de iniciativa da Comissão, uma falta de fundamentação e a inexistência de uma nova consulta do Parlamento.

101. Não se encontra aí, pelo contrário, nenhuma referência ao fundamento baseado na delegação de poderes ilegal do Conselho à Comissão, o que não é, de modo algum, surpreendente, pois esse fundamento não parece ter sido invocado perante o Tribunal de Justiça pelo Governo alemão.

102. Ora, contrariamente ao Governo francês, considero que o Tribunal de Primeira Instância não podia considerar que as recorrentes tinham retirado esse fundamento. Com efeito, no âmbito das observações que tinham apresentado em 16 de Janeiro de 1996, a pedido do Tribunal de Primeira Instância, sobre as consequências que o acórdão Atlanta Fruchthandelsgesellschaft e o. [8] devia ter para o processo em curso e a que se refere o Governo francês, as recorrentes tinham precisado que mantinham todos os seus fundamentos. É certo que acrescentavam que iam «concentrar-se» em quatro dentre eles. Isto implica igualmente, *a contrario*, a manutenção dos outros fundamentos.

103. Considero portanto que o Tribunal de Primeira Instância não teve razão em não ter tomado posição em relação ao fundamento baseado na delegação de poderes ilegal do Conselho à Comissão. Deve, por conseguinte, anular-se o acórdão impugnado na medida em que diga respeito à sociedade Atlanta, a única das recorrentes que interpôs recurso.

104. Os autos são, no entanto, suficientemente completos no que toca a este fundamento para permitir que o Tribunal de Justiça decida por si próprio. Não se deve, portanto, remeter o processo ao Tribunal de Primeira Instância.

105. O exame do Regulamento n.º 404/93 revela uma série de elementos, que foram postos em evidência pelo Governo francês, e que são de molde a carrear esclarecimentos suficientes quanto à noção de operador na acepção do referido regulamento. Deve notar-se, aliás, que este termo é comummente utilizado no contexto das organizações comuns de mercado. O Conselho não tinha, portanto, que dar uma definição genérica desse termo.

106. Assim, o artigo 19.º, n.º 1, segundo parágrafo, do Regulamento n.º 404/93 esclarece que esses operadores devem estar

8 — Acórdão de 9 de Novembro de 1995 (C-466/93, Colect., p. I-3799).

«estabelecidos na Comunidade» e devem ter comercializado «por sua própria conta uma quantidade mínima, a determinar, de bananas das origens acima referidas».

107. As referidas origens resultam, nomeadamente, do décimo terceiro considerando do Regulamento n.º 404/93, que precisa que «a gestão do contingente pautal deve ser efectuada distinguindo, por um lado, os operadores que comercializaram num período anterior bananas dos países terceiros e bananas não tradicionais dos países ACP e, por outro, os operadores que comercializaram, num período anterior, bananas produzidas na Comunidade e bananas tradicionais dos países ACP, reservando ao mesmo tempo uma quantidade disponível para os novos operadores que iniciaram recentemente uma actividade comercial ou vão iniciar uma actividade comercial neste sector».

108. O artigo 15.º, n.º 5, do Regulamento n.º 404/93, tal como estava em vigor aquando da interposição do recurso, define a noção de «comercialização» como sendo a colocação no mercado, com exclusão do estádio de colocação do produto à disposição do consumidor final.

109. Finalmente, resulta do décimo quinto considerando do regulamento que, «ao adoptar critérios suplementares a que os operadores devem obedecer, a Comissão se orientará pelo princípio de que as licenças deverão ser concedidas a pessoas singulares ou colectivas que tenham assumido o risco comercial da comercialização de bananas e pela necessidade de evitar perturbações nas relações comerciais normais entre pessoas que ocupem pontos diferentes na cadeia de comercialização».

110. O Conselho cumpriu, por conseguinte, as suas obrigações de legislador, visto que definiu os elementos essenciais da matéria a regular, como a jurisprudência determinou ser seu dever [9]. O Conselho não fez mais do que atribuir à Comissão as competências de execução das normas que estabelece, nos termos do artigo 145.º do Tratado CE (actual artigo 202.º CE).

111. Deve, por conseguinte, concluir-se que este fundamento também não pode servir de base ao recurso da recorrente.

Quanto aos outras requisitos da responsabilidade extracontratual da Comunidade

112. A recorrente censura ao Tribunal de Primeira Instância só ter examinado, entre os requisitos da responsabilidade por acto ilícito, o que é relativo à ilegalidade do acto, ao passo que os outros requisitos estavam preenchidos.

9 — V., por exemplo, o acórdão de 17 de Dezembro de 1970, Köster e Berodt (25/70, Colect. 1969-1970, p. 659, n.º 6).

113. Como recordou, com toda a razão, o Tribunal de Primeira Instância, é de jurisprudência constante que a responsabilidade extracontratual da Comunidade depende da reunião de três condições, ou seja, um comportamento ilegal, a realidade do dano e a existência de um nexo de causalidade entre os dois.

114. Tendo comprovado a falta do primeiro requisito, o Tribunal de Primeira Instância já não tinha que examinar os outros.

Quanto aos elementos de facto invocados pela recorrente

115. A recorrente descreve com alguma insistência certos elementos de facto que considera serem específicos da sua situação. Sem extrair deles formalmente um fundamento para o recurso de anulação, parece todavia censurar o Tribunal de Primeira Instância por não os ter tomado em consideração.

116. Deve esclarecer-se, a este propósito, que, contrariamente ao que afirma a recorrente, esses elementos não são incontestados. Com efeito, o Governo francês contesta formalmente tanto a própria existência do prejuízo como o seu carácter específico para as recorrentes na acção perante o Tribunal de Primeira Instância, em comparação com todos os outros importadores de bananas «países terceiros», ou ainda o nexo de causalidade com a adopção do Regulamento n.º 404/93.

117. Além disso, as considerações em questão são irrelevantes. Com efeito, qualquer que seja o carácter grave e especial do prejuízo alegado, não permitiria ultrapassar o obstáculo da inadmissibilidade, no qual soçobrou esta tese da recorrente.

118. Pelas razões acima expostas, estas considerações também não permitem pôr em causa a legalidade da aplicação do Regulamento n.º 404/93.

119. Acrescentarei ainda que a circunstância, invocada pela recorrente, de a interpenetração dos mercados tida em vista pelo legislador não se ter realizado não é em si mesma de molde a pôr em causa a validade do Regulamento n.º 404/93, não tendo havido erro manifesto de apreciação por parte do legislador. Se as medidas por este tomadas não estiverem feridas desse erro, o facto de não terem produzido o efeito pretendido não afecta a sua validade.

120. Finalmente, deve notar-se que a recorrente considera que uma parte do mercado lhe está fechada em razão da existência de contratos de entrega a longo prazo. Esta consideração também não pode afectar a validade do Regulamento n.º 404/93, mas é antes, pelo contrário, susceptível de caber no âmbito de aplicação das regras de concorrência do Tratado, sendo certo, aliás, que se pode pressupor que a recorrente tem consciência disso.

Conclusão

121. Tendo em conta o que precede, proponho que o Tribunal de Justiça decida o seguinte:

«— o acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 11 de Dezembro de 1996, Atlanta e o./Comunidade Europeia (T-521/93), é anulado na medida em que rejeitou a acção da sociedade Atlanta AG;

— a acção de indemnização intentada pela sociedade Atlanta AG contra a Comunidade Europeia é rejeitada;

— a Atlanta AG é condenada nas despesas.»