

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL

CARL OTTO LENZ

apresentadas em 5 de Dezembro de 1986*

*Senhor Presidente,
Senhores Juízes,*

A — Matéria de facto

1. No processo sobre o qual devo hoje pronunciar-me está em causa a anulação da Decisão [COM(85) 276 final] da Comissão, de 25 de Fevereiro de 1985, relativa a medidas de promoção da venda de manteiga no mercado de Berlim (Oeste), em virtude da qual as recorrentes, quatro fabricantes alemães de margarina, se consideram lesadas quanto à sua posição no mercado.

2. Visto que já analisei o mercado comunitário do leite e dos produtos lácteos, bem como a organização comum de mercado em que ele assenta¹, nas conclusões que apresentei nas acções de indemnização propostas pelos fabricantes de margarinas contra a «acção manteiga de Natal 1984/1985»², não tem interesse voltar aqui a essa problemática. Basta observar que o mercado comunitário do leite e dos produtos lácteos se caracteriza, desde há alguns anos, por um excedente de produção e que os stocks de manteiga existentes em organismos públicos atingiram em 1984 cerca de um milhão de toneladas.

3. Foi neste contexto que a Comissão das Comunidades Europeias, recorrida no presente processo, dirigiu, em 25 de Fevereiro de 1985, a decisão em litígio à República Federal da Alemanha. O conteúdo desta decisão era, em substância, o seguinte.

* Tradução do alemão.

1 — Regulamento (CEE) n.º 804/68 do Conselho, de 27 de Junho de 1968, que estabelece a organização comum de mercado no sector do leite e dos produtos lácteos, (JO 1968, L 148, p. 13; EE 03 F02 p. 146).

2 — Processos apensos 279, 280, 285 e 286/84; processos 27 e 265/85.

4. Uma operação de promoção da venda de manteiga deveria ser levada a cabo no mercado de Berlim (Oeste) de 15 de Abril até ao fim de Junho de 1985. Para este efeito, o organismo de intervenção da República Federal da Alemanha deveria pôr gratuitamente à disposição dos consumidores uma quantidade de 900 toneladas de manteiga proveniente dos stocks públicos. Esta manteiga era exclusivamente destinada ao consumo directo e estava empacotada em pacotes com o peso líquido de 250 gramas, com a menção «manteiga CEE gratuita».

5. A manteiga de stock deveria ser comercializada numa embalagem única que continha ainda um pacote de manteiga de mercado com o mesmo peso líquido. O preço destes dois pacotes vendidos conjuntamente não poderia ultrapassar o preço normal de mercado de 250 gramas de manteiga durante o período de comercialização.

6. A operação deveria ser acompanhada de uma campanha publicitária e de um estudo de mercado destinado a calcular os custos marginais e a avaliar a eficácia da operação.

7. O custo desta operação montou a 4 milhões de ecus.

8. A recorrida tomou a sua decisão com base no Regulamento n.º 1079/77 do Conselho, de 17 de Maio de 1977, relativo a uma taxa de co-responsabilidade e a medidas destinadas a alargar os mercados no sector do leite e dos produtos lácteos³. Segundo o artigo 4.º do referido regulamento, devem ser tomadas medidas favoráveis ao alargamento dos mercados dos produtos lácteos. Essas medidas dizem respeito:

3 — JO 1977, L 131, p. 6; EE 03 F12 p. 146 e seguintes.

- ao alargamento dos mercados no interior da Comunidade,
- à procura de novas formas de escoamento e de produtos melhorados.

9. Estas medidas são adoptadas segundo o processo previsto no artigo 30.º do Regulamento n.º 804/68, ou seja, o processo do comité de gestão; além disso, a Comissão é obrigada a comunicar ao Conselho, antes de cada período de aplicação da taxa de co-responsabilidade sobre os produtos lácteos, o programa das medidas que prevê vir a tomar no decurso do ano económico seguinte.

10. A «operação manteiga de Berlim» foi realizada de acordo com o parecer do comité de gestão.

11. As quatro recorrentes no presente processo, que asseguram cerca de dois terços das vendas de margarina no mercado de Berlim (Oeste), tentaram proibir a execução da operação recorrendo aos tribunais alemães. Em Março de 1985, apresentaram ao Verwaltungsgericht (tribunal administrativo) de Frankfurt um pedido de medidas provisórias. Por decisão de 20 de Março de 1985, este tribunal proibiu, a título provisório, ao organismo de intervenção da República Federal da Alemanha, o Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung (a seguir designada por «BALM»), a execução das medidas contestadas.

12. Por recurso do BALM, o Verwaltungsgerichtshof do Hessen revogou esta decisão por sentença de 11 de Abril de 1985. Em apoio da sua decisão, o Verwaltungsge-

richtshof observou que a Comissão fixara todas as modalidades da operação, que estas modalidades eram vinculativas para o BALM e que este só utilizaria portanto meios de direito privado para a execução das medidas que deveria concretizar. Visto que o BALM não tinha de adoptar uma regulamentação de direito público, contra as suas decisões não caberia recurso para os tribunais administrativos. Para além do recurso aos meios próprios do direito civil, as recorrentes teriam também a possibilidade de interpor para o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias um recurso contra a decisão de 25 de Fevereiro de 1985. Dado que essa decisão é directamente aplicável e obrigatória para o BALM, é possível que o Tribunal de Justiça considere que as pessoas que sofreram um prejuízo em virtude desta decisão sejam directa e individualmente visadas e, por consequência, tenham, de acordo com o artigo 173.º, parágrafo segundo, do Tratado CEE, o direito de contra ela recorrer.

13. Logo que a decisão ordenando as medidas provisórias foi proferida pelo Verwaltungsgericht de Frankfurt, as recorrentes apresentaram no mesmo tribunal um recurso sobre a questão principal. É no quadro deste processo que os pedidos de decisão a título prejudicial nos processos apensos 133 a 136/85 foram apresentados (ver p. 2289).

14. Em 16 de Abril de 1985, as recorrentes interpuseram para este Tribunal o presente recurso de anulação e pediram, simultaneamente, ao Tribunal que decretasse a suspensão da execução da decisão impugnada (processo 97/85 R, Recueil 1985, p. 1331). Por despacho de 3 de Maio de 1985, o presidente do Tribunal indeferiu este pedido por não haver iminência de prejuízo grave e por a suspensão da operação ser susceptível de causar à recorrida um dano comparável ao dano pretensamente sofrido pelas recorrentes. Nesse mesmo despacho, o presidente do Tribunal de Justiça formulou, além disso, sérias dúvidas quanto à admissibilidade do recurso principal.

15. No recurso principal, as *recorrentes* sustentaram que foram violados: o princípio geral do livre exercício de actividades profissionais, o princípio da estabilização dos mercados, o princípio da não discriminação, o princípio da protecção da confiança legítima, o princípio da proporcionalidade, os princípios de direito relativos à concorrência desleal, e ainda de certas formalidades essenciais; além disso, a recorrida não teria competência para tomar a decisão.

16. As *recorrentes pedem*, por consequência, que o Tribunal se digne:

- anular a decisão da Comissão de 25 de Fevereiro de 1985, relativa a medidas de promoção da venda de manteiga no mercado de Berlim (Oeste) [COM(85) 276 final],
- condenar a recorrida nas despesas.

17. A *recorrida* pede ao Tribunal se digne:

- a título principal, rejeitar o recurso por inadmissível;
- a título subsidiário, considerar o recurso improcedente;
- condenar as *recorrentes* nas despesas.

18. Na medida em que se me afigura necessário para os fins do presente processo, entrarei, no âmbito da minha tomada de posição, nos pormenores dos fundamentos e argumentos aduzidos pelas partes.

B — Parecer

19. a) A *recorrida* considera o recurso inadmissível.

20. As *recorrentes* não seriam directamente visadas pela decisão impugnada, a qual teria

como destinatária a República Federal da Alemanha, nem lhes imporia obrigações nem directa nem indirectamente. O simples facto de um acto ser susceptível de ter influência nas relações de concorrência existentes no mercado em causa não poderia ser suficiente para que qualquer operador económico que se encontre numa qualquer relação de concorrência com o destinatário do acto pudesse ser considerado como directamente atingido por este.

21. As *recorrentes* também não seriam individualmente visadas, pois a decisão em causa não as individualizaria de uma maneira semelhante à do destinatário da decisão. Com efeito, muitos outros fabricantes e importadores de margarina fornecem margarina no mercado de Berlim ou podem decidir, em qualquer momento, proceder a tais fornecimentos.

22. A declaração da inadmissibilidade do presente recurso não resultaria, de qualquer modo, numa denegação de justiça. As *recorrentes* teriam, por um lado, obtido já um sucesso parcial no seu processo principal no Verwaltungsgericht de Frankfurt, pois este apresentou já ao Tribunal várias questões prejudiciais relativas à validade da decisão impugnada. Se as *recorrentes* tivessem proposto nos tribunais cíveis uma acção quanto ao fundo, como fizeram outros fabricantes de margarina, teriam conseguido que fossem colocadas questões prejudiciais sobre a relação entre a decisão impugnada e a legislação alemã sobre concorrência desleal. Além disso, as *recorrentes* teriam ainda a possibilidade de propor uma acção de indemnização contra a recorrida, com base nos artigos 178.º e 215.º, segundo parágrafo, do Tratado CEE.

23. Finalmente, a recorrida sublinha que provavelmente a decisão impugnada já terá sido executada quando for proferido um acórdão no presente processo. As *recorrentes*

tes não teriam portanto qualquer interesse juridicamente protegido em prosseguir o recurso.

24. As *recorrentes* consideram, pelo contrário, que a decisão da recorrida lhes diz directa e individualmente respeito, no sentido do artigo 173.º, segundo parágrafo, do Tratado CEE.

25. Com base na relação de substituição existente entre a manteiga e a margarina, qualquer promoção da venda de manteiga far-se-ia necessariamente em detrimento da venda de margarina. A decisão impugnada teria regulamentado todas as modalidades da operação e causaria, portanto, às *recorrentes* um prejuízo directo.

26. A decisão impugnada dir-lhes-ia também individualmente respeito. O número de pessoas ou empresas às quais a decisão da Comissão causa prejuízos seria claramente determinado. Apenas existiriam na República Federal da Alemanha dezasseis fabricantes de margarina e este número não poderia variar até à execução da acção contestada. As importações representariam, aliás, uma parte perfeitamente negligenciável do consumo de margarina no mercado de Berlim.

27. Se o presente recurso fosse considerado inadmissível, as *recorrentes* ver-se-iam parcialmente privadas de uma protecção jurisdicional eficaz. A este respeito, as *recorrentes* recordam o insucesso do seu pedido de medidas provisórias apresentado nos tribunais administrativos. Os processos de medidas provisórias propostos por outros fabricantes de margarina no Landgericht e no Oberlandesgericht de Frankfurt também não teriam obtido sucesso, tendo-se esses tribunais baseado na primazia do direito comunitário para indeferir o pedido.

28. A questão prejudicial apresentada pelo Verwaltungsgericht de Frankfurt não diria respeito à relação entre a decisão impugnada e o direito alemão da concorrência.

29. A necessidade de assegurar uma protecção jurisdicional eficaz dos particulares e a insuficiência dos meios jurisdicionais nacionais a este respeito militariam a favor da admissibilidade do presente recurso.

30. *b)* Visto que a decisão da recorrida, de 25 de Fevereiro de 1985, foi dirigida unicamente à República Federal da Alemanha e não às *recorrentes*, a admissibilidade do recurso só pode resultar do artigo 173.º, segundo parágrafo, do Tratado CEE. Esta disposição exige que os *recorrentes* sejam directa e individualmente visados por uma decisão dirigida a uma outra pessoa.

31. Para que a decisão diga «directamente» respeito às *recorrentes* é preciso que a decisão impugnada da parte recorrida as lese *ipso facto* e não basta, portanto, que ela seja susceptível de as lesar se se verificarem outras circunstâncias. O simples facto de uma decisão ser susceptível de exercer influência sobre as relações de concorrência existentes num determinado mercado não poderia ser suficiente para justificar a ideia segundo a qual essa decisão diria directamente respeito às *recorrentes*⁴.

32. Mesmo que se reconheça que a operação programada de promoção da venda de manteiga foi regulada em todos os pormenores na decisão da recorrida de 25 de Fevereiro de 1985 e que, portanto, não ficou qualquer espaço de manobra à disposição do organismo de intervenção alemão, não se poderá por esse facto afirmar que os direitos das *recorrentes* tenham sido lesados em virtude dessa decisão.

4 — Ver acórdão de 10 de Dezembro de 1969, proferido nos processos apensos 10 e 18/68, Società «Eridania» e outros/Comissão e outros, Recueil 1969, p. 459

33. Segundo o artigo 1.º, segundo parágrafo, da decisão em litígio, a acção deveria ser executada por uma ou várias organizações (empresas comerciais) que possuísem a qualificação e a experiência requeridas e dessem garantias de levar a bom termo as operações.

34. Foi preciso, portanto, encontrar em primeiro lugar as empresas adequadas que estivessem dispostas a realizar a operação de promoção da venda de manteiga nas condições enunciadas na decisão. Dado que nem a Comissão, nem a República Federal da Alemanha poderiam obrigar os operadores económicos privados a participar na operação de escoamento, não era, de qualquer modo, absolutamente certo, do ponto de vista jurídico, aquando da adopção da decisão, que a operação fosse em definitivo executada. Faltava, pelo menos, a manifestação de vontade das empresas comerciais envolvidas de participar na operação de escoamento a qual devia juntar-se como complemento da decisão. As empresas comerciais deveriam, desde logo, estar dispostas a celebrar contratos neste sentido com o BALM. Finalmente, era preciso ainda que o consumidor final estivesse disposto a comprar a manteiga.

35. Visto que outros elementos autónomos, nomeadamente manifestações de vontade de terceiras pessoas privadas, deveriam ainda acrescentar-se à decisão, não se poderia considerar que as recorrentes tivessem já sido directamente visadas pela decisão.

36. Além disso, as recorrentes também não são «individualmente» visadas pela decisão. As pessoas diferentes do destinatário de uma decisão só podem afirmar que esta lhes diz individualmente respeito se ela as atingir em razão de certas características próprias ou de uma situação de facto que os caracteriza

relativamente a qualquer outra pessoa e, por isso, os individualiza de maneira semelhante à do destinatário⁵.

37. As recorrentes não provaram a existência de tais circunstâncias. É certo que afirmam assegurar o fornecimento de parte substancial do mercado da margarina de Berlim (Oeste). Ora, trata-se de uma actividade comercial que as recorrentes exercem em concorrência com muitos outros fabricantes e importadores de margarina no interior e no exterior da Comunidade. Mesmo que as recorrentes detenham uma parte essencial do mercado da margarina de Berlim (Oeste), não se poderia por esse facto dizer que este mercado esteja inteira e exclusivamente nas suas mãos. Pelo contrário, o mercado berlinense está aberto ao conjunto dos fabricantes de margarina da Comunidade, ou seja a um número indeterminado de empresas. Mesmo supondo que, aquando da adopção da decisão pela recorrida, os principais fabricantes e importadores de margarina que fornecem o mercado de Berlim fossem conhecidos, estes operadores económicos não constituíam um círculo fechado de interessados, mas um círculo aberto. A decisão da recorrida de 25 de Fevereiro de 1985, ora impugnada, não dizia apenas respeito a um círculo de pessoas, bem determinado no momento em que foi tomada e que não poderia já alargar-se, mas também a todas as empresas que se interessaram pelo mercado berlinense da margarina antes e durante a execução da operação de promoção da venda.

38. A referência das recorrentes ao acórdão do Tribunal de 1 de Julho de 1965, proferido nos processos apensos 106 e 107/63,⁶ não é, em minha opinião, pertinente.

5 — Acórdão de 15 de Julho de 1963, no processo 25/62, Empresa Plaumann & Co./Comissão, Recueil 1963, p. 197; desde então é jurisprudência constante.

6 — Acórdão de 1 de Julho de 1965, nos processos apensos 106 e 107/63, Sociedade A. Töpfer KG. e outros/Comissão, Recueil 1965, p. 525.

39. No acórdão citado, a decisão impugnada, dirigida à República Federal da Alemanha, referia-se ao tratamento aplicável aos pedidos de licenças de importação e, em função das circunstâncias específicas do caso concreto, só podia dizer respeito aos pedidos de licença que tivessem sido apresentados três dias antes da adopção da decisão. Visto que o círculo dos importadores visados era um círculo determinado, os referidos importadores, como sublinhou o Tribunal, estavam individualizados relativamente a qualquer outra pessoa de uma forma semelhante à do destinatário.

40. Tal individualização precisa não existe, contudo, no caso vertente, visto que, à data da adopção da decisão, ou seja, em 25 de Fevereiro de 1985, o círculo dos operadores económicos que se interessavam pelo mercado berlinense da margarina era — como já foi exposto — um círculo aberto, pelo menos do ponto de vista jurídico.

41. Mesmo supondo que as recorrentes fossem os únicos fabricantes de margarina ou negociantes a fornecer o mercado berlinense, não teriam por esse facto sido individualizadas de uma maneira semelhante à do destinatário da decisão, ou seja, a República Federal da Alemanha.

42. Com efeito, segundo a jurisprudência, actualmente muito restritiva, do Tribunal, um operador económico não se torna destinatário de uma decisão, que não lhe é dirigida, pelo simples facto de ser o único operador estabelecido no mercado em causa⁷.

43. Por consequência, a decisão em litígio atingiu as recorrentes apenas em razão da sua qualidade objectiva de fabricantes de margarina, do mesmo modo que qualquer outro operador económico que se encontre, actual ou potencialmente, numa situação idêntica⁷.

44. Coloca-se então a questão de saber se, tendo em conta o contexto em que se inscreve o presente recurso de anulação, se devem atenuar os critérios extremamente rigorosos que o Tribunal elaborou relativamente à admissibilidade dos recursos baseados no artigo 173.º, segundo parágrafo, do Tratado CEE. Cabe, nomeadamente, examinar o argumento das recorrentes segundo o qual elas não teriam conseguido nos tribunais nacionais uma protecção jurisdicional eficaz dos seus direitos contra a operação de promoção da venda de manteiga, executada com base na decisão da recorrida de 25 de Fevereiro de 1985.

45. Convenhamos em que as recorrentes podem ter tido algumas dificuldades para encontrar o meio jurisdicional apropriado de acordo com o direito nacional para agir contra o BALM.

46. Resulta, no entanto, da tramitação do processo que as recorrentes não foram privadas de uma protecção jurisdicional eficaz dos seus direitos. Como demonstram os pedidos de decisão a título prejudicial apresentados, por um lado, pelo Verwaltungsgericht de Frankfurt, no quadro do recurso interposto pelos recorrentes, e, por outro, pelo Landgericht de Frankfurt, no quadro de um outro processo instaurado por outro fabricante de margarina contra o BALM, os tribunais nacionais estão, de facto, dispostos a garantir uma protecção jurisdicional. A questão de saber, em definitivo, se os tribunais alemães competentes são os tribunais cíveis ou os tribunais administrativos não foi ainda decidida até ao momento; o facto de o Verwaltungsgerichtshof do Hessen ter considerado que os tribunais administrativos não são competentes para conhecer de um recurso nesta matéria não constitui uma decisão definitiva, visto que o referido tribunal apenas se pronunciou no quadro de um processo de medidas provisórias. Por outro lado, resulta das decisões do Landgericht e do Oberlandesgericht de Frankfurt que estes tribunais consideram, pelo menos, que será

7 — Acórdão de 14 de Julho de 1983, no processo 231/82, Spijker Kwasten BV/Comissão, Recueil 1983, p. 2559.

possível propor uma acção nos tribunais cíveis.

47. Deve, além disso, observar-se que o recurso de anulação também não é o único meio jurisdicional previsto pelo direito comunitário. As recorrentes teriam a possibilidade, no caso de terem sofrido um prejuízo devido à execução da medida em litígio, de propor uma acção de indemnização, nos termos dos artigos 178.º e 215.º, segundo parágrafo, do Tratado CEE. No quadro de tal processo, haveria, em especial, que analisar a questão de saber se os critérios que o Tribunal estabeleceu relativamente aos pressupostos da responsabilidade extracontratual por actividade legislativa com carácter de política económica continuam a ser válidos mesmo que a instituição comunitária tenha tomado, por meio de uma decisão, uma simples medida administrativa.

48. Finalmente, quanto à questão da admissibilidade, convém ainda referir a objecção da recorrida segundo a qual as recorrentes não teriam qualquer interesse em interpor um recurso de anulação pelo facto de a decisão impugnada ter sido, entretanto, executada.

49. Este ponto de vista contraria, contudo, as considerações que o Tribunal desenvolveu no acórdão de 24 de Junho de 1986,

proferido no processo 53/85⁸ no qual precisamente rejeitou este argumento. Com efeito, a anulação de uma decisão já executada é susceptível, por si mesma, de ter consequências jurídicas, evitando nomeadamente a renovação de tal prática por parte da Comissão.

50. Da execução da operação de promoção da venda de manteiga não poderia portanto retirar-se qualquer argumento a favor da inadmissibilidade do recurso.

Quanto ao mérito do recurso

51. Dado que vou propor ao Tribunal a rejeição do recurso por inadmissibilidade, haveria ainda, em princípio, que tomar posição, a título subsidiário, sobre a procedência dos diferentes argumentos aduzidos. Renunciarei, no entanto, tendo em consideração a especificidade do conjunto dos processos, aos quais convém acrescentar, como já referi, outros pedidos de decisão a título prejudicial, a apresentar essas observações subsidiárias. Nas minhas conclusões apresentadas nos processos de reenvio a título prejudicial 133 a 136/85 e 249/85 irei analisar o conjunto dos fundamentos e dos argumentos aduzidos pelas partes, incluindo os que foram aduzidos relativamente à procedência do recurso no processo 97/85.

C — Conclusão

52. Por consequência, proponho ao Tribunal de Justiça que decida da forma seguinte:

- 1) O recurso é rejeitado;
- 2) As recorrentes são condenadas nas despesas, incluindo as relativas ao processo de medidas provisórias.

⁸ — Acórdão de 24 de Junho de 1986, no processo 53/85, AKZO Chemie BV e outros/Comissão, Colect. p. 1965.