CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL CARL OTTO LENZ

apresentadas em 26 de Janeiro de 1993 *

Senhor Presidente,
Senhores Juízes,

A — Introdução

1. O recurso de anulação e a acção de indemnização que ora nos ocupam foram instaurados contra a Comissão por uma empresa que executou obras no âmbito de um projecto financiado, nos termos da primeira Convenção de Lomé [1], pelo quarto Fundo Europeu de Desenvolvimento (a seguir «FED»), a qual apresentou facturas relativas a essas obras, que não foram pagas. A recorrente contesta o comportamento da Comissão, tanto como terceiro arrestado, aquando do arresto que requereu para cobrar a sua dívida, como na sua qualidade de administradora do FED (v. o artigo 11.°, n.° 1, do acordo interno de 11 de Julho de 1975 [2], relativo ao quarto FED, bem como o artigo 9.°, n.° 1, do Regulamento Financeiro de 27 de Julho de 1976 [3], que dele resulta).

2. No âmbito de um projecto do Estado do Burkina Faso para criar pontos de abastecimento de água na província de Comoe, projecto esse abrangido por um acordo de financiamento de 15 de Dezembro de 1987 entre esse Estado e a Comunidade [4], foi aberto concurso público para a realização de 210 furos. O contrato foi adjudicado ao Office national des puits et forages (a seguir «ONPF»), organismo controlado pelo Estado do Burkina Faso. Este organismo celebrou em 15 de Dezembro de 1989 com a recorrente, uma sociedade com sede no Burkina Faso, um contrato de subempreitada para a realização de 60 furos, entre os quais 50 furos com êxito. A recorrente recebeu, nos termos do contrato, um adiantamento igual a 10% do montante previsto no contrato, que era de 88 837 300 FCFA.

3. Entre Fevereiro e Maio de 1990, época durante a qual realizou as obras, a recorrente facturou ao ONPF, em quatro extractos sucessivos, um saldo líquido total de 85 112 000 FCFA [5]. Como esta importância não foi paga, a recorrente notificou o ONPF por carta de 9 de Outubro de 1990. No mesmo dia, avisou o delegado local da Comissão de que os extractos mencionados não tinham sido pagos, «apesar dos pagamentos de V. Ex.as», e não obstante a cláusula do contrato de subempreitada, nos termos da qual as obras do subempreiteiro seriam pagas logo que a conta do empreiteiro principal (o ONPF) fosse creditada pelo dono da obra.

4. Posteriormente, o ONPF e o ministro da Água declararam, sem contestar o crédito, que o ONPF fazia todo o possível para efectuar certos pagamentos. O ONPF também apresentou uma proposta de regularização, segundo a qual o montante em dívida devia ser pago em várias prestações.

* Língua original: alemão.

1 — JO 1976, L 25, p. 1.

2 — Acordo interno relativo ao financiamento e à gestão da ajuda da Comunidade (JO 1976, L 25, p. 168).

3 — Regulamento Financeiro aplicável ao quarto Fundo Europeu de Desenvolvimento (JO L 229, p. 9).

4 — Anexo 1 da contestação.

5 — Que representava, na altura do arresto (ver *infra*, n.° 5), um montante de 244 992 ecus.

5. Como a recorrente não recebeu depois disso qualquer pagamento do ONPF, requereu em 6 de Março de 1991 um arresto na Comissão de todas as importâncias por ela devidas ao Estado do Burkina Faso, até ao limite do montante principal de 85 112 000 FCFA, acrescido de despesas e de juros. O requerimento de arresto foi notificado, no mês de Março de 1991, à Comissão bem como ao Estado do Burkina Faso, em ambos os casos por intermédio do Ministério dos Negócios Estrangeiros belga.

6. Por carta de 17 de Abril de 1991, a Comissão confirmou a recepção do requerimento do arresto.

7. No âmbito do projecto que ora nos ocupa, a Comissão pagou ao Estado de Burkina Faso, em 6 de Maio de 1991, dois montantes de 21 315 426 FCFA e de 25 192 693 FCFA, respectivamente, e depois, no decurso do presente processo, outro montante de 15 792 841 FCFA. Efectuou, por outro lado, «em 1991», pagamentos respeitantes a três outros projectos realizados no Burkina Faso.

8. Após a recorrente ter protestado, em 13 de Maio de 1991, contra os pagamentos de que tivera conhecimento até então, a Comissão comunicou-lhe, por carta de 14 de Junho de 1991, que não tencionava dar seguimento ao arresto, por este ser susceptível de entravar o funcionamento e a independência das Comunidades e por caber à recorrente, sendo caso disso, apresentar ao Tribunal de Justiça um pedido de autorização, nos termos do artigo 1.° do protocolo relativo aos privilégios e imunidades das Comunidades Europeias (a seguir «protocolo»).

9. A recorrente considera que o comportamento da Comissão, tanto como terceiro arrestado, aquando do arresto, como na sua qualidade de administradora do FED, é ilegal. Foi por isso que apresentou um pedido de anulação, cujo teor está reproduzido no relatório para audiência e cujo objectivo exacto tentarei esclarecer nas minhas conclusões. Também conclui no sentido da efectivação da responsabilidade da Comissão, ao abrigo da qual pede a reparação do dano, que ascende ao montante de 85 112 000 FCFA, acrescido de juros. Finalmente, pede que a Comissão seja condenada nas despesas.

10. A Comissão entende que deve ser negado provimento ao recurso por improcedente e que a recorrente deve ser condenada nas despesas.

B — Tomada de posição

Quanto ao recurso de anulação (artigo 173.°, segundo parágrafo, do Tratado CEE)

11. *I. 1.* Como a recorrente não definiu claramente o *acto impugnado* na petição, é necessário, antes de mais, para decidir quanto a este fundamento do recurso, *determinar com maior precisão este aspecto do objecto do recurso.*

12. Com base na argumentação da petição, a Comissão chegou à conclusão, quanto a isto, na contestação [6], que há que considerar como acto impugnado a decisão, que foi comunicada à recorrente em 14 de Junho de 1991, de não dar seguimento ao arresto, invocando o privilégio conferido pelo artigo 1.° do

6 — P. 5.

protocolo. Na réplica [7], a recorrente concordou com esta interpretação, que também eu considero correcta.

13. Com efeito, como resulta do teor das conclusões da petição e de um passo correspondente da fundamentação [8], a recorrente critica a Comissão por esta ter ignorado os efeitos do arresto, ao efectuar pagamentos ao Estado do Burkina Faso em Maio de 1991, após a notificação do requerimento de arresto. Este comportamento parece ser, porém, uma consequência directa do acto anteriormente definido. É portanto lógico deduzir das conclusões e da argumentação da petição que a vontade da recorrente é que este acto seja anulado.

14. O pedido assim definido não pode ser entendido como um pedido de autorização de uma medida coerciva (neste caso, um arresto), na acepção do artigo 1.°, terceira frase, do protocolo. É certo que não está excluído, em princípio, que um recurso de anulação do acto pelo qual um órgão comunitário opõe a uma medida coerciva o privilégio conferido pelo artigo 1.° do protocolo possa ser interpretado como um pedido de autorização dirigido ao Tribunal de Justiça [9]. Mas tal passo não pode ser dado no presente caso. Resulta, com efeito, de uma vista de conjunto da petição [10], que a recorrente parte do princípio de que esta autorização não é necessária: por um lado, o crédito arrestado já não pertence, após o seu vencimento, ao património do FED administrado pela Comissão, de modo que o arresto não pode ser considerado como uma medida coerciva que atinja bens ou haveres das Comunidades; por outro lado, a Comissão não contestou a validade do arresto ou, pelo menos, não o fez de acordo com as formalidades e dentro do prazo devidos.

15. Ater-me-ei portanto à interpretação do objecto do recurso que já foi referida.

16. 2. Para definir também o objecto do litígio relativamente aos *fundamentos do recurso*, basta recordar os argumentos já mencionados da recorrente, com os quais ela contesta a necessidade de uma autorização do Tribunal de Justiça. Podem resumir-se num único fundamento, segundo o qual a recorrente considera que o acto impugnado é contrário ao direito comunitário, porque o privilégio invocado pela Comissão não se aplica no presente caso.

17. *II.* No âmbito assim delimitado, gostaria, antes de mais, de fazer algumas observações sobre a *admissibilidade* do pedido apresentado. A Comissão afirmou, a este propósito, na audiência, sem contestar expressamente a admissibilidade, que o procedimento da recorrente «suscita alguma perplexidade no que toca aos aspectos processuais» [11]. A Comissão levanta a questão de saber se é admissível, no âmbito de um recurso de anulação, contestar a legalidade de uma recusa da Comissão de acatar um requerimento de arresto, quando essa recusa se baseou expressamente no fundamento de que o arresto poria entraves ao funcionamento da Comunidade. A Comissão interroga-se sobre se a autorização do Tribunal de Justiça, prevista no artigo 1.° do protocolo, não deve ser pedida previamente, para que o Tribunal de

7 — P. 3.

8 — P. 9, *in fine*, da petição.

9 — V. o despacho de 17 de Dezembro de 1968, Ufficio Imposte di Consumo di Ispra (2/68, Recueil, pp. 635, 639).

10 — V. o primeiro ponto dos pedidos, bem como os argumentos apresentados, a este propósito, na p. 8 da petição.

11 — Acta da audiência, p. 15.

Justiça possa examinar as objecções da Comissão: examinar estas objecções no âmbito do presente litígio seria passar por cima desta disposição.

18. Em minha opinião, estas considerações não justificam a conclusão de que o presente recurso é inadmissível. Como resulta da minha delimitação do objecto do litígio, a recorrente não critica a Comissão por esta ter alegado sem razão um entrave ao funcionamento e à independência da Comunidade. Ela é antes de opinião de que o artigo 1.° do protocolo, que deve preservar estes interesses [12], não é aplicável no presente caso, de modo que também não é necessária qualquer autorização. As suas críticas dizem respeito à qualificação do arresto como «medida coerciva» relativa aos «bens e haveres das Comunidades» e ao facto de, a seu ver, a Comissão não poder invocar o artigo 1.° do protocolo, pois não contestou — ou, em todo o caso, não o fez nos devidos termos — a eficácia do arresto. Se a recorrente tivesse razão nos seus argumentos, então, efectivamente, não seria necessária qualquer autorização do Tribunal de Justiça [13]. O recurso não redundaria assim, contrariamente ao que a Comissão afirma, em contornar o artigo 1.° do protocolo.

19. *III.* Como os reparos eventuais quanto à admissibilidade do recurso de anulação que poderiam resultar da argumentação da Comissão na audiência não são, no fim de contas, pertinentes, volto-me agora para a *procedência* desse recurso.

20. *1.* Quanto a esta questão, convém, antes de mais, afirmar que o arresto efectuado pela recorrente constitui uma medida «coerciva», na acepção do artigo 1.°, terceira frase, do protocolo. Com efeito, se o requerimento do arresto não for anulado ou modificado por razões de direito interno, a Comissão, como administradora do FED, fica impedida, nos termos dos artigos 1451.° e 1458.° do code judiciaire belga [14], durante três anos, de pagar ao Estado do Burkina Faso fundos provenientes do FED, até ao limite do montante arrestado. Também não pode pagar essas importâncias à recorrente com eficácia liberatória enquanto o arresto não for convertido em penhora, nos termos do artigo 1489.° e seguintes do code judiciaire belga.

21. *2.* É nesta base que convém examinar o primeiro argumento da recorrente, segundo o qual o objecto da medida assim qualificada não são «bens» ou «haveres» da Comunidade, na acepção do artigo 1.°, terceira frase, do protocolo, pois as importâncias devidas ao Estado do Burkina Faso pertencem, desde o respectivo vencimento, ao património desse Estado e já não ao património da Comissão.

22. Pode-se rejeitar imediatamente este argumento. É com razão que a Comissão invoca, a este propósito, o despacho de 11 de Abril de 1989, no processo Société Générale de Banque [15]. Neste processo, uma credora do Estado belga requereu um arresto na Comissão de todas as importâncias, rendas, valores ou objectos que as Comunidades Europeias devessem ou viessem a dever ao

12 — V. *infra*, n.° 66.

13 — Neste sentido, no caso de a medida (no caso concreto, a notificação de uma cessão de salário) não modificar a situação jurídica da Comunidade enquanto devedora e não constituir portanto um entrave ao funcionamento das instituições da Comunidade: despacho de 25 de Setembro de 1963, Grands Magasins à l'Innovation (85/63, Recueil, p. 397).

14 — Lei de 10 de Outubro de 1967, *Moniteur Belge* de 31.10.1967.

15 — Société Générale de Banque/Comissão (1/88 SA, Colect., 1989, p. 857).

Estado belga, a qualquer título [16]. A credora arrestante pedia ao Tribunal de Justiça que declarasse que o artigo 1.° do protocolo de forma alguma abrangia o arresto requerido e, subsidiariamente, que autorizasse a normal tramitação do processo de arresto. Após ter declarado ao Tribunal de Justiça que limitava o objecto do arresto em causa às importâncias devidas ao Estado belga pelas Comunidades Europeias a título de rendas, tinha pedido ao Tribunal, quer (a título principal) que este declarasse que não cabia conceder autorização, quer (subsidiariamente) que fosse concedida autorização no que se refere exclusivamente às importâncias devidas a título de rendas [17].

23. O Tribunal de Justiça negou provimento ao pedido principal, com a seguinte fundamentação:

«Ainda que o arresto deva ser considerado, nos termos do direito nacional aplicável, como arresto de um bem pertencente ao património do devedor, ele pode, contudo, constituir uma medida coerciva, na acepção do artigo 1.° do protocolo. Com efeito, de acordo com a jurisprudência constante do Tribunal, qualquer medida de arresto de importâncias devidas pelas Comunidades pode, em determinadas circunstâncias, entravar o respectivo funcionamento e independência» (n.° 9).

24. Perante esta fundamentação, o referido argumento da recorrente não pode ser acolhido.

25. *3.* No seu segundo argumento, a recorrente invoca o artigo 1452.° do code judiciaire e alega que a Comissão nada fez para contestar a validade deste arresto, fora a carta de 14 de Junho de 1991, que não pode ser considerada uma declaração de terceiro arrestado, na acepção do referido preceito, e que é posterior ao termo do prazo fixado. Este argumento levanta a questão de saber se a Comissão deve invocar o privilégio que o artigo 1.° do protocolo lhe confere segundo as formas e dentro dos prazos estabelecidos por um preceito como o do artigo 1452.° do code judiciaire, para não perder este direito ou, pelo menos, para não perder a possibilidade de o invocar.

26. Em minha opinião, deve responder-se a esta questão negativamente. Como foi dito, o arresto é uma medida coerciva que cabe no âmbito de aplicação do artigo 1.° do protocolo. A obrigação que o terceiro arrestado tem de efectuar a declaração prevista no artigo 1452.° do code judiciaire é uma consequência do arresto [18]. Pertence portanto aos «efeitos» que uma medida coerciva implica «consoante o direito nacional aplicável» [19] e que o artigo 1.° do protocolo visa evitar às Comunidades, se não houver um caso reconhecido de excepção ao princípio da imunidade de execução. O obstáculo levantado por este preceito quanto às medidas coercivas encaradas só poderia portanto ser removido por meio do referido comportamento da Comissão se o direito comunitário, para criar tal excepção ao princípio desta disposição, remetesse para o direito interno (isto é, para preceitos como o artigo 1452.° do code judiciaire).

16 — V. nota anterior, n.° 3 do despacho.

17 — N.° 6 do despacho.

18 — V. De Leval, G.: *La saisie-arrêt*, Liège, 1976, p. 217, n.° 142.

19 — V. o despacho do Tribunal de Justiça de 17 de Junho de 1987, Universe Tankship/Comissão (1/87 SA, Colect., p. 2807, n.° 3).

27. Tal não acontece, porém. Não se vislumbra em parte alguma uma remissão expressa. E, em minha opinião, também não pode admitir-se uma remissão implícita, pois isso seria manifestamente contrário ao objectivo do artigo 1.° do protocolo. Em primeiro lugar, admitir-se-ia, com isso, que os Estados-membros tivessem influência no alcance da protecção assim garantida, quando esta disposição se destina precisamente a proteger a Comunidade contra as suas medidas. Em segundo lugar, tal redundaria numa diferenciação do alcance do princípio da imunidade de execução consoante o Estado-membro, o que também não corresponde ao espírito da referida disposição. O que se procura atingir é, com efeito, uma aplicação uniforme deste princípio, como atesta a competência exclusiva do Tribunal de Justiça. O argumento da recorrente não resiste, por conseguinte, a uma análise à luz do artigo 1.° do protocolo.

28. Para ser completo, seja-me permitido acrescentar que o objectivo do artigo 1452.° do code judiciaire também não parece ser, de modo algum, o de adoptar disposições que derroguem o princípio da imunidade de execução. Ao que parece, o seu objectivo consiste antes em garantir que o credor arrestante seja exactamente informado sobre as relações jurídicas existentes entre o devedor principal e o terceiro arrestado, para que possa decidir com conhecimento de causa que procedimento adoptará a seguir [20].

29. Por todas estas razões, a circunstância de a Comissão não ter respeitado as formalidades e os prazos do artigo 1452.° do code judiciaire para fazer valer os seus privilégios não põe em causa nem os próprios privilégios nem a possibilidade de os invocar.

30. *4.* Para além da análise dos dois pontos de vista até agora mencionados, a argumentação da recorrente dá-nos o ensejo de examinar ainda outro problema. Quando a recorrente baseia o seu recurso de anulação no facto de que a Comissão «nada fez para contestar a validade do arresto», isto suscita a questão de saber em que medida o silêncio mantido pela Comissão entre a notificação do requerimento de arresto em Março de 1991 e o envio da sua carta de 14 de Junho de 1991 tem influência no privilégio conferido pelo artigo 1.° do protocolo. Não é de facto para admirar que a recorrente invoque, neste contexto, o despacho do Tribunal de Justiça no processo Universe Tankship [21]. Naquele caso, um credor do Estado belga pretendia arrestar importâncias que a Comissão devia a esse Estado. Pediu autorização para esse efeito ao Tribunal de Justiça. O Tribunal de Justiça declarou a este propósito (n.os 4 a 7 do despacho):

«A protecção jurídica visada pelo processo de autorização a ser concedida pelo Tribunal excederia o seu objectivo, no caso de a instituição terceira perante a qual a questão foi suscitada considerar não haver motivo para se opor ao arresto.

Por conseguinte, o único caso em que o credor interessado pode apresentar ao Tribunal um pedido de autorização com base no artigo 1.° do referido protocolo é aquele em que a instituição comunitária em questão formule objecções fundamentadas na alegação de que o pretendido arresto é susceptível de colocar entraves ao funcionamento e à independência das Comunidades.

No caso em apreço, a Comissão das Comunidades Europeias, nas observações apresen-

20 — De Leval, *op. cit.*; Chabot, Léonard: *Saisie conservatoire et saisie-exécution*, Bruxelas, 1979, p. 274.

21 — V. nota 19.

tadas no Tribunal em 26 de Fevereiro de 1987, declarou não ter objecções a formular no que diz respeito ao arresto cuja autorização é pedida pela requerente.

Sendo assim, no estádio presente do processo movido pela requerente, o pedido de autorização carece de objecto.»

31. Do mesmo modo, o Tribunal de Justiça decidiu no processo Société anonyme X [22], quanto à autorização pedida pelo credor de um funcionário comunitário, que tencionava requerer uma penhora do vencimento deste funcionário (n.os 7 a 9):

«A protecção jurídica que esta autorização visa conceder excederia o seu objectivo no caso de a instituição terceira considerar não haver motivo para se opor a pagar ao credor de um funcionário seu a totalidade ou uma parte das importâncias que deve ou venha a dever a este último;

se, pelo contrário, a instituição se opuser a que a penhora seja decretada, ou vier posteriormente a considerar que deve opor-se ao prosseguimento e execução da referida penhora, cabe ao Tribunal de Justiça decidir, a requerimento dos interessados;

sendo assim, no estádio presente do processo movido pela requerente, o pedido de autorização carece de objecto.»

32. Significará isto que o silêncio mantido pela Comissão perante a notificação do requerimento de arresto afastou o privilégio conferido pelo artigo 1.°, terceira frase, do protocolo?

33. Esta questão suscita-se tendo em conta o facto de a Comissão, por carta de 17 de Abril de 1991, ter confirmado a recepção do requerimento de arresto, sem de modo algum se pronunciar sobre a questão de saber se invocaria ou não o artigo 1.° do protocolo.

34. Para resolver este problema, temos que ter presente a economia do artigo 1.°, terceira frase, do protocolo. Aí reconhecem-se dois níveis: a *regra*, segundo a qual os bens e haveres das Comunidades não podem ser objecto de qualquer medida coerciva, administrativa ou judicial; a *excepção*, segundo a qual isso não se aplica em caso de autorização do Tribunal de Justiça.

35. Segundo esta economia, a Comunidade fica protegida contra as medidas coercivas enquanto e na medida em que o Tribunal de Justiça não tiver concedido uma autorização.

36. Se se cotejar agora esta economia com a jurisprudência acima referida, verifica-se que, do ponto de vista do Tribunal de Justiça, a regra do artigo 1.°, terceira frase — fora o caso de autorização dada pelo Tribunal de Justiça —, pode sofrer outra excepção. Trata-se do caso de a instituição interessada

22 — Despacho de 11 de Maio de 1971, SA X (1/71, Recueil, p. 363).

«considerar não haver motivo para se opor ao arresto» [23].

37. Como salienta, com razão, a doutrina [24], isto significa que o artigo 1.°, terceira frase, do protocolo não se aplica quando a própria instituição *renunciou* à protecção que é dada por esta disposição. Há, porém, que atender, ao aplicar a excepção assim definida, ao facto de o mecanismo estrito regra-excepção, constante do referido preceito, oferecer um elevado grau de segurança jurídica, que é necessária num domínio tão sensível como o das medidas coercivas, tanto do ponto de vista dos interesses protegidos da Comunidade como dos interesses do cidadão que põe em acção a medida coerciva. É também por isso que tem que se garantir o mesmo grau de segurança jurídica no caso da renúncia.

38. Daqui resulta necessariamente que esta renúncia, para poder eliminar o obstáculo do artigo 1.°, terceira frase, do protocolo, deve ter sido expressa de maneira *clara e inequívoca*.

39. Este meu entendimento é confirmado por textos comparáveis de direito internacional público que regulam expressamente o caso da renúncia.

40. A Convenção Geral sobre os privilégios e imunidades das Nações Unidas [25] (secção 2) dispõe:

«A Organização das Nações Unidas, os seus bens e haveres, sejam quais forem a sua sede e o seu detentor, gozam de imunidade de jurisdição, *salvo na medida em que a organização a ela tiver renunciado expressamente num caso particular*.»

41. A Convenção de Viena sobre as Relações Diplomáticas de 18 de Abril de 1961 [26] determina no artigo 22.°, n.° 1:

«Os locais da missão são invioláveis. Não é permitido aos representantes do Estado de acreditação penetrar nela, *salvo com o consentimento* do chefe da missão.»

42. A conclusão de que é necessária uma renúncia clara e inequívoca não fica prejudicada pelos despachos do Tribunal de Justiça já referidos e, designadamente, pelo despacho proferido pelo Tribunal de Justiça no processo Universe Tankship. Na verdade, diz-se aí, no n.° 5, que

«... o único caso em que o credor interessado pode apresentar ao Tribunal um pedido de autorização com base no artigo 1.° do referido protocolo é aquele em que a instituição comunitária em questão formule objecções fundamentadas na alegação de que o pretendido arresto é susceptível de colocar entraves

23 — Despacho no processo Universe Tankship, n.° 4; em termos inteiramente análogos, v. despacho no processo SA X, n.° 7.

24 — V. Schmidt, S. C.: «Le protocole sur les privilèges et immunités des Communautés européennes», *Cahiers de droit européen*, 1991, pp. 67, 69.

25 — Convenção de 13 de Fevereiro de 1946, *Recueil des traités*, volume I, p. 15.

26 — *Recueil des traités*, volume 500, p. 95.

ao funcionamento e à independência das Comunidades».

43. No entanto, esta consideração explica-se pelo estádio em que este despacho do Tribunal de Justiça foi proferido. O arresto em causa estava simplesmente *planeado*. Nesta fase, nenhuma autorização é efectivamente ainda necessária (e o pedido nesse sentido carece portanto de objecto), a menos que a instituição em questão tenha já previamente formulado objecções contra a medida planeada e tenha invocado, a este propósito, o artigo 1.° do protocolo. Só quando o arresto tiver sido notificado à instituição e lhe tenha assim sido dada oportunidade de definir a sua posição quanto a esta medida concreta (em especial: a possibilidade de examinar uma renúncia aos direitos conferidos pelo artigo 1.° do protocolo) é que uma autorização se pode tornar necessária [27].

44. Se se examinar agora a esta luz o caso em apreço, verifica-se que a Comissão não deu a entender em momento algum de maneira positiva — nem mesmo implicitamente — que estava de acordo com o arresto, tendo em conta o artigo 1.° do protocolo (e que renunciava portanto aos direitos conferidos por esta disposição). O mero «silêncio» não é suficiente, pelo menos na falta de circunstâncias especiais que pudessem fazê-lo aparecer como concordância, para eliminar os efeitos do obstáculo suscitado por este preceito.

45. *5.* Já que nenhum dos argumentos apresentados em apoio do recurso de anulação é, por conseguinte, convincente, deve negar-se provimento ao recurso por improcedente.

27 — É neste sentido que entendo o despacho que foi proferido no processo SA X.

Quanto à acção de indemnização (artigos 178.° e 215.° do Tratado CEE)

46. É sabido que a responsabilidade da Comunidade nos termos do artigo 215.°, segundo parágrafo, do Tratado pressupõe a ilegalidade do comportamento imputado à instituição, a existência do dano e de um nexo de causalidade entre esse comportamento e o dano invocado [28].

47. *1.* No que toca à identificação do comportamento cuja legalidade é contestada, o pedido apresentado na petição e os fundamentos em que se baseia fornecem dois elementos. A recorrente alega, com efeito,

— que a Comissão não acatou o arresto, ao pagar, após a respectiva notificação, diversas importâncias provenientes do FED ao Estado do Burkina Faso; e

— que a Comissão, embora a recorrente não tenha recebido, por causa de um desvio de fundos do FED, as quantias que lhe eram devidas por obras efectuadas no âmbito de um projecto financiado pelo FED, prosseguiu os pagamentos sem velar pela devida utilização das importâncias concedidas.

48. Há que retomar, a seguir, mais em pormenor, estas duas acusações. Também gostaria de fazer alguns reparos sobre um argumento que foi apresentado na réplica [29]. No

28 — Jurisprudência constante; v., por último, o acórdão de 14 de Janeiro de 1993, Italsolar/Comissão (C-257/90, Colect., p. I-9, n.° 33).

29 — P. 9.

essencial, a recorrente critica a Comissão por a ter feito acreditar legitimamente, até à comunicação da sua carta de 14 de Junho de 1991, ou seja, durante três meses, que nada tinha a opor ao arresto. Este silêncio da Comissão é negligente e prejudicou a recorrente. Como este argumento constitui, porém, um novo fundamento extemporâneo, nos termos do artigo 38.°, n.° 1, alínea c), e do artigo 42.°, n.° 2, do Regulamento de Processo, só será examinado sumariamente.

49. *II.* O dano, cuja reparação é pedida pela recorrente, consiste no facto de o saldo da remuneração que lhe é devida, que ascende a 85 112 000 FCFA, não ter sido pago até à data.

50. *III.* Examinemos portanto as diferentes acusações.

51. *1.* A recorrente critica a Comissão por esta ter infringido, ao efectuar os seus pagamentos, o pedido de arresto, o que constitui, a seu ver, uma violação do artigo 1.° do protocolo, que a Comissão invoca sem razão.

52. Esta crítica deve ser rejeitada. Como já se esclareceu, o presente arresto cabe no âmbito da referida disposição, sem que tenha havido, no momento dos pagamentos, uma excepção à regra que ela enuncia (quer por uma autorização do Tribunal de Justiça, quer por acordo dado pela Comissão). A Comissão não infringiu, por conseguinte, o artigo 1.° do protocolo através dos pagamentos, enquanto tais.

53. 2. a) A acusação baseada no comportamento da Comissão perante o desvio de fundos do FED coincide, até certo ponto, com a crítica que acabámos de examinar. Com efeito, como resulta dos argumentos expostos na petição, que ela esclareceu melhor na audiência, a recorrente é de opinião de que a Comissão, como administradora do FED, para proteger os interesses da recorrente, não deveria sem mais ter prosseguido os seus pagamentos ao Estado do Burkina Faso, no âmbito do projecto controvertido. Deveria, pelo contrário, tê-los suspendido, até as pretensões da recorrente terem sido satisfeitas, ou tê-los pago directamente à recorrente. No âmbito da acusação que ora examinamos, não se trata portanto, para a recorrente, da posição da Comissão como terceiro arrestado, à luz do artigo 1.° do protocolo, mas sim da sua posição enquanto administradora do FED, relativamente às regras de funcionamento desse Fundo. A este respeito, a recorrente *não* critica, tal como eu entendo a sua argumentação, o comportamento da Comissão *antes* do pretenso desvio de fundos do FED. Com efeito, a recorrente nada disse sobre a questão de saber se, e como, a Comissão teria podido *evitar* esta irregularidade. O que lhe interessa é o comportamento que a Comissão demonstrou após ter tomado conhecimento dos factos mencionados. Ora, este comportamento, como a recorrente afirma na petição, viola «as convenções de Lomé», os «acordos internos», bem como «os regulamentos financeiros».

54. Este argumento deve ser entendido, para os devidos efeitos, no sentido de fazer uma acusação de violação das regras aplicáveis no presente caso de ajuda comunitária, a saber:

— a primeira Convenção de Lomé [30],

30 — *Supra*, nota 1.

— o acordo interno de 11 de Julho de 1975 [31],

— o Regulamento Financeiro de 27 de Julho de 1976 [32].

55. A Comissão é de opinião de que o único dever que impende sobre ela, como administradora do FED, relativamente à utilização correcta dos recursos provenientes desse Fundo, consiste em verificar, antes do pagamento, se as obras adjudicadas foram efectivamente executadas. A este propósito, invoca os artigos 58.° e 59.° do referido regulamento financeiro. Quanto ao resto, não pode, tendo em conta a repartição de competências entre ela e o Estado ACP em causa, imiscuir-se nas relações contratuais existentes entre o ONPF e um dos subcontratantes deste. No entanto, acrescentou, na tréplica, que tinha chamado a atenção das autoridades do Burkina Faso para o caso específico da recorrente e que tinha envidado esforços junto das entidades locais, no âmbito das suas competências, para dirimir o litígio. Ainda esclareceu, na audiência, que tinha suspendido durante algum tempo os três últimos pagamentos no âmbito do projecto ora controvertido. Tinha procedido assim para exercer pressão sobre as autoridades locais. Teve, porém, finalmente que liberar as quantias, já que a situação se tinha tornado insustentável [33].

56. Finalmente, a Comissão contestou, na tréplica, a existência de um nexo de causalidade entre o seu comportamento e o dano sofrido pela recorrente.

57. aa) Convém, antes de mais, observar, a propósito deste argumento, que a Comissão não dispõe, relativamente a um Estado ACP que comete ou tolera irregularidades do tipo das ora aqui discutidas, de qualquer possibilidade de o obrigar a pôr fim à situação assim criada — a não ser pela sua actuação em matéria de pagamento. Não pode, por conseguinte, criticar-se a Comissão pela sua inactividade fora desse âmbito.

58. bb) Ora, a actuação da Comissão em matéria de pagamento constituirá fundamento de uma obrigação de indemnização do dano por violação da Convenção de Lomé, do acordo interno ou do Regulamento Financeiro?

59. Examinemos, antes de mais, a questão de saber se assim foi, na medida em que a Comissão, como afirma a recorrente, *não suspendeu os seus pagamentos* com a finalidade de *exercer pressão* sobre as entidades do Estado do Burkina Faso, *para que o ONPF cumprisse as suas obrigações relativamente à recorrente*. Ainda que se admita que a Comissão nada fez nesse sentido, contrariamente ao que ela alegou — a meu ver, extemporaneamente — na audiência, sou de opinião de que esta questão deve ter uma resposta negativa.

60. Antes de mais, não consigo encontrar em nenhum dos três textos referidos o fundamento para tal procedimento da Comissão. Em seguida, no que respeita ao artigo XVIII, n.° 2, do anexo 3 da convenção de financiamento aplicável neste caso, disposição que autoriza a Comissão a suspender os pagamentos em caso de violação desta convenção, a recorrente não alegou que o Estado do Burkina Faso, pelo seu comportamento, violou precisamente a convenção de financiamento. Por último, não é de modo algum claro que as pretensões da recorrente teriam

31 — *Supra*, nota 2.
32 — *Supra*, nota 3.
33 — Acta da audiência, p. 30.

sido satisfeitas se a Comissão tivesse realmente efectuado a referida diligência. Há que notar, a este propósito, que os pagamentos controvertidos da Comissão, mesmo que dissessem respeito, de um modo geral, ao projecto aqui discutido, não tinham incontestavelmente qualquer conexão específica com as obras executadas pela recorrente. A queixa da recorrente de 9 de Outubro de 1990 ao delegado local da Comissão [34] conjugada com a argumentação da Comissão na tréplica [35] indicam antes que a Comissão já havia pago alguns montantes provenientes do FED que eram destinados ao pagamento das obras da recorrente, antes de a referida queixa lhe ter chegado às mãos. Nestas circunstâncias, considero pura especulação supor que o ONPF teria cumprido as suas obrigações para com a recorrente se os pagamentos em causa tivessem sido suspensos. A recorrente não explicou de modo algum como é que este organismo poderia ter estado, de um modo geral, em condições de cumprir, após o desvio das importâncias destinadas à recorrente, tanto mais que é certo que pagamentos posteriores que eram esperados não tinham sido efectuados. Vistas as coisas desta perspectiva, não há portanto elementos suficientes para afirmar que o comportamento da Comissão apresenta o *nexo de causalidade* necessário com o dano sofrido pela recorrente.

61. O mesmo se diga quanto ao argumento, que foi esclarecido pela recorrente na audiência, segundo o qual a Comissão deveria ter suspendido os pagamentos para *induzir o ONPF a concordar com um pagamento directo da Comissão à recorrente*. Na falta de prova de que os pagamentos da Comissão diziam precisamente respeito às obras efectuadas pela recorrente, não se teria podido excluir, no caso de ter havido essa concordância, que, em vez das pretensões da recorrente, tivessem ficado por satisfazer as pretensões de outros credores. Está inteiramente em aberto a questão de saber se o ONPF teria enveredado por essa via. Assim, o nexo de causalidade entre o comportamento da Comissão e o dano sofrido pela recorrente nem sequer está provado. Além disso, tenho sérias dúvidas quanto à legalidade do procedimento que a Comissão devia ter adoptado, na opinião da recorrente. É certo que, nos termos do artigo XIII do anexo 3 da convenção de financiamento, a Comissão deve tomar todas as medidas adequadas para assegurar, no mais breve prazo possível, a execução das ordens de pagamento emitidas a favor dos adjudicatários de contratos administrativos e de outros contratos financiados pelo FED. Efectivamente, poderia colocar-se a questão de saber se esta cláusula, que proporciona uma vantagem às empresas adjudicatárias — pois elas têm tanto interesse num pagamento rápido como a Comunidade tem numa utilização tão eficaz quanto possível dos seus fundos e como o Estado ACP tem em libertar-se rapidamente das suas obrigações —, também pode produzir efeitos a favor de um subcontratante, no caso de o adjudicatário ser controlado pelo Estado. Tal efeito só pode, porém, produzir-se por reflexo da protecção que vigora para os interesses financeiros da Comunidade e para os interesses do Estado ACP: é este último — e não as empresas adjudicatárias — que é beneficiário das ajudas da Comunidade (v. o artigo 7.° da convenção de financiamento) e que é responsável pela execução dos projectos financiados (artigo 55.° da primeira Convenção de Lomé). Há assim que declarar que, a ter efectuado a diligência que, na opinião da recorrente, devia ter feito, a Comissão se teria imiscuído na repartição, entre os subcontratantes do ONPF, do risco que nasce das pretensas ilegalidades, sem vantagem visível para a utilização correcta dos referidos

34 — *Supra*, n.° 3.
35 — P. 6.

fundos nem para a situação financeira do Estado do Burkina Faso ou do ONPF [36].

62. A Comissão não tem, por conseguinte, obrigação de indemnizar por não ter suspendido os pagamentos.

63. Finalmente, também não se pode afirmar que a Comissão devia *ter efectuado os seus pagamentos directamente à recorrente*. Se o tivesse feito, tais pagamentos não teriam tido nenhum efeito liberatório e não teriam sido portanto conformes ao princípio de uma gestão rigorosa do FED (v. o artigo 30.° do Regulamento Financeiro).

64. b) A recorrente invoca na réplica um dever geral, da Comissão, de protecção dos interesses financeiros da Comunidade, dos Estados-membros e de terceiros, mas tal dever, ainda que deva ser reconhecido, só pode existir no âmbito das competências materiais da Comissão. É também isto que vem expresso na letra G da resolução de 13 de Novembro de 1991 [37], que a recorrente invoca em apoio desta parte da sua argumentação. Este dever geral não poderia portanto alterar em nada as conclusões a que se chegou no ponto anterior.

65. *3.* Seja-me permitido, para concluir, voltar a considerar com brevidade o argumento — extemporâneo, como já foi dito — da recorrente segundo o qual a Comissão a tinha deixado acreditar sem razão durante três meses que nada tinha a opor ao arresto.

66. Parece-me efectivamente que as instituições comunitárias têm o dever de tomar todas as medidas que são possíveis em função de um critério razoável e que são adequadas para concretizar o direito constante do artigo 1.°, terceira frase, do protocolo. Este direito tem em vista conseguir que o obstáculo formal a que estão sujeitas as medidas coercivas aí mencionadas seja eliminado pelo Tribunal de Justiça — por meio da autorização — sempre que não for necessário para o funcionamento e a independência da Comunidade [38]. Trata-se de uma garantia que é conferida directamente aos particulares com base no protocolo [39] e que constitui, tendo em conta o carácter funcional e relativo dos privilégios e imunidades [40], a correcção necessária à regra constante do artigo 1.°, terceira frase, do protocolo.

67. Ora, tal garantia ficaria prejudicada quanto ao seu efeito prático se fosse permitido às instituições comunitárias, aproveitando o princípio segundo o qual o privilégio constante do artigo 1.°, terceira frase, do protocolo também se aplica sem necessidade de ser invocado, subtrair às medidas coercivas exercidas por particulares bens relativamente aos quais o Tribunal de Justiça podia ter dado a autorização nos termos dessa disposição. As instituições comunitárias, como disse ao princípio, têm antes o dever de contribuir, na medida do necessário e do possível, para a realização prática dos direitos dos particulares. Uma violação deste dever pode, nas

36 — V. uma ideia semelhante no acórdão Italsolar/Comissão, já referido, n.° 34.

37 — Resolução do Conselho e dos representantes dos governos dos Estados-membros, reunidos em Conselho, sobre a defesa dos interesses financeiros das Comunidades (JO C 328, p. 1).

38 — V. o despacho de 13 de Julho de 1990, Zwartveld e o. (C-2/88 Imm., Colect., p. 3365, n.os 19 e 20).

39 — Despacho no processo Ufficio Imposte di Consumo di Ispra, já referido, p. 640.

40 — Despacho no processo Zwartveld, já referido, n.° 20.

mesmas condições que qualquer outro comportamento ilegal de uma instituição comunitária, desencadear uma obrigação de indemnizar, nos termos do artigo 215.°, segundo parágrafo, do Tratado.

68. Para aplicar este princípio a casos concretos, têm que ser tomadas em consideração as particularidades de cada um desses casos. No caso em apreço, verifica-se que a Comissão, depois de ter tido tempo suficiente para definir a sua atitude, efectuou, sem ter prevenido a recorrente em devido tempo, pagamentos relativamente aos quais uma autorização do Tribunal de Justiça não estava de antemão excluída. Trata-se dos pagamentos relativos ao projecto em cuja realização a recorrente também participava.

69. Tal comportamento teria dado ensejo a um exame muito pormenorizado se a recorrente o tivesse contestado em devido tempo. Já que, porém, não é assim, que a recorrente, além disso, nega, ela própria, o nexo causal entre o comportamento da Comissão e o dano alegado e, finalmente, que não alegou que o Tribunal de Justiça teria dado autorização se lhe tivesse sido submetido um pedido nesse sentido, este argumento deve ser rejeitado.

C — Conclusão

70. Por todas estas razões, proponho:

— que seja negado provimento ao recurso;

— que a recorrente seja condenada nas despesas, nos termos do disposto no artigo 69.° do Regulamento Processual.