CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL GIUSEPPE TESAURO
apresentadas em 19 de Setembro de 1989 *

Senhor Presidente,
Senhores Juízes,

1. O Governo belga impugna a decisão de 4 de Fevereiro de 1987 pela qual a Comissão declara a ilegalidade (por violação das obrigações decorrentes do artigo 93.°, n.° 3, do Tratado) bem como a incompabilidade com o mercado comum nos termos do artigo 92.°, ao mesmo tempo que ordena a sua supressão mediante recuperação, do grande auxílio financeiro (mais de 12 mil milhões de BFR) concedido por formas diversas (aumento de capital e subscrição de obrigações convertíveis, conversão em capital de créditos garantidos e outros contributos) pelo referido governo à empresa siderúrgica Tubemeuse entre 1984 e 1986.

A questão preliminar

2. Antes de examinar o mérito do recurso, interessa, todavia, analisar uma questão sobre a qual a Comissão se debruçou amplamente nos seus articulados e na audiência, e sobre a qual pediu ao Tribunal que se pronunciasse expressamente.

Com efeito, a título preliminar, a Comissão deduziu a indamissibilidade dos fundamentos do recurso relativos à aplicação do artigo 92.°, n.° 3, do Tratado.

O Governo belga, na verdade, não contestou a existência, no caso em apreço, de uma violação das obrigações de carácter processual resultantes do artigo 93.°, n.° 3. Ora, essa violação implica *de per se* a ilegalidade da instituição do auxílio em questão, independentemente da verificação da sua compatibilidade com as disposições de carácter substancial do artigo 92.°, n.° 3. Daqui resulta, segundo a Comissão, que as acusações formuladas no recurso e relativas à aplicação dessas disposições são inadmissíveis.

3. Esclarecemos, antes de mais, que, relativamente ao seu alcance e consequências, a questão colocada pela Comissão não parece, na verdade, poder ser qualificada de *excepção de inadmissibilidade* em sentido próprio.

Em primeiro lugar, com efeito, a decisão impugnada refere as duas violações, tanto a do artigo 93.°, n.° 3 como a do artigo 92.° (artigo 1.°: «Esses auxílios são, além do mais, incompatíveis com o mercado comum, por força do artigo 92.° do Tratado CEE.»), sendo a fundamentação relativa a um e outro aspecto. De modo que a acusação formulada pelo Governo belga a propósito da parte da decisão relativa à aplicação do artigo 92.°, n.° 3 do Tratado é, sem mais, «admissível». Em segundo lugar, a Comissão, tal como expressamente referiu na audiência, solicita ao Tribunal que sobretudo aplique um *critério de economia processual*, quer dizer, uma vez estabelecido que a

* Língua original: italiano.

medida nacional em causa é ilegal por violação do artigo 93.°, n.° 3, do Tratado, não seria necessário ir mais além e examinar se a mesma medida viola ou não outras disposições do Tratado e, designadamente, se é compatível com o mercado comum, nos termos e para os efeitos do artigo 92.°, n.° 3, do Tratado.

Em substância, a Comissão solicita que lhe seja reconhecido o poder de declarar a incompatibilidade com o mercado comum das intervenções estatais que constituam um auxílio nos termos do artigo 92.°, n.° 1, e tenham sido postas em prática com violação do artigo 93.°, n.° 3 (obrigação de notificar e efeito suspensivo), sem ser obrigada, nesse caso, a verificar se esse mesmo auxílio pode ou não beneficiar das derrogações previstas no artigo 92.°, n.° 3, do Tratado. Solicita igualmente ao Tribunal que não proceda a esse exame (contestação, p. 6 e seguintes), visto não possuir «poder discricionário» relativamente a tais auxílios.

A argumentação da Comissão é muito clara: a violação do artigo 93.°, n.° 3, do Tratado é um vício insanável, pois trata-se de uma norma de ordem pública com eficácia directa, e que, portanto, torna o auxílio, *per se* e definitivamente, ilegal e incompatível com o mercado comum, sem necessidade de se proceder ao exame «do seu mérito». Se a violação não é contestada, como no caso em apreço o Governo não faz, as acusações quanto ao mérito são «inadmissíveis», não devendo o Tribunal conhecê-las.

4. Ao solicitar ao Tribunal que se pronuncie sobre a questão supra-referida, a Comissão sublinha a sua novidade e importância para efeitos da efectividade do regime de controlo dos auxílios públicos [1]. Observa que, nos últimos tempos, se verificou um aumento progressivo dos auxílios efectuados sem notificação prévia [2]. Sempre com mais frequência, portanto, os Estados-membros, em vez de comunicarem os auxílios no estádio de *projecto* — como estabelecido no artigo 93.°, n.° 3 — põem-nos directamente em prática. Limitam-se a esperar que a Comissão, por *motu proprio* ou na sequência de denúncia de terceiros, solicite explicações acerca das medidas tomadas. Então, e somente então, o Estado envia as informações solicitadas permitindo assim, se necessário, a instauração do processo a que se refere o artigo 93.°, n.° 2.

Por outro lado, mesmo quando o processo termina com uma decisão em que se declare a incompatibilidade do auxílio, ordenando igualmente a sua supressão *ex tunc*, mediante recuperação, esse resultado não é — no entender da Comissão — suficiente.

Em primeiro lugar, a possibilidade de recuperação será tanto mais remota, quanto maior foi a duração do processo de controlo: duração que, no entender da Comissão, os Estados-membros tenderiam a artificialmente ampliar através de comportamentos dilatórios.

Em segundo lugar, na medida em que o auxílio foi concedido durante o processo de controlo, em violação da obrigação de «standstill» prevista no artigo 93.°, n.° 3,

1 — Sublinha-se que a questão das consequências da ilegalidade *per se* dos auxílios concedidos em violação do artigo 93.°, n.° 3, foi suscitada pela Comissão numa série de processos; ver, em especial, os processos República Francesa/Comissão, C-301/87 (Colect. 1990, p. I-307); Comissão/República Francesa, C-61/88, Comissão/República Francesa, C-162/88, Poclain SA e Tenneco Europe Ltd/Comissão, C-294/88, República Italiana/Comissão, C-303/88 (processos actualmente pendentes).

2 — De acordo com os dados fornecidos pela Comissão, no período de 1984-1988, foram detectados mais de cem casos de auxílios concedidos com violação do artigo 93.°, n.° 3.

último período, verificar-se-ia uma distorção da concorrência contínua cujos efeitos prejudiciais — em especial nos sectores em crise — não são neutralizáveis, nem mesmo por uma posterior, e de qualquer modo hipotética, recuperação, por parte do Estado, dos benefícios ilegalmente concedidos (penso em especial nos concorrentes das empresas auxiliadas que se viram obrigados a cessar a sua actividade) [3].

Em definitivo, o sistema de *controlo prévio* estabelecido pelo Tratado correria o risco de ser esvaziado devido a uma atitude, cada vez mais difundida, que consiste em pôr a Comissão perante o «facto consumado». Fenómeno este decerto ilegal e para o qual medidas *ex post* apenas forneceriam uma solução parcial. Aqui surge a necessidade de delinear uma nova forma de intervenção *ex ante*, uma espécie de «dissuasão» que induza os Estados-membros ou a comunicarem tempestivamente os projectos de auxílio ou, tratando-se de auxílios concedidos prematuramente (durante o controlo), a restabelecer o *status quo ante* a pedido da Comissão. Esta última teria, portanto, a possibilidade (pelo menos quando considere indispensável) de proceder ao controlo prévio da compatibilidade apenas em relação aos auxílios ainda no estádio de *projecto* e, por isso mesmo, exactamente nas condições estabelecidas no Tratado.

5. Para completar tudo quanto acaba de ser dito, convém esclarecer que na tese da Comissão se distinguem dois novos aspectos. Antes de mais, como já se disse, a Comissão reivindica uma espécie de novo poder de decisão que consiste na possibilidade de verificar e de fazer valer a ilegalidade de um auxílio por violação do artigo 93.°, n.° 3. Trata-se, portanto, pelo menos *prima facie*, de um poder que se coloca fora do quadro processual tanto do artigo 169.° (visto a Comissão declarar directamente a infracção ocorrida) como do artigo 93.°, n.° 2 (pois a decisão em questão prescinde do exame de compatibilidade).

De uma análise mais atenta resulta, todavia, que não é na verdade este o ponto fundamental da argumentação da Comissão. Pode observar-se que, independentemente de quem observou e como foi observada a violação do artigo 93.°, n.° 3, o que importa é a *consequência* que se pretende tirar dessa violação. O efeito dissuasor que se pretende pôr em prática nas relações com os Estados-membros, para que seja respeitado o artigo 93.°, n.° 3, depende, de facto, da possibilidade de a ilegalidade do auxílio, independentemente da forma como foi observada, eximir a Comissão da obrigação de verificar se esta corresponde às derrogações estabelecidas no artigo 92.°, n.° 3, e, portanto, se é substancialmente compatível com o mercado comum.

É, por conseguinte, sobre este segundo aspecto que, no decurso da nossa análise, nos debruçaremos.

A título preliminar, observo que a questão colocada pela Comissão também poderia encontrar resposta nos próprios termos processuais em que foi, regular mas impropriamente, formulada. Com extremo rigor, com efeito, e querendo respeitar de forma estrita os limites processuais que se impõem à apreciação do Tribunal, este poderia muito bem

3 — A tudo isto acresce o risco de, perante a concessão de auxílios públicos não combatidos eficazmente no plano comunitário, os outros Estados-membros decidirem intervir cada um por si, mediante a concessão de benefícios análogos em favor das empresas nacionais.

limitar-se a decidir (rejeitando-a, em meu entender) sobre a excepção de inadmissibilidade e debruçar-se sobre a questão da compatibilidade das intervenções estatais em litígio nos termos do artigo 92.° do Tratado, como, de resto, fez a Comissão na decisão impugnada.

Parece, todavia, de qualquer modo, dever analisar-se a questão colocada pela Comissão quanto à sua substância, pois a ninguém escapa que se reveste de uma grande importância e merece, para lá do problema do processo, uma reflexão atenta.

Ainda a título preliminar, observo que a tese da Comissão se apoia numa consideração de base: actualmente, da violação do artigo 93.°, n.° 3, não resultam, de forma substancial, consequências suficientemente incisivas. Em definitivo, os estados não têm «nada a perder» ao infringirem essa disposição, o que explica o aumento dos casos de auxílios públicos concedidos ilegalmente.

A este respeito, seja-me permitido observar que esta consideração reflecte uma análise talvez por demais pessimista. A violação do artigo 93.°, n.° 3, implica, de facto, para o Estado que não cumpriu consequências precisas, tanto no plano interno como no plano comunitário. Esta disposição surge portanto acompanhada das mesmas — se não maiores — garantias que acompanham outras normas do Tratado.

Face à importância deste aspecto, parece-me oportuno, antes de proceder ao exame do núcleo principal da tese da Comissão, indicar as características essenciais das obrigações a que se refere o artigo 93.°, n.° 3, e de considerar quais são, à luz da prática administrativa e da jurisprudência, as consequências possíveis da sua inobservância.

6. Esclarecemos que o regime de controlo prévio dos «novos auxílios» (ou modificação dos existentes) está em conformidade com o objectivo principal de evitar que sejam instituídos e produzam, distorções, sem anterior verificação da sua compatibilidade a nível comunitário.

O controlo prévio implica, para os Estados-membros, uma dupla obrigação:

— informar tempestivamente a Comissão dos projectos que têm por objecto instituir ou modificar auxílios (comumente definida por obrigação de notificação, embora a terminologia do Tratado seja, talvez não por acaso, menos exacta);

— não dar execução às medidas projectadas antes de o processo comunitário chegar ao seu termo[4] (obrigação de «standstill» ou proibição de actuar).

4 — Este processo — como se sabe — articula-se em duas fases. A primeira, com carácter preliminar, consiste num exame sumário do projecto de auxílio notificado e destina-se a determinar se este é, à primeira vista, claramente compatível com o mercado comum ou se, pelo contrário, existem pelo menos dúvidas razoáveis sobre a sua compatibilidade. Nesse caso, a Comissão é obrigada a passar à fase seguinte, procedendo à abertura da fase contraditória referida no artigo 93.°, n.° 2. Convém esclarecer que a fase preliminar pressupõe necessariamente a notificação do projecto. Num prazo de dois meses a contar da notificação (em conformidade com a jurisprudência Lorenz, acórdão de 11 de Dezembro de 1973, 170/73, Recueil 1973, p. 1471), um mês se se tratar de auxílios individuais, a Comissão deve determinar se se deve proceder à abertura da fase contraditória. De resto, quando a Comissão entende que o exame preliminar é suficiente para verificar da compatibilidade do auxílio, pode encerrar o processo sem tomar nenhuma decisão formal. Recordo enfim que, mesmo que não tenha tido lugar o processo preliminar (não tendo sido o auxílio devidamente notificado), a fase contraditória pode ser igualmente aberta quer oficiosamente quer por iniciativa de qualquer interessado que tenha «denunciado» à Comissão a instituição do auxílio.

A primeira destas obrigações, considerada — note-se — isoladamente, não tem efeito directo, na medida em que, em conformidade com o que o Tribunal afirmou no processo Costa/ENEL [5], «não cria directamente direitos subjectivos na esfera jurídica dos particulares», antes constitui um vínculo, um compromisso que esgota os seus efeitos exclusivamente nas relações entre os Estados-membros, que o assumiram, e a Comunidade. Além disso, não é certo que a falta de notificação de um auxílio criado, mas não concedido, implique sempre uma infracção ao direito comunitário. Esse é certamente o caso se o acto que estabeleceu o auxílio prevê, ou apenas consente, a sua concessão. Vice-versa, poder-se-ia entender que a criação de um auxílio, não notificado, através de um acto que ao mesmo tempo suspende a sua execução até ao exaurir do controlo comunitário, não é em si ilegal, reservando-se o Estado, simplesmente, a possibilidade de escolher entre a alternativa de notificar posteriormente o auxílio (instaurando processo de controlo) ou revogá-lo. É uma hipótese talvez remota, mas não impossível.

Bem mais importante, porque idónea a provocar efectivas distorções de concorrência, é a violação da obrigação de «standstill». Como se afirmou no acórdão Heineken [6]:

«... o último período do n.° 3 do artigo 93.° constitui a cláusula de salvaguarda do mecanismo de controlo criado por esse artigo, o qual, por sua vez, é fundamental para garantir o funcionamento do mercado comum. A proibição de execução prevista nesse artigo visa garantir que os efeitos do regime dos auxílios não se verifiquem antes de ter sido dado à Comissão um prazo razoável para, detalhadamente, examinar o projecto e, eventualmente, instaurar o processo previsto no n.° 2 desse mesmo artigo» (n.° 20).

O Tribunal, desde que foi proferido o acórdão Costa/ENEL, reconheceu, além disso, o efeito directo da proibição de execução.

Esclareceu, além disso, o seu alcance, referindo que a obrigação de «standstill» produz os seus efeitos não só durante o processo de controlo previsto no artigo 93.°, n.° 2, mas igualmente «durante toda a fase preliminar, constituída pela primeira análise do processo de auxílio» [7].

A fortiori, a proibição de execução é válida para os auxílios não notificados, para os quais, por conseguinte, nem sequer se pôde dar início à fase preliminar.

7. Dito isto, quais as consequências da violação do artigo 93.°, n.° 3?

A este respeito, convém, antes de mais, distinguir entre os aspectos puramente internos e os aspectos comunitários.

No plano interno, como se observou, após o acórdão Costa/ENEL, o Tribunal teve, por diversas vezes, a possibilidade de se pronunciar sobre a eficácia directa da proibição de execução.

5 — Acórdão de 15 de Julho de 1964, Costa/ENEL, 6/64, Recueil 1964, p. 1141.

6 — Acórdão de 9 de Outubro de 1984, Heineken Brouwerijen BV, 91/83 e 127/83, Recueil 1984, p. 3435.

7 — Despacho de 20 de Setembro de 1983, Comissão/República Francesa, 171/83 R, Recueil 1983, p. 2621; ver igualmete acórdão de 11 de Dezembro de 1973, Gebr. Lorenz GmbH, 120/73, Recueil 1973, p. 1471.

No acórdão Capolongo [8], reafirmou-se que, em relação aos novos auxílios,

«o último período do n.° 3 do artigo 93.° estabelece critérios processuais a que o juiz nacional pode ater-se».

Posteriormente, nos acórdãos Lorenz, Markmann, Nordsee e Lohrey [9], após ter afirmado que a eficácia imediata da proibição de execução se aplica a todo o período durante o qual a proibição for aplicável, o Tribunal esclareceu que a referida eficácia:

«... se aplica a qualquer regime de auxílio posto em prática sem ter sido previamente notificado à Comissão, e, caso o tenha sido, aplica-se durante a fase preliminar e, se a Comissão proceder à abertura da fase contraditória, até à decisão final» (n.° 8);

concluindo em seguida que,

«a eficácia imediata da proibição obriga o juiz nacional a fazê-la respeitar e nenhuma norma interna pode impedi-lo. É o ordenamento jurídico nacional que estabelece o processo a seguir para garantir esse respeito» (n.° 9).

No acórdão Steinike [10], com base no pressuposto de que,

«no que se refere aos novos auxílios que os Estados-membros têm intenção de instituir, foi criado um processo prévio sem o qual nenhum auxílio pode ser considerado regularmente estabelecido» (n.° 9),

o Tribunal acrescentou que:

«(os limites com que os particulares se deparam no que se refere à possibilidade de invocar) o artigo 92.° não implicam, todavia, que não possam ser submetidos aos órgãos jurisdicionais nacionais litígios que os obriguem a interpretar — eventualmente, após recurso ao processo do artigo 177.° do Tratado — e a aplicar as disposições do artigo 92.°, sem, no entanto, serem chamados a decidir sobre a eventual incompatibilidade de um auxílio de Estado, salvo se concedido em violação do estabelecido no artigo 93.°, n.° 3;

... assim, um órgão jurisdicional nacional pode ser conduzido a interpretar e a aplicar a noção de auxílio do artigo 92.° com vista a determinar se uma medida estatal instaurada sem ter em conta o processo de controlo prévio do artigo 93.°, n.° 3, devia ou não ser-lhe submetida».

Desta jurisprudência resulta que, no plano interno, o controlo comunitário constitui um elemento essencial pois, se não for feito, um auxílio não pode considerar-se *regular-*

8 — Acórdão de 19 de Junho de 1973, Capolongo, 77/72, Recueil 1973, p. 611).

9 — Acórdão de 11 de Dezembro de 1973, Gebr. Lorenz GmbH (já citado na nota 7); acórdão de 11 de Dezembro de 1973, Markmann KG, 121/73, Recueil 1973, p. 1495; acórdão de 11 de Dezembro de 1973, Nordsee, Deutsche Hochseefischerei GmbH, 122/73, Recueil 1973, p. 1511; acórdão de 11 de Dezembro de 1973, Fritz Lohrey, 141/73, Recueil 1973, p. 1527.

10 — Acórdão de 22 de Março de 1977, Steinike e Weinlig, 78/76, Recueil 1977, p. 595.

mente instituído não sendo, portanto, idóneo para produzir *qualquer efeito.*

Pode-se portanto considerar que o processo (legislativo ou administrativo) mediante o qual é concedido um auxílio não pode ser dado por encerrado enquanto não tiver sido efectuado pela Comissão, e com resultado positivo, o controlo «prévio» de compatibilidade. O referido controlo constitui, portanto, uma condição legal de eficácia, com carácter constitutivo, cuja essencialidade se justifica também face à circunstância de o próprio controlo ser inerente ao *mérito* da intervenção estatal, implicando, como o Tribunal também sublinhou, apreciações de ordem político-económica amplamente discricionárias.

Segue-se que, perante o juiz nacional, qualquer pessoa com um interesse legítimo pode invocar a incompatibilidade do *acto que institui* o auxílio com o direito comunitário, se tiver sido prevista a sua entrada em vigor independentemente do controlo comunitário, bem como, em todo o caso, a ilegalidade dos *actos de execução* adoptados a esse respeito.

Além disso, esses actos, embora possuam natureza administrativa, são revogáveis nas mesmas condições dos actos administrativos ilegais. A revogação obedece a razões de interesse público particularmente importantes, visto os actos em questão serem susceptíveis de pôr em causa a responsabilidade internacional do Estado.

A violação da proibição de execução pode, além disso, dar origem, no plano nacional, a *providências cautelares* (em especial, a suspensão da execução do auxílio cuja compatibilidade com o mercado comum não tenha sido verificada) e, em seguida, *acções de indemnização* contra a administração pública (pode pensar-se tanto na acção intentada pelos concorrentes prejudicados pela execução de um auxílio ilegal como na acção do beneficiário do auxílio cuja execução tenha sido suspensa ou anulada em virtude da violação de regras de processo) [11].

8. Todavia, convém igualmente observar que a possibilidade de, no plano interno, se pôr cobro às violações do artigo 93.°, n.° 3, parece, em concreto, estar limitada em virtude de uma série de factores. Entre estes recordamos:

a) a falta de transparência nas intervenções efectuadas pelos estados e as eventuais reacções da Comissão na fase de controlo prévio: não existe, até hoje, um sistema de publicidade das notificações dos novos auxílios bem como da eventual decisão da Comissão de não instaurar o processo do artigo 93.°, n.° 2, no que se refere aos auxílios notificados, o que priva os interessados de elementos indispensáveis para, atempadamente, os impugnar [12];

b) as diferenças entre os vários ordenamentos jurídicos no que se refere às condições e extensão da protecção jurisdicional reconhecida (pensa-se, por exemplo, nos limites das providências cautelares no tribunal administrativo);

11 — Estes aspectos foram detalhadamente analisados no âmbito do décimo segundo congresso da FIDE (Paris, 1986) para cujo relatório se remete para maiores precisões.

12 — Ver relatório do congresso FIDE (já citado na nota 11), p. 205 e 296, bem como E. H. Pinacker Hordijk, «Judicial Protection of Private Interests under the EEC Competition Rules Relating to State Aids», in *Legal Issues of European Integration*, 1985/1, p. 67 (em especial, p. 74-78).

c) as dificuldades específicas no âmbito do exercício de determinados tipos de acções (por exemplo, nas acções de indemnização, sublinham-se as incertezas — especialmente num mercado não oligopolístico — quanto à determinação de nexo de causalidade entre o auxílio concedido e o prejuízo alegado [13]);

d) uma certa relutância por parte dos concorrentes das empresas auxiliadas em enveredarem — mesmo quando não existem dificuldades significativas — pela via jurisdicional, sendo por vezes preferível, por diversos motivos, solicitar às autoridades públicas a concessão de benefícios análogos ou equivalentes [14];

e) a resistência, sobretudo por parte de alguns órgãos jurisdicionais, em reconhecer e aplicar de forma coerente o princípio do «efeito directo», tanto de um modo geral como, em especial, por referência às disposições em questão, resistência que, aumentando a incerteza, pode contribuir para desencorajar a utilização dos meios jurisdicionais internos [15].

9. Apesar destas dificuldades não deve, todavia, considerar-se que o sistema de protecção interna é de todo inoperante.

Podem, a este propósito, recordar-se dois acórdãos da corte costituzionale italiana [16] em que se declarou a inconstitucionalidade de leis regionais que instituíam auxílios aprovadas pela assembleia regional antes de ter terminado o processo de controlo comunitário [17].

Mais interessante, porque mais claramente baseado no «efeito directo» do artigo 93.°, n.° 3, é um acórdão do Court of Appeal de Londres, de 24 de Fevereiro de 1986 (R./ /Attorney-General ex p. Imperial Chemical Industries), onde se declara que a autoridade pública é obrigada a «not to implement the aid or plan unless and until the Commission (has) approved it» [18].

Não faltam, além disso, sinais recentes de um desenvolvimento do contencioso nacional em matéria de auxílios [19], índice de uma maior atenção para a importância dos aspectos em questão, assim como vão progressiva e inevitavelmente desaparecendo as resistências à plena aplicação do efeito directo.

A própria Comissão poderia assim contribuir para resolver algumas das dificuldades indicadas, através, por exemplo, da desejável instituição de um regime de publicidade para as notificações dos projectos de auxílio.

13 — Ver relatório FIDE (já citado na nota 11) p. 79 e 299.

14 — Ver relatório FIDE (já citado na nota 11) p. 78.

15 — Ver relatório FIDE (já citado na nota 11), p. 183; ver também o acórdão de 24 de Janeiro de 1989 do Consiglio di Stato italiano que expressamente não reconhece a eficácia directa de uma decisão da Comissão nos termos do artigo 93.°, n.° 2.

16 — Corte costituzionale, 9 de Abril de 1963, n.° 49, Foro italiano, 1963, I, 859 e 8 de Julho de 1969, n.° 120, *ibidem*, 1969, I, 2069.

17 — A corte costituzionale entendeu que os órgãos de deliberação regionais tinham ultrapassado os limites da competência legislativa que lhes é atribuída ao ignorarem as regras processuais que têm por base o artigo 93.°, n.° 3, do Tratado, tais como tinham sido legalmente estabelecidas pelos órgãos competentes do Estado.

18 — Ver J. Flynn: «Can misapplication of a fiscal measure constitue State aid?», em *Eur. Law Rev.*, 1986, p. 232.

19 — Pode citar-se, por exemplo, o contencioso administrativo italiano a propósito de determinadas disposições da Lei n.° 64 de 1 de Março de 1986 (disciplina organica dell'intervento straordinario nel Mezzogiorno), que esteve na origem de diversas questões prejudiciais, actualmente pendentes, para o Tribunal; ver igualmente, significativamente, Tar Lazio, Sez. III, 22 de Janeiro de 1985, em *Foro amministrativo*, 1985, p. 941.

À luz destas observações, penso que o «controlo difuso» pelos órgãos jurisdicionais nacionais sobre o respeito pelos Estados-membros da proibição de execução, prevista no artigo 93.°, n.° 3, constitui e, ainda mais, poderá constituir no futuro, um importante instrumento de garantia. Seria portanto oportuno que o Tribunal, nesta ocasião, ao confirmar a eficácia directa da obrigação de «standstill», sublinhe que esse efeito permite, a quem tenha interesse, invocar a ilegalidade dos auxílios prematuramente concedidos no âmbito de *todos os meios de tutela jurisdicional* previstos no ordenamento jurídico interno.

10. Quanto às consequências da violação do artigo 93.°, n.° 3, no plano comunitário, sublinha-se que o problema já foi, por várias vezes, objecto de exame tanto pelo Tribunal como pela própria Comissão.

Um primeiro ponto deve ser claramente sublinhado: o carácter fundamental do sistema de controlo prévio, em especial, da «cláusula de salvaguarada», representada pela obrigação de «standstill», implica a ilegalidade da execução de um auxílio em violação das normas processuais a que se refere o artigo 93.°, n.° 3. Portanto, põe-se antes de mais a questão de determinar de acordo com que processo deve esta ilegalidade ser declarada.

No processo Itália/Comissão [20], o Tribunal claramente esclareceu que, em caso de violação, por parte do Estado, das obrigações decorrentes do artigo 93.°, n.° 3, a Comissão dispõe de dois meios de actuação *concorrentes*: o procedimento previsto no artigo 169.° e o previsto no artigo 93.°, n.° 2 [21]. Por outras palavras, a violação da legalidade comunitária pode ser determinada (desde que se trate da inobservância da obrigação de notificação ou da de «standstill») autonomamente, mediante o procedimento geral, ou no âmbito da apreciação da compatibilidade, quanto ao mérito, do auxílio. Nada impede, no entanto, que os dois processos sejam instaurados conjuntamente se a Comissão o tiver por indispensável [22].

Não faltam exemplos a este respeito. Assim, no processo Comissão/República Francesa, 171/83, a Comissão actuou *ex articulo 169.°* contra a França, que tinha posto em execução um projecto de auxílio (notificado) apesar da abertura da fase contraditória prevista pelo artigo 93.°, n.° 2. Neste caso, ao mesmo tempo que interpôs recurso, a Comissão apresentou um pedido de medidas provisórias nos termos do artigo 186.° do Tratado, com o objectivo de obter a cessação imediata da intervenção em questão [23].

Diversas são portanto as hipóteses em que, no que se refere aos auxílios postos em execução com violação do artigo 93.°, n.° 3, a Comissão entendeu proceder à abertura imediata do processo a que se refere o *artigo 93.°, n.° 2*. Exemplos neste sentido podem encontrar-se, para além do já citado acórdão Itália/Comissão, também no acórdão Bélgica/Comissão, no despacho Deufil, e no acórdão Comissão/República Federal

20 — Acórdão de 2 de Julho de 1974, Itália/Comissão, 173/73, Recueil 1974, p. 709.

21 — O Tribunal observou, em especial, que «as formas de actuar da Comissão não estão limitadas à utilização do processo mais complexo a que se refere o artigo 169.°».

22 — Ver A. Dashwood: «Control of State Aids in the EEC: Prevention and Cure under Article 93», *C. M. L. R.*, volume 12, 1975.

23 — Este pedido foi acolhido pelo Tribunal através do citado despacho de 20 de Setembro de 1983 (a Comissão pôde, em seguida, desistir do processo principal).

da Alemanha [24]. Nestes dois últimos casos — como, de resto, no caso em apreço — a Comissão, no termo do processo do artigo 93.°, n.° 2, adoptou uma decisão na qual declarava ao mesmo tempo a ilegalidade do auxílio (por violação das regras processuais) e a sua incompatibilidade substancial com o mercado comum.

11. A possibilidade de se servir destes processos para perseguir as violações do artigo 93.°, n.° 3, foi várias vezes confirmada, em termos gerais, pela própria Comissão. Na comunicação de 30 de Setembro de 1980 (JO C 252, p. 2), após ter esclarecido que nenhum pagamento pode ser efectuado com violação do disposto no artigo 93.°, n.° 3, acrescenta:

«Em consequência, qualquer sinal de uma tendência para violar sistematicamente ou de forma flagrante as obrigações dos Estados-membros será sistematicamente perseguida nos termos do artigo 169.° do Tratado, ou *por qualquer outra forma, prevista no mesmo diploma.*»

A Comissão voltou posteriormente a debruçar-se sobre o assunto na comunicação de 24 de Novembro de 1983 (JO C 318, p. 3) [25]. Além disso, no *Décimo Quinto Relatório sobre a Política de Concorrência* sublinha ter dado instruções aos seus serviços para instaurarem automaticamente o processo do artigo 93.°, n.° 2, sempre que um Estado não responder a um pedido de notificação no prazo que lhe for estabelecido.

12. Estes são, portanto, os meios processuais disponíveis no plano comunitário. O que aqui importa sublinhar é que os referidos processos não conduzem apenas à mera verificação da subsistência de uma infracção. Com efeito, da verificação de que um auxílio foi posto em execução com violação das obrigações decorrentes do artigo 93.°, n.° 3, deriva uma importante consequência de ordem *substancial*: ou seja, a possibilidade de ser solicitada aos estados a *restituição do auxílio ilegalmente concedido* [26].

A possibilidade de a Comissão ordenar aos estados que procedam à restituição no quadro da própria decisão (nos termos do artigo 93.°, n.° 2) em que se pronuncia sobre a compatibilidade do auxílio foi reconhecida pelo Tribunal no acórdão de 12 de Julho de 1973 no processo 70/72 [27].

Convém sublinhar que a restituição, na medida em que corresponde ao objectivo de *restabelecer a legalidade comunitária* violada com a instituição ilegal do auxílio, pode ser ordenada independentemente de este ser declarado compatível ou incompatível quanto ao mérito. É o que resulta do acórdão pro-

24 — Acórdão de 10 de Julho de 1986, Bélgica/Comissão, 234/84, Colect. 1986, p. 2263; despacho de 6 de Fevereiro de 1986, Deufil GmbH & Co. KG, 310/85 R, Colect. 1986, p. 537); acórdão de 2 de Fevereiro de 1989, Comissão/República Federal da Alemanha, 94/87, Colect. 1989, p. 175.

25 — Nestas duas comunicações, a Comissão recordou expressamente a jurisprudência Capolongo sobre o efeito directo do artigo 93.°, n.° 3.

26 — Ver comunicação de 24 de Novembro de 1983, já citada, nos termos da qual «a Comissão informa, em consequência, os potenciais beneficiários dos auxílios de Estado do carácter precário dos auxílios ilegalmente concedidos, na medida em que o beneficiário de um auxílio concedido ilegalmente, quer dizer, sem que a Comissão tenha proferido uma decisão definitiva sobre a sua compatibilidade, pode ser obrigado a restitui-lo. Desde que tenha conhecimento da adopção de medidas de auxílio por um Estado-membro, sem que as obrigações do artigo 93.°, n.° 3, tenham sido respeitadas, a Comissão publicará, no Jornal Oficial, um aviso específico prevenindo os potenciais beneficiários do auxílio da precaridade deste». Convém sublinhar (ver a resposta da Comissão à questão escrita n.° 181/88, JO C 151 de 19.6.1989, p. 9), que o valor total dos auxílios ilegalmente concedidos cuja recuperação a Comissão solicitou foi da ordem dos 5 milhões de ECU em 1985, de 11 milhões de ECU em 1986 e 747 milhões de ECU em 1987 (este último número inclui a restituição dos 210 milhões de ECU solicitados à sociedade Tubemeuse).

27 — Acórdão de 12 de Julho de 1973, Comissão/República Federal da Alemanha, 70/72, Recueil 1973, p. 813.

ferido no processo Itália/Comissão, já citado, onde se observa que:

«... o espírito e a economia do artigo 93.° implicam que a Comissão, quando verifique que um auxílio foi instituído ou modificado com violação do seu n.° 3, deve poder, *designadamente quando entenda que esse auxílio não é compatível com o mercado comum nos termos do artigo 92.°*, decidir que o Estado interessado deve suprimi-lo ou modificá-lo, sem ser obrigada a fixar um prazo e sem prejuízo de poder recorrer ao Tribunal se o Estado em causa a ela não se conformar com a diligência devida» (n.° 16).

Portanto, seja qual for o juízo quanto ao mérito, o auxílio em execução antes de terminado o controlo é e permanece ilegal. Como o juiz nacional, no quadro dos meios processuais oferecidos pelo regulamento interno, assim a Comissão pode pôr em evidência a referida ilegalidade no âmbito da decisão em que se pronuncia — ainda que positivamente — sobre a compatibilidade, daí extraindo as devidas consequências com vista à restituição.

Todavia, parece que a Comissão nunca solicitou a recuperação de um auxílio declarado, *ex nunc*, compatível. Trata-se talvez de uma prudência excessiva, pois que uma atitude mais enérgica tornaria mais evidente a precaridade dos auxílios concedidos com violação do efeito suspensivo do artigo 93.°, n.° 3. Deve sublinhar-se que, nessas circunstâncias, os estados seriam levados a notificar e a não porem, pelo menos antecipadamente, em execução os projectos de auxílio virtualmente em condições — ainda que com alguns ajustamentos efectuados de comum acordo — de beneficiarem de uma das derrogações do artigo 92.°, n.° 3.

13. Resulta destas observações que a violação do artigo 93.°, n.° 3, é susceptível de ser invocada a nível comunitário e pode implicar como consequência a recuperação do auxílio ilegalmente concedido. A Comissão sublinha, todavia, que a eficácia prática desta «sanção» acaba por ser sensivelmente reduzida devido ao facto de a decisão nos termos do artigo 93.°, n.° 2, que eventualmente impõe a restituição do auxílio, ser tomada muito tempo após a ocorrência da intervenção estatual. Por conseguinte, a recuperação de tudo quanto foi indevidamente concedido pode revelar-se dificilmente praticável.

Não restam dúvidas de que a duração excessiva do processo de controlo constitui um problema real não só porque torna improvável, como se acaba de dizer, o restabelecimento integral do *status quo ante*, mas sobretudo porque a execução ilegal de um auxílio posteriormente declarado incompatível provoca, de qualquer modo, distorções de concorrências que não é possível remediar[28].

Esclarece todavia que, regra geral, compete à Comissão controlar a tramitação desse processo, igualmente no que se refere à sua *duração*. Por outro lado, nem mesmo neste aspecto específico a Comissão surge como totalmente «desarmada».

Em primeiro lugar, eventuais comportamentos dilatórios dos estados, que se concretizam na tendência em não fornecer atempadamente as informações solicitadas, não são privados de consequências desfavoráveis

28 — Ver, a este respeito, os relatórios do congresso FIDE (já citado na nota 11), p. 359, onde se observa que «the longer the gap between grant and recovery, the less effective recovery is», acrescentando todavia que «the gap is further lengthened by the Commission's delatoriness in enforcing recovery orders when member states refuse to comply with them».

para os próprios estados. Com efeito, incumbe-lhes um dever de colaboração por força do qual são obrigados a participar, de forma leal, na instrução do processo de controlo e é até evidente que um Estado-membro não pode retirar vantagens de um não exame de um auxílio devido à sua reticência em apresentar os elementos que lhe foram solicitados [29].

Assim, no processo 234/84 [30], o Tribunal reconheceu que a legalidade da decisão da Comissão (nos termos do artigo 93.°, n.° 2) em que se declarava, além do mais, a natureza de auxílio de uma entrada de capital feita pelo Estado belga,

«deve ser apreciada em função dos elementos de informação de que a Comissão podia dispor quando a tomou» (n.° 16) [31].

No mesmo acórdão o Tribunal reconheceu que a fundamentação da decisão em questão podia ser considerada suficiente

«apesar do seu carácter sucinto, devido em parte à falta de cooperação do Governo belga» (n.° 22).

Segue-se que a Comissão não está completamente impedida de imprimir ao processo administrativo o «ritmo» que considere apropriado à urgência do caso. Poderá estabelecer prazos razoavelmente curtos, desde que frise o seu carácter urgente e ficando entendido que a eventual falta de colaboração do Estado que concedeu o auxílio se reflecte exclusivamente em seu prejuízo.

O aspecto que acabámos de pôr em evidência parece particularmente importante face aos problemas reais que a Comissão é chamada a resolver. E não faltam ao Tribunal ocasiões para sancionar e consolidar com mais força este «dever de colaboração» dos Estados-membros e também para esclarecer quais as consequências da obrigação de fundamentação imposta à Comissão. De uma forma clara: penso que aos Estados-membros incumbe o verdadeiro e próprio ónus da prova quanto às informações e dados a fornecer à Comissão, em função da aplicação requerida do artigo 92.°, n.° 3, do Tratado, disposição que, não o esqueçamos, prevê excepções à proibição geral de auxílios estabelecida no artigo 92.°, n.° 1. Compete, portanto, aos estados fornecer à Comissão, aquando da notificação, ou, o mais tardar, antes de entrar em mora, todos os elementos susceptíveis de justificarem uma derrogação à proibição. Segue-se, obviamente, que a amplitude da fundamentação exigida à Comissão só pode ser proporcional às informações obtidas dos Estados-membros.

14. Em segundo lugar, e este é um aspecto que nos parece da maior importância, existe um remédio específico para se opor atempadamente à execução ilegal de um auxílio, independentemente da duração do processo de controlo quanto ao seu mérito. Como já

29 — A existência de um dever de colaboração específico a este respeito, que representa uma manifestação concreta do dever geral a que se reporta o artigo 5.° do Tratado, é posta em evidência por Smit & Herzog: *The Law of the EEC*, 1982, volume 3, p. 414 e seguintes, onde se observa: «Article 93 (1) obligates the member states to co-operate with the Commission in its investigation and to supply it with all necessary data. This obligation receives further support from article 5, paragraph 1.»

30 — Acórdão de 10 de Julho de 1986, Bélgica/Comissão, 234/84, Colect. 1986, p. 2263.

31 — Sobre o alcance do dever de colaboração no processo do artigo 93.°, n.° 2, ver, significativamente, Smit & Herzog (já citado na nota 29), p. 415: «Although the Member State wishing to grant an aid does not have the burden of proof in the technical sense, it must supply the Comission with those facts and data which the Commission cannot conveniently obtain itself.»

se disse, a Comissão tem, de facto, a possibilidade de agir nos termos do artigo 169.° contra o Estado que não respeitou a proibição de execução, solicitando ao mesmo tempo ao Tribunal (nos termos do artigo 186.°) que tome as providências cautelares necessárias. Convém sublinhar que na hipótese referida do processo 171/83, o despacho do Tribunal que concedeu as providências cautelares requeridas foi proferido apenas três meses após a data da interpelação efectuada pela Comissão. Parece, portanto, tratar-se de um instrumento eficaz (face igualmente à importância que um despacho do Tribunal pode assumir no âmbito de um eventual processo perante os órgãos jurisdicionais nacionais que incida sobre o mesmo objecto) e sobretudo atempado, podendo ser tomado num prazo relativamente curto a contar da primeira informação que a Comissão recebeu da concessão do auxílio.

Mas há mais. A Comissão tem, de facto, o poder, que nunca exerceu mas que pelo menos o Tribunal expressamente lhe reconheceu, de, ela própria, aprovar *medidas provisórias com carácter urgente*. No acórdão de 12 de Julho de 1973, 70/72, o Tribunal, pronunciando-se *in ob iter dictum*, observou que o disposto no artigo 93.°, n.° 3,

«implica que a Comissão tem o poder de tomar, se necessário, medidas urgentes e provisórias».

Parece-me que essas medidas, se adoptadas, poderiam resolver grande parte das dificuldades denunciadas pela Comissão. Esta teria, na verdade, a possibilidade de, através de uma decisão própria — ainda que a título provisório — obrigar os Estados-membros a darem cumprimento às obrigações decorrentes do artigo 93.°, n.° 3. Além disso, essa decisão, enquanto directamente aplicável, poderia ser invocada perante os órgãos jurisdicionais nacionais. Por último, convém sublinhar que as referidas medidas poderiam ser tomadas no espaço de alguns dias após a notícia da execução de um auxílio, pois trata-se simplesmente de determinar se um Estado-membro pôs ou não em execução uma intervenção em proveito de uma empresa sem o necessário controlo. O carácter imediato desta forma de resposta permitiria, portanto, reduzir ao mínimo — senão eliminar de todo — o risco de o auxílio concedido dar origem a situações já consolidadas e, portanto, irrevogáveis, ou a distorções de concorrência já não neutralizáveis.

As providências cautelares, independentemente do facto de terem sido adoptadas pelo Tribunal ou pela Comissão, apresentam-se como um remédio particularmente adequado, em virtude da flexibilidade do seu conteúdo. Podem ser utilizadas quer para impedir a intervenção estadual quer para suspender a execução quer, por último, para ordenar a recuperação de tudo quanto foi concedido. Configuram-se portanto como o remédio mais adequado para permitir o restabelecimento do *status quo ante* sempre que seja necessário evitar que a execução do auxílio, em substância, prive de efeito a posterior decisão definitiva.

15. Com base na análise que precede, é possível examinar especificamente a tese da Comissão no presente processo.

Como já se referiu, a Comissão solicita ao Tribunal que lhe reconheça um poder de decisão que se distingue quanto à natureza, conteúdo e efeitos dos examinados até agora.

Tratar-se-ia, com efeito, de uma decisão pela qual:

— se declara que uma determinada intervenção estatal constitui um auxílio nos termos do artigo 92.°, n.° 1, e que é ilegal porque efectuada com violação do artigo 93.°, n.° 3;

— se pede ao Estado que ponha fim a esta violação recuperando o auxílio (notificado ou não) prematuro e, portanto, ilegalmente concedido.

Em segundo lugar, e este é o ponto principal, o exame — no âmbito do processo do artigo 93.°, n.° 2 — da possibilidade de aplicar as derrogações previstas no artigo 92.°, n.° 3, ficaria subordinado a essa notificação e/ou recuperação.

Daí resulta que essa decisão seria completamente independente do processo do artigo 93.°, n.° 2, visto prescindir e tornar mesmo inútil o exame da compatibilidade nos termos do artigo 92.°, n.° 3. Além disso, ao contrário das providências cautelares examinadas em primeiro lugar, teria carácter *definitivo*, dispensando a Comissão, consoante os casos, do instaurar ou do prosseguir do processo do artigo 93.°, n.° 2.

16. A argumentação da Comissão não falta, decerto, rigor lógico. Não restam dúvidas, aliás, de que esta tese comporta um sensível alargamento do campo de acção da Comissão: esta conquistaria a posição de *dominus* do processo de controlo, tendo a possibilidade de reger os seus trâmites com amplos poderes discricionários e, sobretudo, de, em caso de auxílios ilegalmente concedidos, decidir se e como chegar à apreciação desses auxílios nos termos do artigo 92.°, n.° 3 [32].

Todavia, embora em grande parte compartilhando os pressupostos e as razões que a inspiram, não posso deixar de manifestar alguma perplexidade acerca das implicações mais inovadoras e avançadas que esta tese comporta. A este respeito, são importantes algumas considerações, tanto de ordem sistemática como de oportunidade.

Em primeiro lugar, podiam surgir dúvidas acerca do fundamento do poder de decisão reivindicado pela Comissão. Como se observou, a violação das obrigações a que se refere o artigo 93.°, n.° 3, pode ser declarada quer de um modo geral, pelo Tribunal, no âmbito do recurso nos termos do artigo 169.°, ou, excepcionalmente, pela Comissão no âmbito de uma decisão — nos termos do artigo 93.°, n.° 2 — que tem, aliás, fundamentalmente por objecto a determinação da *compatibilidade* de um auxílio. Vice-versa, o poder de tomar decisões *definitivas* sobre a *ilegalidade* de um auxílio que abstraiam do exame de compatibilidade e do *processo correspondente*, coloca-se, evidentemente, fora dos dois esquemas processuais referidos.

32 — Por outro lado, convém observar que se se pretende subscrever inteiramente a tese da Comissão, forçoso é concluir que a ilegalidade por violação do artigo 93.°, n.° 3, exclui por completo o exame da compatibilidade *ex articulo* 92.°, n.° 3, não se podendo daí deduzir — já no plano de uma construção jurídica correcta — qualquer poder discricionário da Comissão (nem do Tribunal, como de resto a Comissão esclarece no seu memorando).

Todavia, esta observação não é em si insuperável. A verificação da ilegalidade de um auxílio é, de facto, o pressuposto da decisão constitutiva que ordene a recuperação do auxílio previsto no artigo 93.°, n.° 2. O poder expressamente [33] reconhecido a este respeito, inclui portanto, implicitamente, o de declarar a violação da proibição de execução e do dever de notificação.

Ora, é verdade que a Comissão, de um modo geral, ordena a recuperação de um auxílio ilegalmente conferido na mesma decisão em que se pronuncia sobre a sua incompatibilidade. No entanto, trata-se de dois aspectos independentes, pois — como o Tribunal já observou — pode ser ordenada a recuperação *ab initio* de um auxílio declarado ao mesmo tempo incompatível, mas apenas com a eficácia *ex nunc*. Nada impede, portanto, que a Comissão possa, mesmo antes de se pronunciar sobre a compatibilidade, declarar a ilegalidade da intervenção estatal e exigir a sua revogação.

Na prática, todavia, motivos de oportunidade podem levar à adopção — no termo do processo do artigo 93.°, n.° 2 — de uma decisão que ao mesmo tempo verse sobre os dois aspectos. Antes do mais, por razões de simplificação, visto que com um único acto é possível regular, de modo completo, a validade e eficácia no tempo do auxílio em questão, estabelecendo a sua eficácia para o passado (face a uma eventual execução ilegal) e para o futuro (face à sua compatibilidade substancial). Mas igualmente por uma razão de mérito. A ordem de recuperação não é uma consequência automática da concessão ilegal. É a Comissão que decide se deve ou não adoptá-la com base em apreciações amplamente discricionárias. Por conseguinte, poderia ser preferível que a decisão definitiva sobre a recuperação fosse proferida no termo do processo do artigo 93.°, n.° 2, isto é, quando a Comissão — após, além do mais, ter ouvido todos os interessados — dispõe do conjunto dos dados necessários para apreciar as consequências sobre o mercado do auxílio em questão e para poder, portanto, exercer da melhor forma os seus poderes discricionários.

Isto, naturalmente, nada tem a ver com a possibilidade de a Comissão, durante o processo do artigo 93.°, n.° 2, ou até antes de ter sido instaurado, adoptar medidas provisórias e de urgência contra os auxílios ilegalmente conferidos: as decisões correspondentes têm, neste caso, carácter provisório e não definitivo.

17. De qualquer modo, como já por diversas vezes foi sublinhado, não é este o aspecto determinante. O elemento mais inovador da tese da Comissão consiste na possibilidade de a ilegalidade da atribuição do auxílio — independentemente da forma como foi declarada — poder isentar a Comissão da abertura ou da prossecução do controlo de compatibilidade.

É sobre este ponto que se concentram as maiores hesitações.

33 — O fundamento do poder de declarar a ilegalidade de um auxílio podia, à primeira vista, ser igualmente reconhecido no disposto no artigo 93.°, n.° 2, com base no qual a Comissão pode decidir a supressão de um auxílio mesmo quando este é «*aplicado de forma abusiva*». Todavia, parece preferível considerar que esta expressão se refere não aos auxílios concedidos com violação do artigo 93.°, n.° 3, mas aos que apenas na fase de *execução* se revelam incompatíveis com o mercado comum. Nestes casos, portanto, a Comissão tomará uma decisão sobre a *compatibilidade* substancial do auxílio e não uma decisão sobre a sua ilegalidade.

Não há dúvidas, a este respeito, de que a falta de notificação e, sobretudo, a concessão prematura do auxílio são ilegais. Esses comportamentos constituem uma clara violação das obrigações que decorrem do artigo 93.°, n.° 3.

É igualmente evidente que essa violação altera as condições em que se deveria efectuar o controlo de compatibilidade. Este último, de facto, deixando de ser efectuado relativamente *projectos de auxílio notificados*, acaba por sê-lo num *contexto patológico*, quer dizer, num contexto completamente diferente do previsto no Tratado.

18. Serão, todavia, estas considerações suficientes para se chegar à conclusão — como sustenta a Comissão — de que o controlo de compatibilidade *pode não* ocorrer?

Penso que a esta questão é preferível dar resposta negativa.

Em primeiro lugar, sublinha-se que as obrigações a que se refere o artigo 93.°, n.° 3, têm natureza processual. Estas, definindo as condições em presença das quais o controlo deve ser efectuado, são *instrumentais* por referência a este último.

Face ao seu objecto e à sua natureza, essas obrigações só são relevantes na fase de controlo; se violadas, implicam — como se disse — a ilegalidade do acto que as institui e dos actos de execução realizados na pendência do controlo. Mas, uma vez tomada uma decisão — positiva ou negativa — sobre a compatibilidade, e a partir desse momento, a anterior violação das obrigações processuais deixa de ter importância. A partir do momento em que é tomada a decisão sobre a compatibilidade, é apenas esta que determina *ex nunc* o regime do auxílio em questão, ficando obviamente suspensa a questão da eventual ilegalidade — importa repeti-lo — dos actos de execução anteriores.

Nesse sentido, a relação entre os artigos 93.° e 92.° não pode ser equiparada à que existe entre o artigo 92.° e qualquer outra norma substancial do Tratado, como, por exemplo, os artigos 30.° ou 95.°

Na hipótese de concurso de normas substanciais (entre as quais não exista uma relação de regra e excepção) o facto de uma medida adoptada pelo Estado ser contrária a uma destas normas pode tornar efectivamente supérflua a apreciação relativamente à outra; com efeito, a medida deve, de qualquer modo, ser considerada incompatível com o mercado comum, ainda que por razões diferentes das inerentes à disciplina específica dos auxílios a que se referem os artigos 92.° e 93.°

Vice-versa, se a violação das regras processuais a que se refere o artigo 93.°, n.° 3, implica a ilegalidade da execução prematura dos auxílios, em nada influencia a avaliação da sua *compatibilidade*, nos termos e para os efeitos do artigo 92.°

Esta última poderá sempre, portanto, ser efectuada *de per si*, a não ser que o legislador tenha querido configurar o respeito das condições processuais como *condição prévia* ao controlo da compatibilidade.

Todavia, isto é, antes de mais, desmentido pela *prática constante* da Comissão, que

nunca até hoje considerou a violação do artigo 93.°, n.° 3, como uma circunstância susceptível de precludir o exame da compatibilidade do auxílio.

Bem ao contrário — como também resulta da decisão impugnada — à violação do artigo 93.°, n.° 3, é dada a importância que merece, querendo isto dizer, que constitui o fundamento da recuperação do auxílio ilegalmente concedido, sem, no entanto, impedir que os aspectos substanciais da mesma sejam, de qualquer modo, examinados. De resto, mesmo nos casos em que a Comissão solicitou ao Tribunal que declarasse a violação do artigo 93.°, n.° 3, esta acção não suspendeu nem impediu a tramitação paralela do processo de controlo [34].

Que o respeito pelas obrigações processuais não representa uma condição prévia para o controlo de compatibilidade resulta igualmente do já citado acórdão Itália/Comissão, onde se reconhece que a recuperação do auxílio pode ser solicitada seja qual for o resultado daquele processo.

Isto quer dizer, sem prejuízo, mais uma vez, dos efeitos característicos da violação do artigo 93.°, n.° 3, que esta não é de natureza a impedir que sobre a validade substancial do auxílio se decida com eficácia *ex nunc*.

19. Mas existe ainda uma outra consideração que me parece importante.

Convém não esquecer que o controlo da compatibilidade é feito não no interesse do Estado que confere o auxílio, mas no *interesse geral da Comunidade*.

Para esse efeito, o processo previsto no artigo 93.°, n.° 2, destina-se a fornecer à Comissão todos os elementos relevantes para se poder determinar, no mais breve espaço de tempo possível, se uma determinada intervenção do Estado está ou não de acordo com as exigências do mercado comum. Nos dois casos existe uma *exigência geral de certeza* que deve ser garantida [35].

Se o auxílio se revela incompatível (para além de ilegal), em alguns casos pode ser útil «dividir» o processo de controlo, pronunciando-se sobre a violação do artigo 93.°, n.° 3. É, pelo contrário, preferível que se prove definitivamente e sem demora que a intervenção do Estado em questão, para além de não ter respeitado as obrigações processuais, está em contradição com os interesses da Comunidade.

34 — Ver, em especial, os acórdãos 171/83, 173/73, 234/84 e 94/87, já citados.

35 — Parece, com efeito, que a jurisprudência do Tribunal confirma que a abertura e a tramitação do processo a que se refere o artigo 93.°, n.° 2 tem carácter imperativo sempre que existam dúvidas acerca da compatibilidade de um auxílio. Indicativo neste sentido é o acórdão de 20 de Março de 1984, República Federal da Alemanha/Comissão (84/82, Recueil 1984, p. 1451), no qual o Tribunal deu provimento ao pedido da República Federal que tinha por objecto a declaração de que a Comissão não tinha cumprido as obrigações decorrentes do artigo 93.°, n.° 2, ao não instaurar o processo de controlo de compatibilidade correspondente. O Tribunal esclareceu, em especial, que: «uma das características principais que diferencia a fase de exame do artigo 93.°, n.° 2, da fase preliminar do artigo 93.°, n.° 3, reside na inexistência, na fase inicial, de qualquer obrigação, para a Comissão, de interpelar os interessados para apresentarem as suas observações antes de tomar a sua decisão. Um tal processo, que dá aos outros Estados-membros e aos meios interessados a garantia de se poderem fazer ouvir e que permite à Comissão ser completamente esclarecida acerca do conjunto dos dados do processo antes de tomar a sua decisão, revela-se, no entanto, *indispensável* quando a Comissão depara com dificuldades sérias para verificar se um projecto de auxílio é compatível com o mercado comum» (n.° 13 dos fundamentos). Embora, neste caso, se trate de um projecto de auxílio regularmente notificado, penso que as observações do Tribunal sobre a natureza e objecto do controlo de compatibilidade têm um carácter geral e que, portanto, a abertura do processo correspondente se impõe igualmente quando a Comissão tem conhecimento de auxílios ilegalmente concedidos.

Se o auxílio é, pelo menos em certas condições, compatível, então é ainda mais importante que essa compatibilidade seja declarada *erga omnes* e que o mesmo auxílio possa, portanto, ser rápida e legalmente entregue.

Isto vale, em especial, relativamente às derrogações a que se refere o artigo 92.°, n.° 3. Com efeito, é claro que estas foram previstas e devem ser aplicadas «no interesse comum». O facto de o Estado que concede o auxílio ter violado o artigo 93.°, n.° 3, não é razão suficiente para impedir a sua aplicação. De outro modo, correr-se-ia o risco de não permitir a atribuição de auxílios que correspondem a objectivos importantes e estão em conformidade com os interesses da Comunidade.

A isto acresce que, se se pretendesse extrair todas as consequências da tese da Comissão, mesmo um auxílio que releve do disposto no artigo 92.°, n.° 2, do Tratado — portanto, *per se* legal — seria incompatível com o mercado comum se instituído com violação das obrigações decorrentes do artigo 93.°, n.° 3.

Com efeito, subsistindo a possibilidade de prosseguir de forma autónoma essa violação, penso que a Comissão é, de qualquer modo, obrigada a proceder ao exame do auxílio com referência às derrogações previstas no artigo 92.°, n.° 3, e não se pode limitar à apreciação *ex articulo* 92.°, n.° 1. De facto, se é verdade que esta apreciação é de tipo discricionário, é também verdade que o seu *objecto* está delimitado pelo Tratado e corresponde ao conteúdo dos três números do artigo 92.° Ora, como não é possível ultrapassar esse conteúdo, penso que a Comissão é obrigada a exercer o controlo de compatibilidade de uma forma completa, e isto com referência a todos os critérios enunciados no artigo 92.°, incluindo os do seu n.° 3 [36].

20. Por último, convém observar que, no âmbito do processo do artigo 93.°, n.° 2, a *todos os interessados*, Estados-membros e particulares, deve ser dada a possibilidade de «apresentarem as suas observações» (o que de resto está de acordo com o objectivo principal de assegurar um apuramento material tão completo e claro quanto possível).

Além disso, o direito comunitário protege a posição de quem «denunciou» à Comissão a existência de um auxílio, garantindo-lhe a possibilidade de recorrer, quer da decisão da Comissão que declara a compatibilidade do auxílio, quer de uma eventual omissão da instituição que, na sequência da denúncia, não tomou qualquer medida, positiva ou negativa, nos termos do artigo 93.°, n.° 2.

Ora, é evidente que qualquer mecanismo que se destine a impedir ou mesmo a atrasar o processo do artigo 93.°, n.° 2, implica necessariamente um prejuízo para as *garantias processuais e substanciais* de que gozam os terceiros (estados e particulares) por força do Tratado.

Entendo, por conseguinte, que sempre que seja levado ao seu conhecimento a «notitia criminis» da existência de um auxílio, *a Co-*

36 — Sobre o carácter *unitário* e *obrigatório* do controlo de compatibilidade, ver, de forma significativa, Smit & Herzog (já citado na nota 29), p. 415, onde: «When investigating the incompatibility of an aid with the common market, the Comission *should also examine on its own motion* whether any of the exceptions of article 92(2) or 92(3) are applicable, in particular if the facts and the arguments advanced indicate that an exception may be applicable.»

missão é obrigada a seguir, até à decisão final sobre a compatibilidade, o processo do artigo 93.°, n.° 2.

21. Naturalmente, se se revelasse verdadeiramente indispensável, para garantir a eficácia do sistema de controlo prévio, subordinar a aplicação do artigo 92.°, n.° 3, à observância das obrigações do artigo 93.°, n.° 3, o legislador comunitário poderia intervir com base no artigo 94.° Mas, enquanto essa intervenção não ocorrer, parece-me dever reconhecer que as obrigações processuais do artigo 93.°, n.° 3, e o controlo de compatibilidade se colocam em planos diferentes e que, portanto, a violação das primeiras não é susceptível de comprometer o obrigatório e atempado tramitar do segundo.

Esta conclusão parece-me aliás ser corroborada pelo facto de — como se disse — a ilegalidade por violação do artigo 93.°, n.° 3, ser impugnável eficazmente tanto no plano interno como no comunitário e que, sobretudo, para se evitar que a prolongação do processo de controlo possa esvaziar de sentido uma eventual ordem de recuperação, a Comissão tem a possibilidade de solicitar ao Tribunal, ou mesmo de adoptar de *motu proprio*, as necessárias providências cautelares. Mas — e isto é o ponto mais importante — essas providências, mesmo que tomadas directamente pela Comissão, *não excluem*, antes *anunciam* a decisão final de compatibilidade (sobre a qual o Tribunal pôde efectuar plenamente o seu controlo), evitando simplesmente que se produzam ou persistam *medio tempore* situações de facto susceptíveis de distorcer a *concorrência* que posteriormente se torna impossível ou muito difícil remediar.

22. Em síntese, penso que da análise que acabo de fazer se podem retirar as seguintes conclusões:

— a questão da admissibilidade suscitada pela Comissão deveria ser reformulada no sentido indicado;

— o conteúdo e a finalidade das obrigações a que se refere o artigo 93.°, n.° 3, implicam que qualquer auxílio conferido com violação destas seja ilegal;

— essa ilegalidade implica consequências precisas e é impugnável, tanto no plano interno como no comunitário;

— em especial, a Comissão pode ordenar a recuperação do auxílio ilegalmente posto em execução, mesmo quando esse seja posteriormente declarado compatível com o mercado comum;

— além disso, podem ser adoptadas providências cautelares, para evitar que os efeitos da decisão definitiva da Comissão sejam prejudicados pela execução ilegal do auxílio;

— a violação das obrigações a que se refere o artigo 93.°, n.° 3, não é, todavia, susceptível de dispensar a Comissão do exame da compatibilidade do auxílio igualmente na perspectiva do disposto no artigo 92.°, n.° 3.

Quanto ao mérito

A — Aplicação do artigo 92.°, n.° 1

Natureza das entradas de capital efectuadas pelo Governo belga

23. O Governo belga contesta que as intervenções financeiras em favor da sociedade Tubemeuse constituam auxílios nos termos do artigo 92.°, n.° 1. As referidas contribuições representavam, pelo contrário, uma entrada de capital completamente normal, de acordo com o que normalmente se pratica a nível de sociedades numa economia de mercado. Em particular, o Governo belga comportou-se como qualquer outro accionista que, tendo realizado um investimento importante, perante dificuldades supervenientes se vê obrigado a efectuar novos investimentos para garantir a continuação da actividade da empresa e, portanto, uma, ainda que limitada, perspectiva de rendimento.

Em apoio desta tese, o Estado recorrente sublinha, em especial, que o seu comportamento de accionista foi em substância análogo ao de outros accionistas de empresas concorrentes. Observa, igualmente, que os investimentos da Tubemeuse foram em parte financiados por um consórcio internacional de bancos, o que demonstra que, ainda que a médio prazo, devem existir perspectivas de saneamento económico. Por último, o Estado belga esclarece que as entradas de capital foram realizadas com base em indicações fornecidas por uma reputada sociedade internacional de consultores de empresas.

24. A este respeito recordo que, de acordo com uma jurisprudência já consolidada, a participação de um Estado no capital de uma sociedade pode ser qualificada de «auxílio público» desde que se encontrem preenchidas as condições referidas no artigo 92.° do Tratado [37].

Além disso, como o Tribunal sublinhou no acórdão Intermills:

«... a concessão de auxílios, especialmente sob a forma de aquisição de participações por parte do Estado ou de colectividades públicas, não pode ser considerada automaticamente contrária ao disposto no Tratado. Qualquer que seja, portanto, a forma sob a qual os auxílios foram concedidos, quer se trate de empréstimos quer de participações, compete à Comissão examinar se se encontram em conflito com o artigo 92.°, n.° 1, e, na afirmativa, se podem eventualmente ser isentos da proibição por força do n.° 3 do mesmo artigo, fundamentando consequentemente a sua decisão» (n.° 32 do acórdão).

No citado processo 234/84, o Tribunal esclareceu igualmente que, para verificar se a participação financeira de um Estado numa empresa apresenta o carácter de um auxílio,

«... é pertinente aplicar o critério ... que assenta nas possibilidades que a empresa teria de obter as somas em causa nos mercados privados de capitais. No caso de uma empresa cujo capital social é detido pelas autoridades públicas, convém nomeadamente apreciar se, em circunstâncias similares, um sócio privado, baseando-se nas possibilidades de rentabilidade previsíveis, abstraindo

37 — Ver, em especial, os acórdãos de 14 de Novembro de 1984, Intermills, 323/82, Recueil 1984, p. 2809; de 13 de Março de 1985, Leeuwarder Papierwarenfabriek, 296/82 e 318/82, Recueil 1985, p. 809; e de 10 de Julho de 1986, Bélgica/Comissão, 234/84, Colect. 1986, p. 2281.

de qualquer consideração de carácter social ou de política regional ou sectorial, teria procedido a tal entrada de capital» (n.° 14 do acórdão).

25. Na decisão impugnada, a Comissão afastou a possibilidade da sociedade Tubemeuse obter o financiamento em questão no mercado privado de capitais, com base numa pluralidade de factores. Em especial, acentuou de forma circunstanciada que o sector em causa se caracteriza por um excedente estrutural da capacidade produtiva; que a procura proveniente da actividade de prospecção petrolífera, que representa a componente mais importante da procura de tubos sem soldadura, se encontrava em diminuição progressiva; que a situação financeira da Tubemeuse se caracterizava, desde há muito, por perdas substanciais (em 1984 o passivo era superior a 14 % do facturado, representando os encargos financeiros 8,4 %), o que tinha originado a saída progressiva dos accionistas privados.

Face a estas circunstâncias, não impugnadas na sua materialidade, deve-se declarar que a Comissão fez uma aplicação correcta do artigo 92.°, n.° 1, ao entender que as intervenções financeiras em questão constituíam um auxílio de Estado destinado a permitir a sobrevivência de uma empresa que, de outra forma, não teria podido obter no mercado de capitais a liquidez necessária à continuação da sua actividade.

26. A Comissão, além disso, respondeu de forma convincente aos argumentos deduzidos pelo Governo belga no presente processo na tentativa de demonstrar que as contribuições financeiras em litígio não podiam ser consideradas um «auxílio de salvamento».

Em especial, quanto ao comportamento dos accionistas de empresas concorrentes, sublinha-se que nenhuma analogia pode ser reconhecida ao comportamento do Governo belga enquanto parceiro financeiro da Tubemeuse, visto que essas empresas, para além de terem tomado medidas efectivas de saneamento, se encontravam numa situação de balanço e com perspectivas económicas, em geral, substancialmente positivas.

Quanto aos financiamentos bancários obtidos pela Tubemeuse, é determinante o facto de estarem, na realidade, cobertos por uma garantia do Estado belga, que assumia assim os riscos relativos a essas operações.

Quanto, por último, à circunstância de o Governo belga ter dado cumprimento às indicações de uma sociedade de consultadoria internacional, recorda-se antes de mais que, como sublinhou a Comissão, o relatório apresentado em 1986 pela referida sociedade já punha em evidência, *per se*, que a sua situação global era, desde 1983, muito precária em diversos aspectos (resultados de exploração, diversificação insuficiente, encargos financeiros e situação de tesouraria). Além disso, a Comissão apresentou um documento redigido em 1985 pelo Comité national belge de planification et de contrôle de la sidérurgie, onde se esclarece que, mesmo que a empresa conseguisse, através de uma reestruturação financeira, reduzir os encargos correspondentes, os custos de produção continuariam a ser superiores em 3,9 % ao preço de venda. Nesse relatório refere-se que, face às dificuldades financeiras e estruturais surgidas a partir de 1979, a sociedade Tubemeuse se dirigiu às autoridades públicas (locais e regionais) para lhes tentar encontrar uma solução.

Deve, portanto, considerar-se que foi correctamente que a Comissão considerou que a sociedade belga não podia, muito provavelmente, obter no mercado financeiro a liquidez de que necessitava e que, por conseguinte, a intervenção do Estado deve ser considerada como auxílio público nos termos do artigo 92.°, n.° 1.

Efeitos sobre as trocas intracomunitárias

A esse respeito o Governo belga observa, antes de mais, que a sociedade Tubemeuse, quando lhe foram concedidos os auxílios, exportava 90 % e, portanto, a quase totalidade da sua produção, para fora da Comunidade e, exactamente, para a União Soviética.

Desta circunstância o Governo belga deduz, antes de mais, que a intervenção em questão poderia no máximo ser considerada como um auxílio à exportação para países terceiros e, portanto, uma medida autorizada com base no disposto no artigo 112.° do Tratado.

Em segundo lugar, face à importância das exportações para os países terceiros, dever-se-ia, de qualquer modo, considerar que o auxílio em questão não era susceptível de ter uma grande influência sobre as trocas intracomunitárias. De qualquer modo, nesta perspectiva, a decisão da Comissão não era suficientemente fundamentada.

27. No que se refere ao artigo 112.°, esclarece-se que *a priori* não se pode excluir que um auxílio às exportações para países terceiros possa, pelo menos em determinadas circunstâncias, ter consequências no comércio intracomunitário, provocando igualmente alterações na concorrência. Poderia, por exemplo, acontecer que um regime de subsídio à exportação para países não comunitários viesse a permitir que a empresa auxiliada praticasse no mercado comunitário preços sensivelmente inferiores aos que, de outra forma, teria podido fixar. Nessa hipótese, não creio que o artigo 112.°, que se limita a estabelecer a harmonização progressiva dos regimes de auxílios às exportações extracomunitárias, permita que as intervenções públicas fiquem fora da alçada do artigo 92.°

Com efeito, o artigo 112.°, face aos seus alcance, objectivo e contexto normativo em que se inscreve, não pode ser interpretado como uma norma susceptível de derrogar outras disposições do Tratado como, precisamente, as relativas aos auxílios públicos. Trata-se sobretudo de estabelecer, caso a caso, se um determinado auxílio às exportações para países terceiros é ou não susceptível de afectar as trocas e prejudicar a concorrência intracomunitária [38].

Regra geral, portanto, não parece que a interpretação feita pelo Governo belga do artigo 112.° seja de acolher. Todavia, isto dito, convém sublinhar que no caso em apreço o auxílio concedido à sociedade Tubemeuse não podia, no entanto, ser considerado um auxílio às exportações extracomunitárias. Com efeito, não se trata de um benefício concedido para as *operações comerciais* com países terceiros. Trata-se, pelo contrário, de uma intervenção destinada a apoiar a *actividade produtiva* da empresa e que, como tal, se coloca para além do âmbito de aplicação do artigo 112.°

38 — No mesmo sentido Smit & Herzog (já citado na nota 29), p. 397.

28. O que se torna necessário determinar é, portanto, simplesmente se o auxílio à produção concedido pelo Governo belga, através das entradas financeiras em questão, é susceptível de afectar o comércio no interior da Comunidade.

Esclarece-se que a condição relativa aos efeitos sobre o comércio entre Estados-membros corresponde ao objectivo de delimitar o âmbito de aplicação da legislação comunitária em matéria de regras de concorrência. Por força deste critério, ficam fora do âmbito de aplicação das regras comunitárias os actos ou comportamentos cujos efeitos se produzem apenas no território de um Estado-membro e que, portanto, não são susceptíveis de ter consequências, nem mesmo indirectamente, na liberdade do comércio intracomunitário de forma que possa prejudicar a realização dos objectivos de um mercado único, como poderia verificar-se, por exemplo, caso os referidos actos ou comportamentos modificassem de forma sensível a estrutura ou o jogo da concorrência no mercado comum [39].

Sublinha-se, em primeiro lugar, que os produtos *de quo* são objecto de trocas intracomunitárias. Em especial, como resulta da decisão impugnada, cerca de 50 % do total da produção comunitária é absorvido pela procura interna da CEE. Além disso, cerca de 25 % das exportações dos produtores comunitários são realizadas no interior da Comunidade (situação em 1984). Na mesma época, a produção da Tubemeuse constituía 17 % da produção comunitária e, como se disse, cerca de 90 % destinada à URSS.

29. Convém, em seguida, observar que a posição de uma empresa que representa 17 % da produção comunitária não pode, decerto, ser considerada marginal e que, por conseguinte, o apoio maciço que lhe foi acordado é susceptível de alterar o funcionamento normal da concorrência e, portanto, de ter consequências no funcionamento dos fluxos comerciais. Além disso, o facto de no momento da concessão do auxílio a empresa exportar a maior parte da sua produção para um país terceiro não é determinante. O que conta, com efeito, é que o produto em questão seja objecto de trocas intracomunitárias e que, em especial, a sociedade Tubemeuse estivesse em condições de participar nas referidas trocas numa posição de peso. Aliás, já numa outra ocasião o Tribunal considerou que o facto de uma empresa tentar orientar as suas exportações para países terceiros não é susceptível de impedir que um auxílio que lhe tenha sido concedido possa ser considerado susceptível de prejudicar as trocas entre Estados-membros [40].

De resto, esta última observação é coerente com a necessidade de apreciar a subsistência da condição de prejudicar o comércio (assim como a da distorção da concorrência) numa perspectiva *dinâmica* [41]. Ora, no caso em apreço, a Comissão, para avaliar das consequências do auxílio em questão nas trocas, teve justamente em conta a evolução previsível dos fluxos comerciais. Na decisão impugnada, a Comissão sublinhou em especial como, num quadro complexo, caracteri-

39 — Estes princípios enunciados pelo Tribunal no âmbito da interpretação dos artigo 85.° e 86.° (ver, em especial, o acórdão de 31 de Maio de 1979, Hugin, 22/78, Recueil 1979, p. 1869), aplicam-se igualmente no caso do artigo 92.°, visto a condição de incidência no mercado comunitário ter, evidentemente, a mesma função no quadro destas três disposições, que fazem parte do capítulo do Tratado relativo às «regras de concorrência».

40 — Ver acórdão de 10 de Julho de 1986, Bélgica/Comissão, n.° 23 (já citado na nota 24).

41 — Ver, neste sentido, J. Megret, *Le droit de la Communauté économique européenne*, volume 4, p. 384.

zado por uma forte integração dos mercados mundiais e por um crescente desequilíbrio entre a procura e a oferta mundial (devido ao aumento de capacidade produtiva dos países em vias de desenvolvimento e de economia dirigida e à contracção da procura nos Estados Unidos — em virtude da entrada em vigor de restrições às importações — e da procura do sector petrolífero), era razoavelmente previsível uma *reorientação* da actividade da Tubemeuse para o mercado interno CEE. Deve-se observar que o bem fundado dessas previsões foi confirmado pela evolução posterior a 1984. Dos elementos fornecidos na audiência pelo representante da Comissão resulta, de facto, que, em 1987, a Tubemeuse exportou para o mercado comum 23 % da sua produção, número que evoluiu para 33,3 % no primeiro semestre de 1988.

É de aceitar, portanto, que no caso em apreço, a Comissão considerou justamente existir incidência sobre o comércio comunitário do auxílio concedido pelo Governo belga e que, além disso, a decisão impugnada estava clara e suficientemente fundamentada quanto às circunstâncias e às avaliações com base nas quais efectuou a sua apreciação sobre este ponto.

B — Aplicação do artigo 92.°, n.° 3

30. O Governo belga entende que no caso em apreço a Comissão deveria, de qualquer modo, ter reconhecido que o auxílio em questão podia beneficiar das derrogações a que se refere o artigo 92.°, n.° 3, alíneas a) e c).

Esclarece que as alegações, aliás suscintas, feitas a este respeito não são acompanhadas de elementos efectivamente convincentes.

Em especial, resulta da decisão impugnada que a Comissão não aceitou, no caso em apreço, a aplicação do disposto na alínea a) do n.° 3 do artigo 92.° baseando-se numa anterior análise socioeconómica das regiões belgas em questão (Decisão 82/740/CEE de 22 de Julho de 1982, JO L 212 de 9.11.1982, p. 18, modificada pela Decisão 45/544/CEE de 31 de Julho de 1985, JO L 341 de 19.12.1985, p. 19), da qual resultava que nas referidas regiões o nível de vida não era anormalmente baixo e não existia uma grave situação de subemprego. O Governo belga limitou-se a fornecer informações acerca do encerramento de algumas empresas que aí estavam estabelecidas sem, todavia, contestar o conteúdo da apreciação feita nas referidas decisões.

Quanto à derrogação a que se refere o artigo 92.°, n.° 3, alínea c), a Comissão evidencia que, no caso em apreço, a empresa opera num mercado que se caracteriza por uma forte excedência estrutural da oferta e que a intervenção financeira do Governo belga surge completamente desligada de um plano de saneamento efectivo, com os consequentes cortes de capacidade produtiva. Nestas circunstâncias, o auxílio concedido à sociedade Tubemeuse permitiu-lhe manter ou aumentar a própria quota de mercado em detrimento de outras empresas não apoiadas, analogamente, pelos poderes públicos e constrangidas, coerentemente com as necessidades de um mercado excedentário, a redimensionar a sua produção. O auxílio em questão conduziu, portanto, a alterações nas trocas num sentido decerto contrário ao interesse comum. Por conseguinte,

a Comissão entendeu, justamente, que a derrogação a que se refere o artigo 92.°, n.° 3, alínea c), não devia ser aplicada.

Convém, pois, acrescentar que no caso em apreço a sociedade Tubemeuse continuou a exercer a sua actividade, mesmo após a decisão controversa. Impunha-se portanto a completa execução da decisão da Comissão para evitar a continuação das distorções de concorrência provocadas pelo auxílio.

C — A execução da decisão impugnada

31. No entender do Governo belga, a Comissão não teve em conta o facto de a sociedade Tubemeuse se encontrar na situação de concordata judicial quando foi proferida a decisão impugnada e que, portanto, esta não era exequível.

A este respeito, o Governo belga deduz os seguintes argumentos:

— a decisão impugnada não tinha objecto e não era, portanto, exequível, visto a empresa ter deixado de existir de um ponto de vista económico;

— a situação de concordata judicial tornava impossível pelo menos a execução imediata da decisão;

— face à situação de concordata judicial, a obrigação de recuperar o auxílio era desproporcionada.

32. Os argumentos do Governo belga conduzem, realmente, a um resultado susceptível de comprometer a eficácia da regulamentação sobre os auxílios. Bastaria, com efeito, que uma empresa que tivesse obtido um apoio financeiro maciço do Estado, desse início a um processo de concordata para que não lhe fosse aplicado o disposto nos artigos 92.° e seguintes.

Além disso, não se vislumbram razões para conceder às empresas que se encontram na situação de concordata judicial um tratamento mais favorável relativamente à obrigação de recuperação do que o concedido a qualquer outra. Como já foi acima amplamente recordado, a Comissão pode sempre solicitar a restituição dos auxílios concedidos de forma ilegal. Compete, em seguida, ao Estado interessado estabelecer as modalidades adequadas para conseguir o resultado pretendido. Isto é igualmente válido para as empresas relativamente às quais esteja a correr um processo de concordata judicial, haja em vista, em especial, que as somas cuja restituição o Estado *é obrigado* a exigir fazem *ilegalmente* parte do património da própria empresa.

Sublinha-se, por último, que a Comissão não ordenou uma recuperação *imediata* das quantias ilegalmente concedidas, antes tendo simplesmente pedido ao Governo belga para tomar as iniciativas necessárias, no quadro dos meios que lhe são oferecidos pelo ordenamento jurídico interno, para obter essa restituição. Parece, a este respeito, que o Estado deu cumprimento a esta obrigação mediante a inscrição das somas em questão no passivo da concordata, comportamento, este, que a Comissão declarou considerar adequado para garantir a observância da obrigação de repetição estabelecida na decisão controversa. Face a estas circunstâncias de facto, não há qualquer necessidade de fazer referência, no caso em apreço, à jurisprudência do Tribunal segundo a qual apenas a *impossibilidade abso-*

luta é susceptível de justificar a não execução da ordem de recuperação [42].

Considero, portanto, que a especial situação em que se encontrava a empresa no momento em que foi tomada a decisão controvertida não era susceptível de impedir a sua execução, tanto mais que, pelo menos com base em tudo quanto resulta do presente processo, o Estado parece ter dado efectivo cumprimento às obrigações que lhe foram impostas.

D — Violação dos direitos da defesa

33. O Governo belga sublinha que, na decisão impugnada, a Comissão faz referência às observações apresentadas por «outros três Estados-membros e por quatro associações profissionais de produtores de tubos de aço». Estes documentos, importantes para a decisão, não foram apresentados nem comentados pelas partes interessadas.

A este respeito basta sublinhar que a decisão controvertida se baseia num conjunto de dados económicos objectivos relativos à situação e à evolução do mercado em questão, de que o Governo belga estava informado, e em relação aos quais apresentou os seus próprios argumentos. Entendo, portanto, que as observações em questão, embora seja lamentável que não tenham sido devidamente comunicadas, não têm, todavia, qualquer influência sobre o conteúdo da decisão e que, portanto, a sua não comunicação não é susceptível de determinar a sua anulação.

Remeto, a este respeito, para o já citado acórdão Reino da Bélgica/Comissão, 234/84, onde, respondendo a uma objecção análoga, o Tribunal esclareceu que:

«a decisão em causa está suficientemente apoiada em elementos objectivos referidos na sua fundamentação, dos quais o governo estava plenamente informado e sobre os quais teve toda a possibilidade de fazer conhecer, em tempo útil, o seu ponto de vista. Donde resulta que, mesmo na ausência das observações que a Comissão recebeu de terceiros interessados no decurso do processo, a decisão não poderia ter tido um conteúdo diferente. Nestas circunstâncias, o simples facto de a Comissão ter referido na sua decisão estas observações, sem ter dado ao Estado-membro em causa a ocasião de as comentar, não justifica a anulação desta decisão» (n.° 30).

34. Face a tudo o que acabo de expor, concluo propondo que o Tribunal:

— declare o recurso admissível na totalidade;

— lhe negue provimento;

— condene o Governo belga nas despesas.

42 — Ver, por último, o acórdão de 2 de Fevereiro de 1989, Comissão/República Federal da Alemanha, em especial os n.os 8 e 9 (já citado na nota 24).