CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

apresentadas em 24 de Janeiro de 2002 [1]

1. A República Federal da Alemanha interpôs, nos termos dos artigos 33.°, n.° 1, CA e 230.°, n.° 2, CE, um recurso em que pede ao Tribunal de Justiça:

i) a anulação dos artigos 4.° a 7.° da Decisão 1999/720/CE, CECA da Comissão, de 8 de Julho de 1999, relativa a um auxílio estatal concedido pela Alemanha a duas empresas (a seguir «decisão recorrida») [2];

ii) que ordene à Comissão que lhe transmita, de acordo com o disposto no artigo 23.° do Estatuto CA e para lhe permitir a consulta do processo, a documentação relativa ao referido processo desde 1994; e

iii) a condenação da recorrida nas despesas.

I — Antecedentes do litígio

2. Em 6 de Junho de 1997, o Governo alemão comunicou à Comissão, nos termos do artigo 88.°, n.° 3, CE, a privatização da empresa Gröditzer Stahlwerke GmbH (a seguir «Gröditzer») e da sua filial Walzwerk Burg GmbH (a seguir «Walzwerk»), as circunstâncias em que as acções foram vendidas e as medidas levadas a cabo antes da privatização. De toda a sua produção, só o aço líquido e os lingotes são abrangidos pelo âmbito do Tratado CECA.

3. Em 1990, a Gröditzer tinha sido absorvida pelo Treuhandanstalt (organismo criado para adaptar à economia de mercado as cerca de 8.000 empresas estatais da antiga República Democrática Alemã), a fim de se proceder à sua reestruturação e posterior privatização. [3] Fixou-se o objectivo de manter a produção do mesmo tipo de aço, reduzindo-se a capacidade de 285.000 toneladas anuais para 150.000 e prescindiu-se de 2.500 postos de trabalho, que passaram de 5.200 para 2.700. Pensava-se que os investimentos necessários seriam relativamente modestos, embora rapidamente se tenha demonstrado que o plano não assentava em bases sólidas, uma

1 — Língua original: espanhol.

2 — Notificada com o número C(1999) 2264. Os auxílios foram concedidos à empresa Gröditzer Stahlwerke GmbH e à sua filial Walzwerk Burg GmbH. JO L 292, p. 27.

3 — De acordo com o regime do Treuhandanstalt, os auxílios concedidos às empresas cuja gestão lhe estava atribuída, que operavam em sectores não sensíveis, não estavam sujeitos a notificação se a empresa tivesse menos de 1500 trabalhadores no período de 1992-1994 e os auxílios fossem inferiores a 150 milhões de marcos. A partir de 1995, estas condições passaram a ser de 250 trabalhadores e 50 milhões.

vez que tinham desaparecido os mercados tradicionais de consumo e os preços dos produtos ligados simples tinham sofrido uma queda devida ao excesso de capacidade.

Em 1992, o Treuhandanstalt tentou, sem êxito, vender a empresa. Cedeu as acções à EREL Verwaltungs GmbH & Co. Management KG, sociedade de gestão em comandita que operava como holding de várias empresas destinadas a ser privatizadas uma vez reestruturadas. O Treuhandanstalt era o único titular desta holding.

A partir de Janeiro de 1995, o titular da holding passou a denominar-se Bundensanstalt für vereinigungsbedingte Sonderaufgaben e as suas actividades ficaram reduzidas à gestão contratual, enquanto as actividades de reestruturação e de privatização de empresas foram confiadas à sociedade Beteiligungs-Management-Gesellschaft Berlin mbH, outro organismo estatal controlado pelo Governo federal, que se tornou no único titular da Gröditzer.

4. No princípio de 1997, a empresa foi vendida à Georgsmarienhütte. A Walzwerk é uma sociedade independente que desempenha as suas actividades fora do âmbito da CECA, cujo accionista público a vendeu à Gröditzer no processo de privatização e, desde então, actua como centro de serviços desta última. [4]

5. Em 6 de Junho de 1997, a Alemanha comunicou à Comissão que, entre 1992 e 1996, a Gröditzer tinha recebido auxílios no valor de 263,7 milhões de marcos, desdobrados em 207,3 milhões sob a forma de empréstimo dos accionistas estatais, 53,4 milhões em créditos bancários garantidos pelo Treuhandanstalt e pelo Bundensanstalt für vereinigungsbedingte Sonderaufgaben, e 3 milhões sob a forma de subvenção directa. Também lhe foi entregue uma quantia adicional de 8,4 milhões no âmbito do programa alemão de auxílios regionais do «Objectivo comunitário: melhoramento da estrutura económica regional». A venda das empresas representou um custo total de 393 milhões de marcos para o proprietário, na sua maior parte devido à remissão dos empréstimos de accionista e ao reembolso dos créditos bancários.

6. Com base na comunicação, a Comissão deu início a um processo nos termos da Decisão n.º 2496/96/CECA [5] (Sexto Código dos auxílios à siderurgia). O documento foi enviado à Alemanha em 5 de Agosto de 1997 e publicado no Jornal Oficial, a fim de que os restantes Estados-Membros e os terceiros interessados pudessem apresentar observações. [6]

4 — Na decisão recorrida, a Comissão analisou posição desta empresa à luz do Tratado CE e unicamente no que se refere à privatização e ao valor com que participa no custo total da liquidação.

5 — Decisão da Comissão de 18 de Dezembro de 1996, que cria normas comunitárias para os auxílios à siderurgia (JO L 338, p. 42).

6 — JO 1997 C 395, p. 5.

Para dar início ao processo, a Comissão considerou que, quer o empréstimo dos accionistas estatais no valor de 207,3 milhões, concedido sem juros e sem qualquer garantia por parte da empresa, quer os créditos garantidos num total de 53,4 milhões de marcos, com uma comissão de 0,5%, constituíam auxílios. Decidiu também analisar a compatibilidade do auxílio regional de 8,4 milhões. Quanto à privatização, a Comissão expressou as suas dúvidas sobre a conformidade da venda a preço negativo com o critério do comportamento de um sócio capitalista privado, uma vez que, de acordo com os dados fornecidos, a liquidação da Gröditzer teria implicado um custo menor. Também não se podia avaliar se o processo de privatização tinha sido levado a cabo de forma aberta, transparente e incondicional. Observou igualmente que o acordo de privatização continha expressamente o compromisso do titular no sentido de conceder à Gröditzer auxílios ao investimento.

7. A Alemanha pronunciou-se sobre a abertura do processo e três empresas (a Max Aicher GmbH & Co., a Neue Maxhütte Stahlwerke GmbH e a Lech Stahlwerke GmbH) apresentaram observações. Na sua opinião, com a venda a preço negativo, facultaram-se recursos líquidos à compradora, com os quais pôde melhorar a sua situação financeira e custear aquisições. Acrescentaram que as condições de venda à Gröditzer tinham provocado uma distorção da concorrência.

II — A decisão recorrida

8. Em 8 de Julho de 1999, a Comissão adoptou a decisão que a Alemanha impugna no seu recurso. Consta de fundamentação, desenvolvida em cento e oito parágrafos, e de dez artigos.

Os artigos 1.°, 2.° e 3.° são favoráveis à Alemanha e não são objecto de recurso.

9. Em contrapartida, os artigos 4.°, 5.° e 6.° declaram a incompatibilidade de determinadas medidas com a legislação comunitária.

10. O artigo 4.° considera incompatíveis com o mercado comum os auxílios ao investimento concedidos à Gröditzer, num total de 83,2 milhões de marcos, constituídos por créditos bancários garantidos a 100% pelo Treuhandanstalt e pelo Bundensanstalt für vereinigungsbedingte Sonderaufgaben, por empréstimos de accionistas concedidos pelos sucessivos accionistas públicos entre 1992 e 1996 e por subvenções concedidas no âmbito do programa «Objectivo comunitário: melhoramento da estrutura económica regional» entre 1997 e 1999.

11. O artigo 5.° qualifica como auxílios de Estado inadmissíveis no mercado comum do carvão e do aço as medidas adoptadas pela Alemanha a favor da Gröditzer, num montante total de 155,5 milhões de marcos, 14,3 para beneficiar o investimento e 141,2 para o funcionamento (dos quais, 17 correspondem a uma subvenção para a privatização e 124,2, quer para o financiamento dos créditos bancários garantidos a 100%, quer para os empréstimos de accionista concedidos pelos accionistas públicos).

12. O artigo 6.° declara contrários ao mercado comum do carvão e do aço os auxílios que a Alemanha tencionava conceder à Gröditzer, em conformidade com o n.° 2 do artigo 9.° do Acordo de 27 de Fevereiro de 1997, relativo à venda de acções da referida empresa à Georgsmarienhütte, pelo valor de 3,3 milhões de marcos, sob a forma de empréstimos, a título de adiantamentos pelos auxílios regionais pendentes de cobrança.

13. Nos termos do artigo 7.°, a Alemanha deve exigir ao beneficiário o reembolso dos auxílios concedidos ilegalmente, referidos nos artigos 4.° e 5.° A cobrança é efectuada de acordo com os procedimentos nacionais, desde que não a impeçam ou dificultem excessivamente. Sobre o montante dos auxílios a recuperar vencem juros, a partir da data do seu pagamento ao beneficiário, até à recuperação efectiva, com base na taxa de referência utilizada no cálculo do equivalente-subvenção dos auxílios regionais. Para efeitos desta disposição, entende-se por «beneficiário» não só a Gröditzer mas também qualquer outra empresa para a qual tenham sido transferidos activos com o fim de dificultar a recuperação dos auxílios.

III — O processo no Tribunal de Justiça

14. O recurso interposto pela Alemanha deu entrada na Secretaria em 9 de Setembro de 1999. A Comissão apresentou a sua contestação em 29 de Novembro seguinte. Ambos os articulados foram completados por réplica, em 14 de Março de 2000, e por tréplica, em 14 de Abril seguinte.

A fim de dar cumprimento ao disposto no artigo 23.° do Estatuto CA, o Tribunal de Justiça convidou a Comissão, em 24 de Julho de 2001, a apresentar-lhe todos os documentos do processo, uma vez que, quer na petição quer na réplica, a Alemanha tinha requerido a respectiva consulta. A Comissão, em 3 de Outubro de 2001, enviou a lista dos quarenta e oito documentos do processo, de imediato enviada ao Estado recorrente, que respondeu, em 19 de Outubro seguinte, que não precisava de analisar qualquer deles.

Tendo em conta o requerimento formal da Alemanha no sentido de alegar oralmente, o Tribunal de Justiça decidiu proceder a uma audiência, que teve lugar em 27 de Novembro de 2001.

IV — Os fundamentos do recurso

15. A Alemanha pede a anulação dos artigos 4.° a 7.° da Decisão 1999/720, que considera ilegais, independentemente de as medidas de apoio destinadas à privatização da empresa poderem ser consideradas auxílios de Estado, e estrutura o seu recurso em seis fundamentos.

Alega, em primeiro lugar, que a Comissão violou os artigos 213.° CE e 215.° CE, ao adoptar a Decisão 1999/720, quando um dos seus membros se encontrava em situação administrativa irregular; em segundo lugar, que violou o dever de diligência, os princípios da boa administração e da segurança jurídica e o dever de fundamentação ao longo do processo administrativo; em terceiro lugar, que a instituição recorrida aplicou as normas do Tratado CECA a sectores de produção da Gröditzer alheios ao seu âmbito; em quarto lugar, que a Comissão valorou erradamente os auxílios ao investimento destinados ao sector de produção CECA da empresa, face à Decisão 3855/91 [7] (Quinto Código dos auxílios à siderurgia); em quinto lugar, que procedeu a uma avaliação errada dos auxílios ao investimento destinados ao sector de produção excluído do Tratado CECA; e, em sexto lugar, que não apreciou devidamente as circunstâncias em que se desenvolveu a privatização.

V — Apreciação do recurso

A. Primeiro fundamento: violação dos artigos 213.° CE, 215.° CE, 9.° CA e seguintes, por ser irregular a composição da Comissão ao adoptar a decisão

16. A recorrente alega que a Decisão 1999/720 deve ser anulada, por se encontrar ferida de vício substancial de forma, uma vez que, no momento da sua adopção, a composição da Comissão era irregular. Em 1 de Julho de 1999, a instituição tinha exonerado o comissário Bangemann das suas funções, a seu pedido, e tinha transferido as suas competências para outro membro, com a consequência de a Direcção Geral da Política Industrial, que tinha dependido directamente do comissário Bangemann, ter ficado excluída do processo no qual foi adoptada a decisão. A Alemanha assinala que, no caso de essa Direcção Geral ter podido pronunciar-se, a decisão recorrida talvez não tivesse sido adoptada.

7 — Decisão da Comissão, de 27 de Novembro de 1991, que cria normas comunitárias para os auxílios à siderurgia (JO L 362, p. 57).

A situação em que um comissário apresenta a sua demissão e deixa de exercer as suas funções não está prevista no Tratado. A Comissão alterou o número dos seus membros, por sua própria autoridade, sem esperar que se procedesse a outra nomeação ou que o Conselho decidisse, como veio a ocorrer, que não o substituiria pelo período remanescente do mandato. Por esta razão, o Governo recorrente afirma que a instituição recorrida, além de ter usurpado os poderes de decisão do Conselho, não estava regularmente constituída.

17. A Comissão alega que o artigo 215.° CE, segundo parágrafo, prevê a possibilidade de um número reduzido de comissários, pelo que tal vicissitude não deve impedir o normal funcionamento da instituição. No caso presente, o Conselho decidiu, em 9 de Julho de 1999, que não havia que substituir o comissário Bangemann, confirmando a iniciativa da Comissão de o suspender do exercício das suas funções, uma vez que o próprio tinha pedido a sua exoneração para se dedicar ao exercício de actividade profissional numa empresa. Tendo em conta o dever que lhe incumbia de respeitar as obrigações emergentes do seu cargo, em particular, as de honestidade e discrição relativamente à aceitação, uma vez findo o mandato, de determinados empregos ou benefícios, era imprescindível afastar o comissário Bangemann das suas funções para não se ver envolvido na tomada de decisões da instituição, uma vez que a legitimidade da sua actuação poderia ser posta em dúvida.

18. A decisão recorrida foi adoptada em 8 de Julho. A Alemanha alega que, no seu processo de adopção, se verificou um vício substancial de forma que consistiu no facto de a Comissão ter alterado, sem ter competência para isso, o número de comissários previsto nos tratados.

19. Em 29 de Junho de 1999, o comissário Bangemann, responsável pelos assuntos industriais, tecnologias da informação e telecomunicações, dirigiu ao presidente em exercício da Conferência dos Representantes dos Governos dos Estados-Membros uma carta, na qual o informava da sua intenção de exercer actividade profissional na empresa Telefónica e lhe pedia que se iniciasse quanto antes o processo de nomeação do seu sucessor.

Com base nesta actuação, a Comissão emitiu uma declaração em que, para além de manifestar ter tomado conhecimento, aceitou o pedido do interessado de ser exonerado das funções do cargo. Tendo em conta que a empresa para a qual se propunha trabalhar actuava na área das telecomunicações, sector que, até esse momento, tinha feito parte das competências do comissário demissionário, colocava-se a questão de um possível conflito de interesses e do respeito do seu dever de honestidade e discrição quanto à aceitação de funções ou benefícios ao terminar o seu mandato.

20. Em 9 de Julho de 1999, o Conselho adoptou a Decisão 1999/493/CE, CECA, Euratom, [8] relativa à composição da Comissão, na qual se tornava público que o lugar de M. Bangemann ficaria vago até ser nomeada uma nova Comissão. [9]

21. De acordo com os artigos 213.º CE e 215º CE, [10], os comissários são vinte e, em caso de demissão, permanecem no seu cargo até serem substituídos ou até que o Conselho decida que não há que nomear sucessor, caso em que a Comissão continua em funcionamento, apesar de não contar com o número inicial de membros. [11] O Tratado CE apenas atribui à Comissão um papel relevante na cessação de funções de um dos seus elementos no artigo 216.º CE, que não era aplicável a M. Bangemann, e a suspensão de funções de um comissário não está prevista nos textos legais.

A Comissão tem a obrigação de assegurar o seu funcionamento com continuidade e, inclusivamente, em face da demissão de um comissário, os processos devem continuar a sua tramitação, sem se aguardar que o Conselho decida a substituição. O procedimento decisório da Comissão, que tem a competência de iniciativa legislativa em numerosos campos, não pode ser paralisado, excepto se não houver *quorum*. [12] Numa situação como a que se gerou nas circunstâncias da demissão de M. Bangemann, a instituição devia actuar com serenidade e rapidez, não só para continuar a trabalhar normalmente, mas também para cortar pela raiz a desconfiança que ameaçava instalar-se na opinião pública quanto à imparcialidade de quem participava no processo de adopção de decisões.

22. Perante o ambiente crítico que se colocava e o previsível alarme que este facto poderia criar na Comunidade e, uma vez que o interessado tinha apresentado a sua demissão, a Comissão actuou dentro das competências que detém na organização do seu funcionamento interno, quando suspendeu M. Bangemann das suas funções como membro do colégio de comissários enquanto aguardava que o Conselho adoptasse uma decisão sobre a sua substituição.

23. Não concordo com a recorrente em que a ausência do referido comissário na reu-

8 — JO L 192, p. 53.

9 — JO L 192, p. 55.

10 — O seu teor corresponde ao dos artigos 9.º CA e 12º CA.

11 — A situação que não estava prevista e que, não obstante, se veio a verificar em 16 de Março de 1999, é a de uma Comissão em que se demitiram todos os membros. Na Declaração de 21 de Março de 1999, relativa à demissão da Comissão, o Conselho da União Europeia registou a decisão, considerou que era necessário renovar a instituição o mais depressa possível e pediu que, até esse momento, os comissários continuassem a desempenhar as suas funções de acordo com o Tratado.

12 — De acordo com o que dispõe o Regulamento interno da Comissão, de 17 de Fevereiro de 1993 (JO L 230, p. 15), em vigor no momento em que foi adoptada a decisão recorrida, o *quorum* necessário para que a Comissão delibere validamente é igual à maioria do número de membros previsto no Tratado.

nião que aprovou a decisão recorrida signifique que a Direcção Geral da Política Industrial não esteve representada nem que, a ter estado, talvez a decisão não tivesse sido adoptada. Por um lado, a decisão, na sua fase de projecto, foi submetida à Direcção Geral competente, para que esta desse o seu parecer por escrito e, por outro, esse serviço encontrava-se representado na reunião, uma vez que as competência do comissário demitido foram assumidas pelo comissário Van Miert.

24. Pelas razões expostas, entendo que, na adopção da decisão recorrida, não se verificou o vício substancial de forma alegado pela Alemanha. O primeiro fundamento deve, pois, ser julgado improcedente.

B. Segundo fundamento: violação do dever de diligência, dos princípios da boa administração e da segurança jurídica e do dever de fundamentação ao longo do processo administrativo

25. A Alemanha estrutura este fundamento em três partes.

i) O dever de diligência e os princípios da boa administração e da segurança jurídica relativamente às subvenções já pagas

26. A recorrente alega que comunicou, em 1994 e 1995, as medidas de financiamento público que tinha adoptado e que a Comissão lhe permitiu acreditar, durante três anos, que não oporia qualquer objecção às medidas financeiras que rodeavam a reestruturação, com base nas normas relativas aos auxílios de Estado. Considera contrário ao princípio da confiança legítima esse comportamento, que vai desde a primeira notificação até à decisão de dar início ao processo de controlo, além de não a advertir de que os dados fornecidos se revelavam insuficientes. A Comissão deveria ter-se pronunciado, em 1994 e em 1995, sobre se as medidas económicas já executadas e notificadas constituíam auxílios de Estado e se eram compatíveis com o mercado comum. Por esse motivo, não pode agora pedir a restituição dos fundos concedidos antes do final de 1995.

O pedido de informação que lhe foi dirigido pela Comissão, em 16 de Julho de 1996, e a carta de 14 de Agosto de 1997 referem-se a processos iniciados em 1994. Da mesma forma, na comunicação de 9 de Junho de 1994, a recorrente alude a duas anteriores cartas da Comissão, uma de 21 de Abril de 1994 e outra de 25

de Maio. Neste caso, não se pode falar de notificações informais, uma vez que contêm dados remetidos pelo departamento competente do Ministério da Economia, em nome do Governo alemão, tendo em conta que o direito comunitário não regula a forma pela qual os Estados devem comunicar um projecto de auxílio. Assinala que retirou a notificação parcial feita em 29 de Junho de 1994, através da carta de 2 de Dezembro do mesmo ano, a instâncias da Comissão, que exigiu a suspensão do processo de declaração durante um período de transição, uma vez que não estava iminente a privatização da empresa.

27. A Comissão considera que a única comunicação pertinente teve lugar em 6 de Julho de 1997, uma vez que os auxílios à siderurgia, no valor de 133 milhões de marcos, concedidos até finais de 1993, não foram notificados antes de Junho de 1994, embora informalmente, contrariamente ao disposto no artigo 88.° CE, n.° 3. Quanto à notificação formal, efectuada em 29 de Junho de 1994, referente aos auxílios ao investimento de 79 milhões, foi retirada pelas autoridades alemãs, não a pedido da Comissão, como alegam, mas sim para poderem, com vista à privatização, notificar o estado definitivo e exaustivo dos auxílios, a fim de solicitarem uma apreciação global, tal como resulta da carta que lhe enviaram em 24 de Julho de 1998. Apesar de toda a correspondência anterior a Junho de 1994, a retirada da notificação formal implicou que a Comissão não pudesse levar a cabo a análise dos auxílios. Ao ver que a privatização se tinha verificado no início de 1997, exigiu, de novo, a notificação formal, que só veio a receber em 7 de Junho, razão pela qual deu início ao processo de controlo em Agosto do mesmo ano.

28. Não concordo com a Alemanha em que a Comissão deveria ter formado uma opinião sobre a compatibilidade das medidas com o mercado comum em 1994 e 1995. Além disso, a jurisprudência que cita em apoio desta tese não é pertinente. [13]

Se o objectivo final era conseguir a privatização da Gröditzer, as informações comunicadas antes do momento em que esta se verificou deviam ser fragmentárias e incompletas, pelo que a Comissão podia legitimamente pensar que não se tinha verificado uma notificação formal e exaustiva que pudesse ser analisada. [14] O facto de continuar a receber, até 1996, informações enviadas pelas autoridades alemãs sobre as medidas a favor da referida empresa e de, mesmo depois de iniciado o processo de controlo, as informações terem

13 — A recorrente refere-se ao acórdão de 24 de Novembro de 1987, RSV/Comissão, (223/85 Colect., p. 4617), no qual o Tribunal de Justiça considerou que a Comissão tinha violado as regras de uma boa administração ao demorar vinte e seis meses a adoptar uma decisão em matéria de auxílios. Mas, verificavam-se nesse processo circunstâncias que o individualizavam relativamente à grande maioria de processos de auxílios de que a Comissão tem que tratar, na medida em que, como se demonstrou, o auxílio controvertido não era mais do que o custo suplementar de uma operação para a qual já tinham sido concedidos auxílios que a Comissão tinha autorizado.

14 — Acórdão do Tribunal de Primeira Instância, de 15 de Setembro de 1998, Breda Fucini e o. (T-126/96 e T-127/96, Colect., p. II. II-3437, n.° 47).

que ser completadas reforça-me esta opinião. [15]

Na falta de comunicação expressa das medidas, a Comissão não dispunha de todas as informações necessárias para formar uma ideia sobre a sua compatibilidade com o mercado comum, pelo que não podia começar a correr o prazo de dois meses dentro do qual se deve pronunciar. De acordo com recente decisão do Tribunal de Justiça, para efeitos da fase preliminar, basta, para que a notificação seja completa e faça começar a correr o prazo de dois meses, que contenha, desde o início ou na sequência das respostas do Estado-Membro às questões colocadas pela Comissão, as informações necessárias para permitir que esta forme uma primeira opinião sobre a compatibilidade do auxílio com o Tratado. [16]

29. O princípio da confiança legítima não se pode considerar violado enquanto a Comissão não tiver tomado posição sobre as medidas notificadas de forma completa e formal segundo as vias estabelecidas. O Tribunal de Justiça declarou que, tendo em conta o carácter imperativo do controlo dos auxílios de Estado efectuado pela Comissão nos termos do artigo 88.° CE, as empresas beneficiárias não podem, em princípio, ter confiança legítima na regularidade do auxílio, a não ser que este tenha sido concedido no respeito pelo processo previsto pelo referido artigo, o que qualquer um operador económico diligente deve poder comprovar. [17] Da mesma forma, um Estado-Membro que tenha concedido um auxílio em violação das normas de processo previstas no artigo 88.° CE, não pode invocar a confiança legítima da empresa beneficiária para se subtrair à obrigação de tomar as medidas necessárias para executar uma decisão da Comissão de recuperação do auxílio, uma vez que admitir tal possibilidade significaria privar os artigos 87.° CE e 88.° CE de efeito útil, permitindo às autoridades nacionais basear-se no seu próprio comportamento ilegal para anular a eficácia das decisões tomadas pela Comissão. [18]

Com esta jurisprudência relativa aos beneficiários dos auxílios, tem razão a Comissão ao observar que as autoridades nacionais, sendo o seu interlocutor directo, estão melhor informadas sobre o estado do processo e o seu resultado, pelo que têm menos possibilidades do que as empresas de alegar inobservância da sua confiança legítima, *maxime* quando, durante o período em causa, continuaram a fornecer, por sua iniciativa ou a pedido da Comissão, informações complementares relativas ao mesmo projecto.

15 — No n.° 3 da decisão recorrida assinala-se que, por cartas de 23 de Setembro e 13 de Novembro de 1997, 24 de Julho, 14 de Agosto e 14 de Outubro de 1998, 7 e 20 de Janeiro, 1 de Fevereiro e 29 de Março de 1999, a Alemanha transmitiu à Comissão dados e documentação complementares. Em Janeiro, assim como em 1 de Dezembro de 1998, 11 de Março, 23 e 29 de Abril de 1999, realizaram-se reuniões entre a Comissão e a Alemanha.

16 — Acórdão de 15 de Fevereiro de 2001, Áustria/Comissão (C-99/98, Colect., p. I-1101, n.° 56).

17 — Acórdão de 20 de Março de 1997, Alcan (C-24/95, Colect., p. I-1591, n.° 25).

18 — Acórdãos de 20 de Setembro de 1990, Comissão/Alemanha, (C-5/89, Colect., p. I-3437, n.° 17), e de 14 de Janeiro de 1997, Espanha/Comissão, C-169/95, Colect., p. I-135, n.° 48).

ii) O dever de diligência e os princípios da boa administração e da segurança jurídica, relativamente às medidas de financiamento previstas e notificadas em 1994 e 1995

30. Segundo a recorrente, a Comissão, ao não se pronunciar rapidamente quanto às medidas de financiamento, quando foi informada dos projectos, e ao não expressar as suas dúvidas sobre a respectiva legalidade, violou a legislação comunitária em matéria de auxílios, uma vez que quer o artigo 6.°, n.° 5, da Decisão 3855/91 (Quinto Código) quer o artigo 6.°, n.° 6, da Decisão 2496/96 (Sexto Código) prevêem um prazo de dois meses a partir da notificação para se dar início ao processo de controlo da medida.

31. A Comissão reafirma que a única notificação completa de que tomou conhecimento foi a que lhe foi enviada em Junho de 1997, tendo esperado até Março de 1999 para dispor de toda a informação complementar pedida às autoridades alemãs, tal como se expõe no n.° 3 da decisão recorrida.

32. É certo que a Comissão, como toda a administração pública, tem um dever de diligência mas, para lhe poder ser imputada uma violação desse dever, é necessário que esteja em situação de o poder cumprir, o que não parece ter acontecido no processo administrativo controvertido.

A Comissão dificilmente podia adoptar rapidamente uma decisão sobre as medidas de financiamento ao ser informada dos projectos, quando não se tratava de notificações formais com todos os dados relevantes. A prova de que actuou com a diligência devida reside no facto de, com base na comunicação de 6 de Junho de 1997, ter iniciado o processo de controlo em 5 de Agosto, isto é, dentro dos dois meses que lhe são fixados pelo artigo 6.°, n.° 5, do Quinto Código e pelo artigo 6.°, n.° 6, do Sexto Código. De acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, só depois de ter tido a possibilidade de formar uma opinião sobre a conformidade dos projectos notificados com o Tratado é que a Comissão é obrigada a dar início, sem demora, ao procedimento contraditório previsto no n.° 2 do artigo 88.° CE, notificando o Estado-Membro para apresentar as suas observações [19]. A duração máxima do prazo de reflexão concedido à Comissão é de dois meses [20].

iii) O dever de fundamentação

33. Na opinião da recorrente, a decisão recorrida encontra-se ferida de falta de fundamentação, por não mencionar o processo de notificação dos anos de 1994 e 1995. Tal como se encontra redigida, deixa

19 — Acórdão de 11 de Dezembro de 1973, Lorenz (120/73, Recueil p. 1471, Colect., p. 553, n.° 3).

20 — Acórdãos de 20 de Março de 1984, Alemanha/Comissão, 84/82, Recueil, p. 1451, n.° 11; de 30 de Junho de 1992, Espanha/Comissão (C-312/90, Colect., p. I-4117, n.° 18); de 11 de Julho de 1996, Sfei e o. (C-39/94, Colect., p. I-3547, n.° 38); e Áustria/Comissão, já referido, n.° 74.

a impressão de que a Alemanha concedeu subvenções à empresa durante anos, sem o ter comunicado à Comissão.

34. A decisão recorrida não se refere às informações enviadas à Comissão pelas autoridades alemãs antes de Junho de 1997. Tal como se demonstrou, essa comunicação é a única que pode ser tomada em conta para os efeitos do artigo 88.°, n.° 3, CE e, quando foi feita, a maior parte das medidas já tinha sido posta em prática.

O Tribunal de Primeira Instância dispensa a Comissão, na fundamentação das decisões que deve tomar para assegurar a aplicação das regras de concorrência, da obrigação de tomar posição sobre todos os argumentos invocados pelos interessados em apoio do seu pedido; basta-lhe expor os factos e as considerações jurídicas que assumam uma importância essencial na economia da decisão [21]. Esta doutrina foi confirmada pelo Tribunal de Justiça em recurso do acórdão do Tribunal de Primeira Instância. [22]

Quanto ao resto, é de supor que a notificação formal de Junho de 1997 incluía as informações parciais fornecidas pelas autoridades alemãs ao longo dos anos e que a Comissão as teve em conta no momento de adoptar o acto recorrido. A decisão contém uma descrição clara, precisa e detalhada das razões que a justificaram, pelo que não está ferida de falta de fundamentação.

Na audiência, fiquei com a impressão de que o agente do Governo alemão alegava igualmente que a decisão não fazia qualquer referência aos efeitos das medidas de apoio à empresa sobre as trocas entre Estados-Membros, nem à questão de saber se falseavam ou ameaçavam falsear a concorrência, na acepção do acórdão Sardegna Lines. [23] Este argumento não foi exposto na fase escrita, pelo que deve ser considerado novo e, como tal, inadmissível, nos termos do artigo 42.°, n.° 2, do Regulamento de Processo. Embora essa jurisprudência tenha sido proferida depois de finda a fase escrita, não se trata de jurisprudência inovadora, uma vez que se apoia em vários precedentes.

35. Pelas razões indicadas, o segundo fundamento é também ele improcedente e como tal deve ser julgado.

21 — Acórdãos de 24 de Janeiro de 1992, La Cinq/Comissão (T-44/90, Colect., p. II-1, n.° 41); e de 8 de Junho de 1995, Siemens/Comissão (T-459/93, Colect., p. II-1675, n.° 31).

22 — Acórdão de 15 de Maio de 1997, Siemens/Comissão (C-278/95, Colect., p. I-2507, n.° 16).

23 — Acórdão de 19 de Outubro de 2000, Itália e Sardegna Lines/Comissão (C-15/98 e C-105/99, Colect., p. I-8855).

C. Terceiro fundamento: aplicação, pela Comissão, das normas do Tratado CECA a sectores de produção da Gröditzer excluídos do seu âmbito

36. A recorrente imputa à Comissão uma apresentação distorcida e contraditória dos factos, bem como uma interpretação errada da legislação relativa aos auxílios. A Gröditzer é uma empresa cuja presença no mercado dos produtos constantes do Anexo I do Tratado CECA é muito reduzida, uma vez que as suas actividades comerciais consistem na venda de produtos excluídos do âmbito desse Tratado. Não obstante, a Comissão aplicou as normas que regem os auxílios à siderurgia para avaliar o conjunto da empresa e, portanto, os efeitos da exploração de sectores não regulados pela legislação CECA sobre a concorrência, sem demonstrar que as subvenções qualificadas como auxílios ao funcionamento tinham sido aplicadas de forma desproporcionada ao sector CECA da produção da empresa.

A recorrente entende que a Comissão quis justificar o seu receio quanto ao risco de desvio de fundos de um sector de produção para outro, pelo facto de a empresa exercer ao mesmo tempo actividades sujeitas e actividades não sujeitas ao Tratado CECA, com o resultado de, em vez de se basear em factos comprovados, ter acabado por se basear numa suposição. Contudo, tal como resulta do relatório da auditora KPMG, disponibilizado à Comissão em 1998, a Gröditzer dispunha, desde 1990, de uma contabilidade analítica separada por unidade de gestão, que permitia identificar com exactidão as instalações de produção às quais eram afectados os fundos.

Alega que a maior parte dos auxílios ao funcionamento se destinaram aos sectores de produção de forja, fundição e laminador, não incluídos no Tratado CECA, e que, para aplicar à produção excluída da legislação sobre auxílios essa mesma regulamentação, a Comissão se baseou unicamente na classificação da Gröditzer como empresa siderúrgica do artigo 80.° CA, sem analisar as repercussões da sua actividade económica no mercado. Esta actuação não tem em conta a delimitação do âmbito de cada Tratado, nem os princípios gerais que vigoram em matéria de auxílios de Estado.

37. A Comissão assinala que as empresas como a Gröditzer, que fabricam produtos CECA para consumo próprio ou que apenas os comercializam em pequena parte, são consideradas incluídas no âmbito do referido Tratado. De acordo com o artigo 80.°, consideram-se «empresas» as que exercem uma actividade de produção no domínio do carvão e do aço (termos definidos no Anexo I) e, em certas circunstâncias, as que exercem habitualmente uma actividade de distribuição que não seja a

venda aos consumidores domésticos ou aos artesãos. O elemento que determina a sujeição de uma empresa ao Tratado CECA não é, em processos integrados de produção, a comercialização, mas sim o fabrico de produtos intermédios, uma vez que existe o risco de que um artigo destinado a ser utilizado dentro da empresa seja, na prática, colocado no mercado. Por conseguinte, na medida em que essa empresa fabrique produtos CECA, esse Tratado é-lhe aplicável, quer os artigos sejam destinados a comercialização nesse estado quer a empresa tenha a intenção de os transformar noutros distintos não regidos pelo Tratado CECA.

38. Na minha opinião, a tese da Alemanha no âmbito deste fundamento não pode proceder. O Tribunal de Justiça definiu, em 1959, o âmbito do Tratado CECA, [24] firmando uma jurisprudência clara que a recorrente parece conhecer, embora a refira de passagem. Nesse acórdão, depois de afastar como contrário ao Tratado o conceito de produção relativo exclusivamente ao fabrico de objectos destinados a comercialização, afirma-se que o Anexo I contém uma lista de produtos que frequentemente são produzidos para serem transformados em artigos técnica e economicamente distintos em estabelecimentos diferenciados, dependentes da mesma firma, e que não são comercializados. A subtração dessa produção ao Tratado iria contra a intenção dos seus autores, sem contar com o facto de que essa inclusão dependeria da estrutura jurídica da empresa fabricante, ficando excluída do Tratado CECA a produção das grandes empresas integradas. [25]

Teria podido aceitar que a maior parte dos auxílios concedidos se destinava a apoiar o fabrico de artigos regidos pelo Tratado CE, desde que tivesse existido completa separação entre a produção CECA e as actividades CE da empresa. Não se tendo provado essa separação, a Comissão considera que o risco de desvio dos auxílios de um sector para outro é real, conforme expõe em pormenor antes de afirmar, no n.º 40 da decisão, que a produção de aço era beneficiária dos auxílios concedidos a actividades derivadas abrangidas pelo Tratado CE: os auxílios destinados, aparentemente, ao sector maioritário e deficitário da produção CE beneficiavam, na prática, o das actividades derivadas CECA, de forma que, através da contabilidade interna, se obtinha um preço fixado artificialmente. A inexistência de qualquer desvio de fundos é uma condição prévia para que os auxílios possam ser analisados à luz do Tratado CE; além disso o ónus da prova recai sobre o Estado-Membro.

O Tribunal analisou também se o conceito de actividade de produção do artigo 80.º CA compreendia a elaboração da fundição fabricada e transformada em oficinas que constituem uma rede técnica integrada, numa situação em que era muito estreito o vínculo económico e técnico entre os altos fornos e as oficinas de fundição da mesma empresa. Considerou que os autores do Tratado recorreram ao critério de produção para delimitar o seu âmbito pessoal, conscientes de que os fabricantes

24 — Acórdão de 17 de Dezembro de 1959, Société des fonderies de Pont-à-Mousson/Alta Autoridade (14/59, Recueil p. 445, Colect. 1954-1961, p. 357).

25 — Primeiro considerando 1, n.os 470 e 471.

de um produto CECA podem ser, ao mesmo tempo, consumidores de outro e de que a fundição líquida obtida nos altos fornos, para além de ser transformada imediatamente em peças de molde de fundição, pode-se deixar solidificar, para ser comercializada sob a forma de lingotes, ou ser vendida em estado líquido.[26] A mesma posição foi defendida pelo advogado-geral Lagrange, nas conclusões que apresentou nesse processo.[27]

O acórdão Deutsche Babcock[28] também não beneficia a tese da recorrente. Foi necessário decidir sobre o Regulamento (CEE) n.º 1430/79, relativo ao reembolso de direitos de importação ou de exportação[29], declarando-se que o artigo 305.º CE alarga a aplicação das normas da Comunidade Europeia aos produtos enquadrados pelo Tratado CECA, quando determinada questão não estiver regulada no referido Tratado ou nas normas adoptadas para o seu desenvolvimento.

Assim, para se determinar se uma empresa é abrangida pelo âmbito do Tratado CECA, há que considerar apenas as actividades de produção e não as de comercialização, tendo em conta que os auxílios são proibidos pelo artigo 4.º, alínea c), CA, mesmo se provocarem uma distorção pouco significativa da economia. Quanto ao resto, ao contrário do que acontece com o n.º 1 do artigo 87.º CE, não resulta do referido preceito que incumba à Comissão declarar que o auxílio em causa falseia ou ameaça falsear a concorrência, pois proíbe todo e qualquer auxílio, sem nenhuma excepção, pelo que não pode conter uma regra *de minimis*.[30]

39. Tal como declarou recentemente o Tribunal de Primeira Instância, não há que considerar que os auxílios ao investimento destinados a uma empresa CECA devam sempre ser apreciados à luz das normas relativas aos auxílios de Estado abrangidos pelo Tratado CECA; também não há que o fazer quanto aos concedidos a uma empresa siderúrgica, que exerce actividades abrangidas e não abrangidas por esse Tratado, incluindo no caso de ser destinatária de auxílios ao investimento para as suas actividades não abrangidas pelo Tratado.[31] Assim assinala a Comissão no n.º 33 da decisão recorrida.

40. O n.º 34 distingue os produtos finais da forja, laminador de anéis e fundição dos da aciaria, que são vendidos noutros mercados. Ao serem fabricados nas suas respectivas àreas de produção, estes processos não estão integrados, razão pela qual é possível, no que respeita aos auxílios ao

26 — *Idem*, segundo considerando, n.ºs 471 e 472.

27 — V., em especial, n.º 493.

28 — Acórdão de 15 de Setembro de 1987 (328/85, Colect., p. 5119).

29 — Regulamento (CEE) n.º 1430/79 do Conselho, de 2 de Julho de 1979, relativo ao reembolso ou à dispensa do pagamento dos direitos de importação ou de exportação (JO L 175, p. 1; EE 02 F6, p. 36).

30 — Acórdão de 21 de Janeiro de 1999, Neue Maxhütte Stahlwerke e Lech-Stahlwerke/Comissão (T-129/95, T-2/96 et T-97/96, Colect., p. II-17, n.º 147). Este entendimento foi confirmado pelo Tribunal de Justiça no despacho de 25 de Janeiro de 2001, Lech-Stahlwerke/Comissão (C-111/99 P, Colect., p. I-727, n.º 41).

31 — Acórdão de 5 de Junho de 2001, ESF Elbe-Stahlwerke Feralpi/Comissão, T-6/99, Colect., p. II-1523, n.ºs 61 e 62).

investimento, diferenciar claramente entre actividades CECA e actividades não CECA.

Pelo contrário, no que respeita aos auxílios ao funcionamento, os n.os 35 a 41 da decisão recorrida demonstram a impossibilidade de distinguir os auxílios concedidos às actividades CECA dos concedidos à produção CE, uma vez que a empresa não dispõe de contabilidade separada. Além disso, tal como se destaca no quadro reproduzido no n.º 36, os dados contabilísticos que constam do relatório da auditora KPMG, invocado pelo Governo alemão para demonstrar a existência da contabilidade separada, contradizem os que constam da notificação de Junho de 1997 na quase totalidade das rubricas e confirmam a apreciação da Comissão sobre o desvio na afectação dos fundos, tal como se expõe no n.º 39. Compartilho do entendimento da Comissão de que esse risco de desvio é preocupante em empresas em que a contabilidade não é feita em separado por cada actividade produtiva [32]. Também subscrevo que, com base no Anexo I, n.º 4, se deve ter em conta que alguns produtos da lista estão relacionados com subprodutos que, sem estarem incluídos, podem condicionar o preço, de forma que o anexo deve englobar os subprodutos e outros produtos CECA transformados, quando influírem nas condições normais da concorrência que afectam os produtos principais.

Esta preocupação assumiu destaque num documento de 1988, destinado a delimitar determinados sectores siderúrgicos não regulados pelo Tratado CECA, [33] no qual a Comissão reconhece, para além da situação concorrencial particularmente sensível desses sectores, o perigo de se eludir a sua política de apoio à siderurgia, através do pagamento de auxílios a empresas filiais, para actividades que, sem estarem abrangidas pelo âmbito do Tratado CECA, poderiam beneficiar o seu desenvolvimento. Parece lógico que o risco seja ainda maior se, em vez de filiais, se estiver perante a transformação de aço CECA dentro da mesma empresa.

41. O Tribunal de Primeira Instância recentemente confirmou que não se pode justificar a aplicação do Tratado CECA a auxílios concedidos para investimentos relativos a uma actividade de produção excluída, a menos que existam suficientes garantias que permitam descartar qualquer desvio dos auxílios a favor das actividades de produção sujeitas ao Tratado CECA, cabendo ao Estado-Membro, assistido pela empresa beneficiária do auxílio, proporcionar à Comissão todos os elementos que lhe permitam verificar, durante o processo administrativo, a existência de tais garantias. [34]

32 — O Tribunal de Primeira Instância, no acórdão de 25 de Junho de 1998, British Airways e.a./Comissão (T-371/94, T-394/94, T-394/94, Colect., p. II-2405, n.º 314), considerou que o mecanismo de *holding*, em que as empresas são independentes umas das outras, combinado com o sistema de verificação por consultores independentes e com o escalonamento do pagamento do auxílio em várias parcelas, podiam ser qualificados como meios suficientes e adequados para garantir que a empresa nominalmente beneficiária fosse a única a receber o auxílio.

33 — JO 1988, C 320, p. 3.

34 — Acórdão ESF Elbe-Stahlwerke Feralpi/Comissão, já referido, n.os 125 e 126.

42. As decisões da Comissão invocadas pela recorrente para demonstrar uma alegada discriminação sofrida também não se revelam pertinentes, uma vez que foram adoptadas com base em diferentes pressupostos de facto. [35] Mas, ainda que os factos fossem comparáveis, há que ter em conta que o respeito do princípio da igualdade de tratamento deve ser conciliado com o do princípio da legalidade, segundo o qual ninguém pode invocar, em seu benefício, uma ilegalidade cometida a favor de terceiro. [36]

43. De acordo com o exposto, este fundamento deve também ser julgado improcedente.

D. *Quarto fundamento: Valoração errada dos auxílios ao investimento destinados ao sector de produção CECA da empresa, nos termos do Quinto Código dos auxílios à siderurgia*

44. A Alemanha considera que a Comissão não pode recusar a compatibilidade dos auxílios ao investimento concedidos ao sector CECA da Gröditzer, no valor de 13,3 milhões, com o Tratado e com o artigo 5.°, terceiro travessão, do Quinto Código dos auxílios à siderurgia, por não terem sido notificados antes de 30 de Junho de 1994, quando a própria Comissão instou o Governo alemão a retirar a notificação feita em 29 de Junho desse ano. Da decisão recorrida não consta se foi apreciada a legalidade dos auxílios face ao artigo 5.°, terceiro travessão, do Quinto Código e, na sua opinião, o mero incumprimento do prazo de notificação não permite à Comissão pedir a devolução de um auxílio, quando não analisou nem pôs em dúvida a sua legalidade.

45. A Comissão acentua que a decisão recorrida não se refere apenas ao incumprimento do prazo para a notificação dos auxílios, mas também ao facto de, por esse motivo, eles não terem podido ser objecto de análise antes da data limite prevista no Quinto Código, isto é, 31 de Dezembro de 1994, para os auxílios previstos a favor das empresas estabelecidas no território da antiga República Democrática Alemã.

46. Também não posso compartilhar da posição da Alemanha neste ponto. O Quinto Código estabelece, com uma clareza linear, a data limite para que os auxílios possam ser considerados compatíveis com o mercado comum, data depois da qual, a Comissão não os pode autorizar. O Tribunal de Justiça assim o considerou relativamente a uma disposição da Decisão

35 — Trata-se da Decisão da Comissão de 30 de Julho de 1996, relativa a um auxílio estatal concedido à empresa Compañía Española de Tubos por Extrusión SA, situada em Llodio (Álava) (JO 1997, L 8, p. 14), adoptada com base no Tratado CECA e no Tratado CE. A autorização de auxílios de Estado à empresa Productos Tubulares (JO 1998 C 409, p. 6) foi concedida porque esta tinha sofrido uma restruturação completa e a sua produção CECA, destinada ao consumo interno, era ínfima e não era comercializada.

36 — Acórdão de 4 de Junho de 1985, Williams/Tribunal de Contas (134/84, Recueil, p. 2225, n.° 14); e acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 14 de Maio de 1998, Mayr-Melnhof/Comissão (T-347/94, Colect., p. II-1751, n.° 334).

n.º 2320/81/CECA, Segundo Código dos auxílios à siderurgia,[37] declarando que se tratava de um prazo de caducidade, no sentido de que impedia a aprovação de qualquer projecto de auxílio notificado posteriormente.[38]

Também o Tribunal de Primeira Instância considerou que resulta dos artigos 1.º, 5.º e 6.º do Quinto Código que os auxílios aí previstos só podiam tornar-se efectivos após haverem sido autorizados pela Comissão e que a data de 31 de Dezembro de 1994, fixada como termo do prazo para pagamento dos auxílios regionais ao investimento, constituía necessariamente o limite concedido à Comissão para decidir quanto à sua compatibilidade[39]. Em recurso, o Tribunal de Justiça confirmou esta interpretação, ratificando que não é possível aceitar que o prazo de notificação previsto pelo Quinto Código constitua um prazo de carácter indicativo, pelo que a Comissão não podia autorizar os auxílios se os projectos destinados a instituí-los ou modificá-los não lhe tivessem sido notificados antes de expirar o prazo especificamente previsto, conclusão que deve ser declarada oficiosamente pelo juiz, mesmo que nenhuma das partes lhe tenha pedido para o fazer[40].

47. Era de esperar que a decisão recorrida não analisasse a legalidade dos auxílios face ao artigo 5.º, terceiro travessão, do Quinto Código, uma vez que a Comissão não podia adoptar um acto, em 1999, aplicando uma legislação que tinha deixado de estar em vigor em 31 de Dezembro de 1996. O Tribunal de Primeira Instância assinalou que o Estado-Membro que tenha violado a obrigação de notificação não pode exigir que a Comissão exerça um controlo da compatibilidade de um auxílio com o mercado comum à luz do código revogado e que, quando não tenha respeitado as condições impostas pelo referido código, não tem legitimidade para invocar o princípio da segurança jurídica para beneficiar das derrogações dele constantes[41].

48. Quanto ao resto, ficou demonstrado que a notificação formal feita em 29 de Junho de 194, que se referia aos auxílios ao investimento no montante de 79 milhões, foi retirada pelas autoridades alemãs, o que impediu a Comissão de as analisar dentro do prazo. Fosse qual fosse a razão para actuar deste modo, a pedido da Comissão ou para poder, face à privatização, notificar o estado definitivo e exaustivo dos auxílios, a fim de solicitar uma análise global, o Governo alemão devia estar consciente dos resultados da sua acção à luz da legislação em vigor e do acórdão do

37 — Decisão da Comissão, de 7 de Agosto de 1981, que institui regras comunitárias para os auxílios à siderurgia (JO L 228, p. 14; EE 08 F2, p. 90).

38 — Acórdão de 3 de Outubro de 1985, Alemanha/Comissão (214/83, Recueil, p. 3053, n.ºs 45 a 47).

39 — Acórdão de 31 de Março de 1998, Preussag Stahl/Comissão (T-129/96, Colect., p. II-609, n.º 41).

40 — Acórdão de 13 de Julho de 2000, Salzgitter/Comissão (C-210/98 P, Colect., p. I-5843, n.ºs 54 a 56).

41 — Acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 15 de Outubro de 1997, IPK/Comissão (T-331/94, Colect., p. II-1665, n.º 45); e de 16 de Dezembro de 1999, Acciaierie di Bolzano/Comissão (T-158/96, Colect., p. II-3927, n.º 64).

Tribunal de Justiça proferido em 1985, precisamente num processo em que tinha sido parte [42].

49. Tendo em conta o exposto, este fundamento deve também ser julgado improcedente.

E. *Quinto fundamento: avaliação errada dos auxílios ao investimento, destinados ao sector de produção excluído do Tratado CECA*

50. Este fundamento subdivide-se em duas partes.

i) Aplicação do Quinto Código dos auxílios à siderurgia, em vez das orientações relativas aos auxílios à reestruturação

51. A recorrente assinala que existem contradições na argumentação avançada pela Comissão para decidir que os auxílios ao investimento, concedidos ao sector de produção excluído do âmbito CECA, não podem ser autorizados como auxílios à reestruturação, de acordo com o artigo 87.°, n.° 3, alínea c), CE, mas que, aplicando-se por analogia o regime de auxílios do Tratado CECA, apenas podem ser considerados auxílios regionais e ser autorizados em 35% do total. Afirma que as actividades da empresa em âmbitos regidos pelo Tratado CE não fazem parte de qualquer sector económico para o qual a Comissão tenha fixado critérios de autorização dos auxílios de Estado (sectores sensíveis). Indica que foi apresentado um plano de reestruturação no âmbito das comunicações de 1994, 1995 e 1996, que se manteve até ao dia em que foi privatizada a empresa.

52. A Comissão alega que as decisões relativas ao Treuhandanstalt não se aplicam unicamente à produção de aço CECA, mas também ao conjunto do sector siderúrgico que engloba também os produtos não regidos pelo Tratado. A empresa beneficiária dos auxílios fabrica tanto esses produtos como outros. Pertence a um sector sensível, isto é, que pode, devido a um excesso de capacidade sectorial, ser afectado por distorções da concorrência. A existência de uma regulamentação especial é um indício de que é um sector sensível.

53. Tal como se refere no n.° 56, segundo parágrafo, da decisão recorrida, a definição de sector sensível abrange não só a produção de aço do âmbito CECA mas também as fases prévias como a forja e a fundição. Ao operar em ambos os grupos de produção, há que considerar a Gröditzer pertencente a um sector sensível e, nos termos da legislação do Treuhandanstalt, os auxílios também deviam ser objecto de notificação.

42 — Acórdão Alemanha/Comissão, já referido, processo 214/83.

As excepções concretas previstas nos posteriores regimes do Treuhandanstalt não foram aplicadas, pelo que, de acordo com o que estabelecem as próprias regras do Treuhandanstalt, a Comissão teve que avaliar os auxílios com base em disposições tais como as orientações comunitárias relativas aos auxílios estatais de emergência e à reestruturação concedidos a empresas em dificuldade [43], e as orientações relativas aos auxílios estatais com finalidade regional [44].

Ora, nunca foi apresentado um plano de reestruturação para a Gröditzer que previsse a recuperação da rentabilidade. Conforme acrescenta a Comissão, nem a descrição sumária nem o resumo dos projectos de investimento comunicados conseguiram apresentar um programa de reestruturação coerente e exaustivo. O Tribunal de Primeira Instância assinalou que um documento não pode ser havido como um verdadeiro plano de reestruturação se não previr nenhuma medida especial para remediar os problemas específicos da empresa. Portanto, os auxílios provenientes de fundos públicos não estavam ligados a medidas de reestruturação concretas e previstas num programa, condição indispensável dum plano de reestruturação [46].

54. No que se refere aos auxílios à reestruturação das empresas em crise, a beneficiária é uma empresa CECA e nesse Tratado não existe qualquer fundamento jurídico que os autorize para esse fim. Embora seja certo que foi autorizado esse tipo de auxílios a outras empresas do âmbito CECA, por decisões adoptadas nos termos do artigo 95.° CA, em todos os casos se tratava de recuperar a sua rentabilidade com base numa privatização. No despacho Alemanha/Comissão [45], declarou-se que o estrito regime de auxílios ao sector siderúrgico tem nomeadamente por objectivo impedir as consequências especialmente nocivas para a concorrência — e portanto para a sobrevivência das empresas rentáveis — da manutenção artificial de empresas que não poderiam sobreviver em condições normais de mercado.

55. De acordo com os n.os 52 e seguintes da decisão recorrida, os investimentos nos sectores não pertencentes ao âmbito CECA elevaram-se a 96,9 milhões e foram concedidos auxílios no valor total de 96,1 milhões. Deste montante, 8,4 milhões correspondem a auxílios regionais, 3,6 milhões a subsídios ao investimento e o montante remanescente a empréstimos de accionista e créditos bancários garantidos. A sua concessão baseou-se nas disposições gerais do Tratado de reunificação e da lei relativa ao Treuhandanstalt. Em Outubro de 1998, a Alemanha informou a Comissão de que o objectivo comunitário não era aplicável às empresas do Treuhandanstalt durante o período em causa, pelo que o Treuhandans-

43 — JO 1994 C 368, p. 12.

44 — JO 1998 C 74, p. 9.

45 — Despacho de 3 de Maio de 1996, Alemanha/Comissão (C-399/95, Colect., p. I-2441, n.° 80).

46 — Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 15 de Setembro de 1998, BFM e EFIM/Comissão, já referido, n.° 88.

talt e os sucessivos proprietários da empresa actuaram na concessão e na garantia desses empréstimos e créditos como instâncias regionais de auxílio de facto, sendo os empréstimos e os créditos um sucedâneo dos auxílios regionais ao investimento.

56. Na minha opinião, a Comissão considerou correctamente que as orientações relativas aos auxílios estatais com finalidade regional, em vigor quando foram concedidos os auxílios, eram a única base jurídica aplicável para apreciar os auxílios ao investimento. As actividades de âmbito CECA da empresa processam-se num sector sensível e são-lhes igualmente aplicáveis os limites máximos para os auxílios regionais, de acordo com o quadro legal relativo a determinados sectores siderúrgicos não incluídos no âmbito do Tratado CECA.

57. Concordo com a Comissão em que não se demonstrou e é pouco credível o restabelecimento da rentabilidade, uma vez que ele pode dever-se facilmente às receitas excepcionais constituídas pelas subvenções, pelo que não pode ser aceite como demonstração de que a empresa se tornou viável. O Tribunal de Primeira Instância declarou que dispor de um fluxo de tesouraria positivo não basta para conhecer o estado financeiro da empresa, em particular quando a liquidez provém de subvenções maciças [47].

47 — Acórdão BFM e EFIM/Comissão, já referido, n.os 83 e 84.

ii) Falta de aplicação do artigo 87.°, n.° 2, alínea c), CE pela Comissão

58. A Alemanha alega que a reestruturação da empresa e as medidas de acompanhamento do Treuhandanstalt e das outras entidades públicas são um caso típico de aplicação do artigo 87.°, n.° 2, alínea c), CE, em particular porque Gröditzer, como local de implantação da indústria siderúrgica, foi seriamente afectada pelas consequências da planificação económica do regime socialista e pelas dificuldades em superá-las e porque o nível económico médio da zona, devido aos efeitos da divisão da Alemanha, se encontra longe de alcançar o dos antigos estados federados.

59. Existem duas razões pelas quais não posso dar razão à recorrente, na medida em que pretende invocar a disposição do artigo 87.°, n.° 2, alínea c), CE, que declara compatíveis com o mercado comum os auxílios atribuídos à economia de certas regiões da República Federal da Alemanha afectadas pela divisão do país, desde que sejam necessários para compensar as desvantagens causadas.

A primeira é que, a supor a disposição aplicável, as autoridades alemãs não a

invocaram quando deviam nem fizeram prova de que se verificam os requisitos necessários para se considerar que a empresa se encontra nessa situação.

60. Pelas razões indicadas, este fundamento deve também ser julgado improcedente na íntegra.

F. *Sexto fundamento: avaliação errada das circunstâncias em que decorreu a privatização*

A segunda baseia-se na interpretação que o Tribunal de Justiça deu a essa norma no acórdão de 19 de Setembro de 2000 [48] em que, depois de confirmar que a disposição não foi revogada pelo Tratado da União Europeia nem pelo Tratado de Amsterdão, assinalou que, por ser uma excepção ao princípio geral da incompatibilidade dos auxílios de Estado com o mercado comum, devia ser interpretada de forma estrita, acrescentado que as desvantagens económicas causadas pela divisão apenas podem ser as resultantes, em certas regiões alemãs, do isolamento gerado pelo estabelecimento de uma fronteira física, tais como o encerramento de vias de comunicação ou a perda de mercados na sequência da interrupção das relações comerciais entre as duas partes do território alemão. Contudo, a divisão geográfica não foi a causa directa das referidas desvantagens, de que sofrem globalmente os novos estados federados, mas sim os regimes político-económicos diferentes instituídos em cada uma das partes [49].

61. Este fundamento subdivide-se em duas partes.

i) Apreciação inexacta do direito alemão e aplicação errada do critério do investidor privado

62. Na opinião da República Federal, nos n.os 75 e seguintes da decisão recorrida, a Comissão utilizou números incorrectos para avaliar os custos da liquidação. Afirma que a distinção do n.º 80, alínea a), entre as obrigações das instituições federais pertencentes ao Estado e as dos accionistas é equívoca, uma vez que as garantias não são medidas de apoio previstas num programa de garantias do Estado, sendo comparáveis às declarações que emitem as sociedades *holding*, habituais na economia privada, ou às garantias prestadas pelas suas filiais. Com efeito, relativamente aos custos da liquidação de uma empresa filial, uma *holding* de direito privado deve tomar em conta a obrigação de assumir as dívidas da sua filial, se tiver garantido os seus créditos, no âmbito

48 — Acórdão de 19 de Setembro de 2000 (Alemanha/Comissão, C-156/98, Colect., p. I-6857, n.os 46 a 56). Interpretação semelhante seguiu o Tribunal de Primeira Instância no acórdão de 15 de Dezembro de 1999, Freistaat Sachsen e o./Comissão (T-143/96 e T-142/96, Colect., p. II-3663, n.os 136 e 137).

49 — Em resposta à pergunta que lhe formulei na audiência, o agente do Governo federal reconheceu que, em face desse acórdão, proferido enquanto decorria a fase escrita do presente processo, a alegação tinha poucas possibilidades de proceder.

habitual dos seus negócios. Da mesma forma, segundo o direito alemão, em caso de liquidação de uma empresa, o proprietário do capital deve suportar as despesas de saneamento do local de implantação, avaliadas em 87 milhões. Nestas circunstâncias, os accionistas deveriam ter feito face a despesas, no valor de 445 milhões para a liquidação da empresa, e a privatização, a um preço negativo de venda de 340 milhões era, sem dúvida, a opção mais económica, dando cumprimento ao critério do investidor privado aplicável aos regimes de auxílios.

63. A Comissão esclarece que o valor de liquidação dos activos ascendia, de acordo com o relatório, a 94 milhões de marcos, montante que deve servir para fazer face ao passivo da empresa na ordem de prioridades prevista na legislação alemã sobre falências. Por esta razão, os custos da liquidação limitam-se a essa quantia e, se o Estado incluir montantes superiores por força de outras obrigações, não estará a actuar como proprietário, mas sim como autoridade pública, pelo que esses montantes não podem ser tidos em conta para efeitos de aplicação do critério do investidor privado.

64. Na minha opinião, a fim de se fiscalizar os critérios pelos quais a Comissão avaliou o processo de privatização, há que partir da base de que, como se afirma no n.º 44 da decisão, se trata de uma empresa em dificuldades desde a sua constituição, à qual diversas instâncias estatais forneceram créditos, sem juros e sem obrigação de reembolso, que um investidor privado nunca teria concedido.

A Alemanha calcula em 475 milhões de marcos o custo da liquidação, desdobrado em 418 milhões (196 milhões correspondem ao empréstimo dos accionistas, 49 milhões a créditos bancários garantidos, 26 milhões a diversos elementos do passivo e 147 milhões a reservas para despesas várias) e em 57 milhões o custo do processo de liquidação propriamente dito, em particular os custos de exploração e suspensão das actividades durante esse período.

Este cálculo não se pode aceitar como correcto à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça, nos termos da qual um investidor privado que prossiga uma política estrutural, global ou sectorial, orientada por perspectivas de rentabilidade a longo prazo, não pode permitir-se, depois de enfrentar anos de perdas, proceder a um aumento de capital mais oneroso do que a opção pela liquidação do activo e, além disso, ligado à venda da empresa, o que, mesmo a prazo, lhe retira qualquer perspectiva de lucro [50].

Por outro lado, a Alemanha apresentou um conjunto de despesas de accionista como

50 — Acórdão de 14 de Setembro de 1994, Espanha/Comissão (C-278/92 a C-280/92, Colect., p. I-4103, n.º 26).

parte dos custos globais da liquidação, que, no fundo, constituem despesas do Estado como autoridade pública; é o caso da devolução de 49 milhões de marcos em créditos bancários garantidos pelo Treuhandanstalt e outras entidades públicas; uma provisão para dívidas históricas de 15 milhões de marcos; 22 milhões para as despesas com medidas sociais que não advém de obrigações vinculativas e uma provisão de 98 milhões para as despesas de saneamento do recinto industrial, que inclui a demolição dos edifícios, a limpeza completa do recinto e a sua venda, pela qual não se teriam recebido mais de 9 milhões de marcos.

65. Tem razão a Comissão ao entender que, à vista da situação financeira da empresa, é improvável que um investidor privado tivesse utilizado fundos adicionais para um plano de despedimentos e reformas antecipadas. Da mesma forma, um investidor privado, em face de um valor de venda do recinto de apenas 9 milhões, mesmo estando a empresa obrigada ao seu saneamento, não teria colocado fundos adicionais à sua disposição em caso de liquidação, ficando essas despesas a cargo do Estado, como garante da protecção do meio ambiente.

Além disso, se, nos termos da lei alemã, em caso de falência, os empréstimos de accionista se considerarem fundos próprios que não podem ser reclamados à massa falida, a incluir nos custos de liquidação, esses custos seriam apenas 292 milhões. Comparando este número com os custos de privatização, que ascenderam a 340 milhões de marcos, a liquidação da empresa ter-se-ia revelado menos onerosa do que a sua privatização, de onde resulta que um investidor privado teria optado pela liquidação.

ii) Apreciação errada do processo de concurso

66. Quanto às objecções opostas pela Comissão à venda da empresa por concurso público, a Alemanha assinala que, em 1992, tinha dado ordem a um banco de investimentos para lançar um concurso internacional para a venda da empresa, aberto a todos os potenciais interessados, sem condições para a apresentação das propostas; decidiu vendê-la à Georgsmarienhütte, porque esta fez a proposta mais vantajosa. A Alemanha entende que a conduta da Comissão constitui uma ingerência injustificada na autonomia dos Estados-Membros, uma vez que não existe qualquer disposição do direito comunitário derivado que regule o processo de privatização de empresas, nem que imponha a venda por concurso público, sendo o único critério decorrente do Tratado o de que, como titular do capital, o Estado deve actuar da mesma forma que um investidor privado. Alega que a Comissão também não demonstrou que outros possíveis interessados teriam pago mais pela empresa nem quais os processos de privatização diferentes que teriam dado, no caso concreto, resultados mais prometedores.

Refere, por último, que está ao corrente de que a Comissão estabeleceu alguns princípios gerais aplicáveis aos processos de privatização de empresas [51], para isentar o Estado da obrigação de notificação. De acordo com estes princípios, quando a privatização for feita através de venda em hasta pública, transparente e não condicionada a outras obrigações e seja adjudicada ao melhor proponente, considerar-se-á que não existiu concessão de auxílio. Isto não significa, porém, que, por meio de outros processos de concurso, não se possa assegurar que o Estado, como titular do capital, realize a venda nas melhores condições possíveis, mesmo quando não estiver isento da obrigação de notificação, obrigação à qual o Governo alemão deu cumprimento. Para saber se a venda contém auxílios a favor do comprador, o preço não pode ser o único elemento decisivo, tendo que se levar a cabo uma apreciação do conjunto das circunstâncias que envolveram o acordo, entre as quais estão, para além do preço nominal, incluindo a assunção do passivo, a responsabilidade do investidor pelas dívidas da empresa, as garantias e as obrigações a que se vincula o comprador. No acordo de privatização da Gröditzer, o adquirente obrigava-se a efectuar investimentos de 39,6 milhões, sendo de 100% a penalização dos compromissos não cumpridos, até 31 de Dezembro de 2002; garantiam-se 717 postos de trabalho, além de 45 postos com contrato de formação; e estabelecia-se uma penalização de 40.000 marcos por posto de trabalho e por ano, até 31 de Dezembro de 2002.

51 — XXIII Relatório sobre a política de concorrência, 1993, n.º 403.

67. Para a Comissão, o facto de não se ter organizado, neste caso, um concurso aberto, transparente e sem condições, adjudicando-se ao melhor proponente, induz à presunção de que houve subvenções. De facto, nem a intervenção de bancos privados, com os meios de comunicação usuais no comércio, nem a mera notificação das medidas bastam para descartar a existência de auxílios.

68. De novo subscrevo os argumentos da Comissão para considerar que o processo não foi incondicional, nem aberto, nem transparente.

Por um lado, nos *memoranda* dos bancos de investimentos, em que se referia expressamente a possibilidade de concessão de auxílios estatais, não se pedia uma proposta vinculativa mas apenas se pedia aos proponentes que apresentassem um plano empresarial, em que especificassem detalhadamente os seus compromissos em matéria de criação e manutenção do emprego, futuros investimentos e financiamento. As empresas selecionadas foram convidadas a iniciar negociações bilaterais; as obrigações assumidas tiveram uma influência determinante no preço de venda. Também não se pedia uma oferta concreta, nem foram estabelecidos de antemão parâmetros ou limites máximos para se avaliarem as propostas. Além disso, o processo decorreu sem um aviso público de concurso com base num caderno de encargos preciso, mas sim com um convite para o início de

negociações individuais baseadas em compromissos a assumir tanto pelo vendedor como pelo comprador e decididas num processo vagamente definido. Há que deduzir que as obrigações assumidas influenciaram o preço estipulado.

Por outro lado, as diferenças de critério durante as negociações finais deveram-se necessariamente ao processo escolhido e a sociedade compradora, a Georgsmarienhütte, teve a possibilidade de adaptar a sua posição definitiva às exigências do vendedor, de forma que, ao não existir uma verdadeira concorrência, não houve garantia de que a contrapartida das obrigações assumidas, que não tinham sido previamente comunicadas a todos os proponentes, correspondesse ao preço normal de mercado. Esta falta de transparência confirma-se à luz do artigo 6.° da decisão recorrida, de acordo com o qual a Alemanha tencionava conceder à empresa, ao abrigo do n.° 2 do artigo 9.° do acordo de 27 de Fevereiro de 1997, relativo à alienação das participações da Gröditzer à Georgsmarienhütte, empréstimos num montante de 3,3 milhões de marcos alemães, a título de adiantamentos sobre auxílios regionais pendentes de cobrança.

69. Por último, também não concordo com a Alemanha em que as críticas da Comissão ao processo de privatização constituam uma ingerência na autonomia dos Estados-Membros. Embora a salvaguarda do regime da propriedade privada esteja prevista no artigo 295.° CE, a atribuição de auxílios públicos por força da transmissão de uma propriedade pública para propriedade privada é proibida pelo artigo 87.° CE e pelo artigo 4.° CA, alínea c). Acompanho a posição da Comissão de que o facto de a empresa ter sido vendida ao melhor proponente no âmbito de uma hasta pública, porque os restantes licitantes não estavam dispostos a ficar com ela, a menos que o Estado proporcionasse mais recursos, não demonstra que as condições acordadas com o adjudicatário não contivessem subvenções.

70. Pelas razões expostas, este fundamento deve também ser julgado improcedente na íntegra.

VI — Despesas

71. Nos termos do artigo 69.°, n.° 2, do Regulamento de Processo, a parte vencida é condenada nas despesa se a parte vencedora o tiver requerido. Uma vez que proponho que seja negado provimento ao recurso interposto pela Alemanha e a Comissão pediu a condenação nas despesas do processo judicial, deve o Estado-Membro recorrente ser condenado no pagamento das despesas.

VII. Conclusão

72. De acordo com as considerações acima expostas, sugiro que o Tribunal de Justiça:

1) Julgue totalmente improcedente o recurso interposto pela República Federal da Alemanha, em que se pede a anulação dos artigos 4.° a 7.° da Decisão 1999/720/CE, CECA da Comissão, de 8 de Julho de 1999, relativa a um auxílio estatal concedido pela Alemanha à Gröditzer Stahlwerke GmbH e à sua filial Walzwerk Burg GmbH.

2) Condene o Estado recorrente nas despesas.