CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL F. G. JACOBS

apresentadas em 23 de Março de 1994 *

Senhor Presidente,
Senhores Juízes,

1. No presente processo o Reino de Espanha põe em causa uma decisão da Comissão que declarou que a Espanha concedeu um auxílio em violação dos artigos 92.° e 93.° do Tratado. A decisão em causa é a decisão da Comissão, de 4 de Novembro de 1992, relativa aos auxílios concedidos pelo Espanha à empresa Merco (sector agro-alimentar) [1]. As questões suscitadas neste processo são, em alguns aspectos, similares às colocadas em três outros processos em que a Espanha impugnou decisões da Comissão sobre auxílios de Estado, designadamente, os processos apensos C-278/92, C-279/92 e C-280/92 (Racc. 1994, pag. I-4103), cujas conclusões foram lidas no mesmo dia que as do presente processo.

Os factos

2. A empresa pública Mercorsa (Mercados en Origen de Productos Agrarios) foi criada em 1972 pelo Ministério da Agricultura espanhol. Em 1987, mudou o seu nome para Merco. Quando foram tomadas as decisões impugnadas, os seus accionistas públicos eram o Patrimonio del Estado (do Ministério das Finanças), com 69,3% do capital, e o FORPA (Fondo para la Ordenación y Regulación de la Produción y los Precios Agrarios, entidade pública sob a tutela do Ministério da Agricultura), com uma participação de 30,7%.

3. A actividade da Merco consistia na comercialização de produtos agrícolas; tinha um capital de 8 782 milhões de PTA e empregava 900 pessoas. Desenvolvia as suas actividades em 55 mercados agrícolas estabelecidos em locais de produção e a partir dos quais os produtos agrícolas eram comercializados em Espanha e para o estrangeiro.

4. Em 1990, o volume de negócios da empresa foi de cerca de 71 000 milhões de PTA, o que a colocava como uma das maiores empresas espanholas. Os seus principais sectores eram os das frutas e legumes, azeite, cereais e sementes, oleaginosas e algodão.

* Língua original: inglês.
1 — JO 1993, L 55, p. 54.

5. De acordo com um relatório de auditoria (relativo ao exercício de 1990) elaborado pela Price Waterhouse em 1991, a Merco, tinha, em 1990, um défice de mais de 8 727 milhões de PTA, ao qual tinham de ser adicionados os défices de exercícios anteriores, que se elevavam a cerca de 9 800 milhões de PTA. Ou seja, o défice total em 31 de Dezembro de 1990 era de mais de 18 000 milhões de PTA.

6. Na sequência de uma denúncia, a Comissão, por telexes de 20 de Dezembro de 1990 e 23 de Abril de 1991, pediu ao Governo espanhol informações sobre o auxílio que alegadamente concedera à Merco, sob a forma de uma entrada de capital no montante de 5 900 milhões de PTA.

7. Por carta de 27 de Maio de 1991, o Governo espanhol confirmou que em 1990 tinha sido pago à Merco o montante de 5 900 milhões de PTA, sob a forma de entrada de capital, em virtude de uma decisão dos seus dois accionistas públicos, o Património del Estado e o FORPA.

8. Com base nas informações de que dispunha, a Comissão considerou que essa entrada de capital de 5 900 milhões era um auxílio de Estado na acepção do artigo 92.°, n.° 1, do Tratado, e decidiu dar início ao processo previsto no seu artigo 93.°, n.° 2.

9. No processo que decorreu perante a Comissão, o Governo espanhol considerou, em observações apresentadas numa carta de 4 de Outubro de 1991, que a entrada de capital de 5 900 milhões de PTA não era um auxílio de Estado na acepção do artigo 92.° do Tratado, pois a decisão dos accionistas públicos da sociedade fora tomada com base em critérios económicos, visto que o Governo espanhol decidira reorganizar a empresa e restringi-la a actividades lucrativas.

10. Essa reorganização consistiu no encerramento da divisão «azeite» e, por outro lado, numa entrada de capital de 5 900 milhões de PTA. A divisão «azeite» era a causa da maior parte dos problemas de rentabilidade da empresa. Em 1990, essa divisão custara cerca de 2 022 milhões de PTA.

11. Apesar disso, as autoridades espanholas entendem que, mesmo que a entrada de capital fosse julgada como auxílio de Estado, deveria ser julgada compatível com o mercado comum, com o fundamento de que esse auxílio financeiro era necessário para a efectivação do plano de redução das actividades da empresa resultante do encerramento da divisão «azeite». Além disso, como as actividades dessa divisão estavam concentradas principalmente em regiões menos favorecidas, os auxílios deviam ser considerados compatíveis com o mercado comum, ao abrigo do artigo 92.°, n.° 3, alíneas a) e c), do Tratado.

12. Contudo, o Governo espanhol admitiu que a entrada de capital de 5 900 milhões de PTA não era suficiente para garantir que a Merco se tornaria lucrativa, e reconheceu que tinham de ser empreendidas outras reformas, em particular no tocante à estrutura financeira da empresa.

13. No artigo 1.° da decisão impugnada, a Comissão considerou ilegal o auxílio concedido à Merco sob a forma de entrada de capital de 5 900 milhões de PTA por ter sido concedido em violação das regras processuais previstas no artigo 93.°, n.° 3, do Tratado. O artigo 1.° considera o auxílio incompatível com o mercado comum nos termos do artigo 92.°, n.° 1, por não preencher as condições estabelecidas pelo artigo 92.°, n.° 3.

14. O artigo 2.° da decisão exigia que o Reino de Espanha suprimisse o auxílio referido no artigo 1.° e exigisse à Merco a restituição da soma em questão dentro do prazo de dois meses a partir da recepção da notificação da decisão. A restituição deveria ser feita de acordo com os meios e normas estabelecidos pela legislação nacional.

15. O artigo 3.° da decisão exigia ao Governo espanhol que informasse a Comissão, no prazo de dois meses a contar da data da recepção da notificação, das medidas tomadas para o seu cumprimento.

16. A Espanha avança quatro fundamentos em apoio do seu recurso. Passo a examiná-los sucessivamente.

Primeiro fundamento — Existência de um auxílio

17. Com o seu primeiro fundamento, a Espanha contesta que a entrada de capital seja um auxílio no sentido do artigo 92.°, n.° 1, do Tratado, se os critérios fixados pela jurisprudência do Tribunal de Justiça forem aplicados. O Tribunal sustentou que uma forma adequada para se avaliar se um aumento de capital é um auxílio de Estado é considerar em que medida a empresa seria capaz de obter as somas em questão no mercado privado de capitais e se um accionista privado teria subscrito o capital em questão [2]. Noutro processo, o Tribunal de Justiça aplicou como critério o de saber se um investidor privado que operasse em condições normais de uma economia de mercado teria efectuado as transacções financeiras em questão [3]. Segundo o Governo espanhol, a Comissão, ao aplicar esses critérios, não teve em conta um elemento fundamental, a saber, a finalidade da intervenção. Essa intervenção,

2 — V. acórdão de 10 de Julho de 1986, Bélgica/Comissão (40/85, Colect., p. 2321, n.° 13).

3 — V. acórdão de 21 de Março de 1990, Bélgica/Comissão (C-142/87, Colect., p. I-1959, n.° 29).

longe de tentar manter artificialmente a actividade da empresa, limitou-se, pelo contrário, a facilitar a liquidação pela forma menos onerosa de uma divisão da empresa, a do azeite, que representava certa de 50% do total das suas actividades. Não era, por consequência, correcto colocar o aumento de capital em relação com a manutenção da globalidade das actividades da empresa.

18. O Governo espanhol afirma ainda que, tal como resulta da análise das contas em anexo ao articulado, o aumento de capital objecto da decisão impugnada tornou possível «a recuperação dos activos da empresa» [4] e o pagamento de um número substancial de dívidas a pequenos agricultores cuja própria subsistência como agricultores ficaria em risco se não fossem pagas.

19. Pelas razões desenvolvidas na contestação da Comissão, é difícil aceitar a sugestão de que a finalidade da intervenção fosse o encerramento da divisão «azeite». A intervenção ocorreu em 1990, ao passo que a decisão de encerrar a divisão «azeite» só foi tomada depois de 1991, de acordo com as próprias afirmações do Governo espanhol. Além disso, numa carta datada de 20 de Março de 1992, as autoridades espanholas informaram a Comissão de que a Merco pretendia cessar as suas actividades no sector do azeite em 30 de Março de 1992. A Comissão sublinha ainda que nenhum dos objectivos agora atribuídos pelo Governo espanhol à sua intervenção foram mencionados no decurso do procedimento administrativo. A conclusão que tem de se retirar é, penso eu, que o objectivo da intervenção não era, como o Governo espanhol agora sustenta, facilitar a liquidação de parte da actividade da Merco, mas, pelo contrário, manter a Merco em actividade por mais algum tempo e adiar o dia fatídico da liquidação.

20. No que respeita à confiança do Governo espanhol na recuperação dos activos e no pagamento das dívidas aos pequenos agricultores, é novamente significativo que estas considerações não fossem mencionadas pelas autoridades espanholas no decurso do processo perante a Comissão. A Comissão salienta também que o Governo espanhol não estabeleceu qualquer ligação entre o aumento do capital e a recuperação de activos. Além disso, os documentos contabilísticos juntos ao recurso não demonstram a existência dessa ligação. No que diz respeito ao pagamento de dívidas, a Comissão observa que tais factores não são relevantes na apreciação da atitude de um investidor privado. A Comissão afirma ainda que o balanço da Merco relativo ao exercício findo em 31 de Dezembro de 1990, entregue à Comissão por um terceiro, demonstra que a maior parte dos credores da Merco não eram pequenos agricultores: as dívidas eram, no essencial, não de índole comercial (5 220 milhões de

4 — O significado desta expressão não é inteiramente claro, nem resulta dos documentos apresentados com o recurso do Reino de Espanha.

PTA), mas a estabelecimentos financeiros (21 511 milhões de PTA).

21. Na sua réplica, a Espanha não se esforça muito por defrontar a convincente refutação das suas alegações. A réplica limita-se a duas afirmações: primeiro, que a recuperação dos activos e o pagamento das dívidas a pequenos agricultores tinham sido efectuados e, segundo, que o processo de liquidação das actividades da Merco, iniciado, segundo o Governo espanhol, em 1990, estava agora (Maio de 1993) praticamente terminado. Estas afirmações, mesmo se verdadeiras, não respondem aos argumentos da Comissão. O primeiro fundamento do Reino de Espanha deve, por isso, ser rejeitado.

Segundo fundamento — Efeito no comércio entre os Estados-membros

22. Com o seu segundo fundamento, o Reino de Espanha contesta a conclusão da Comissão de que o auxílio era de molde a afectar o comércio entre Estados-membros. O artigo 92.°, n.° 1, proíbe os auxílios «que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções ... na medida em que afectem as trocas comerciais entre os Estados-membros».

23. Na decisão impugnada, a Comissão baseou a sua conclusão relativamente ao efeito sobre o comércio entre os Estados-membros simplesmente no facto de todos os produtos agrícolas comercializados pela Merco serem transaccionados entre Estados-membros. A Comissão apresentou, na sua decisão, um quadro estatístico demonstrando a extensão do comércio entre Espanha e os outros Estados-membros para as várias categorias de produtos. A Comissão sustentou que, se a ajuda financeira prestada por autoridades públicas reforça a posição de certas empresas contra os seus concorrentes na Comunidade, tem de ser considerada prejudicial para estes; e sê-lo-á tanto mais quanto — como no caso em apreço — o auxílio permitiu reforçar as finanças de uma empresa que, para usar as palavras da Comissão, deveria, em condições normais, ter desaparecido.

24. A crítica do Reino de Espanha a este aspecto da decisão impugnada é essencialmente um corolário do seu primeiro fundamento. O Reino de Espanha considera que a entrada de capital em questão não pode ser vista como susceptível de afectar o comércio entre Estados-membros, dado que o seu objectivo não foi, ao contrário do que sustenta a Comissão, apoiar as actividades da Merco, mas antes apoiar a liquidação das actividades que estavam na origem dos problemas da Merco. Na óptica do Reino de Espanha, é difícil sustentar que a liquidação de uma empresa ou de um dos seus sectores distorce a concorrência por afectar o comércio entre os Estados-membros, quando o efeito que produz o desaparecimento de uma empresa de um dos sectores da sua actividade é precisamente o de permitir às restantes empresas ocupar esse sector do mercado.

25. Na sua contestação, a Comissão nega mais uma vez que o aumento de capital fizesse parte de um plano de encerramento da divisão «azeite». Na sua réplica, o Reino de Espanha limita-se a repetir que o objectivo da entrada de capital era o de pagar dívidas existentes tendo em vista a supressão de actividades da empresa no sector do azeite.

26. A resposta ao segundo fundamento decorre, em minha opinião, da resposta ao primeiro. De qualquer forma, a argumentação da Comissão sobre este ponto, embora não directamente atacada pelo Governo espanhol, parece-me adequada a estas circunstâncias. O efeito, senão a intenção, da entrada de capital foi permitir à Merco continuar a exercer a sua actividade e podia razoavelmente inferir-se, dada a escala das actividades da Merco, que existiria um efeito sobre o comércio entre os Estados-membros.

27. O Governo espanhol cita neste contexto o acórdão Intermills/Comissão, em que o Tribunal sustentou que «o pagamento das dívidas de uma empresa para garantir a sua sobrevivência não afecta necessariamente de forma adversa as condições do comércio numa medida contrária ao interesse comum... quando essa operação for acompanhada, por exemplo, por um plano de reestruturação» [5]. Contudo, nesse acórdão, o Tribunal apreciava não o efeito sobre o comércio ou a distorção da concorrência nos termos do artigo 92.°, n.° 1, mas se um auxílio era contrário ao interesse comum nos termos do artigo 92.°, n.° 3, alínea c). Além disso, no presente processo, a Comissão considerou que o Reino de Espanha não apresentou nenhum plano de reestruturação adequado, como seria exigido para que tal auxílio pudesse ser aprovado ao abrigo do artigo 92.°, n.° 3. Este ponto pode, portanto, ser considerado no contexto do terceiro fundamento do Reino de Espanha, que coloca a questão de o auxílio se encontrar no campo de aplicação do artigo 92.°, n.° 3.

28. Pelas razões que precedem, concluo que o segundo fundamento do Reino de Espanha deve ser rejeitado.

Terceiro fundamento — Aplicabilidade do artigo 92.°, n.° 3

29. O Reino de Espanha sustenta que a entrada de capital em causa cai no âmbito de

5 — Acórdão de 14 de Novembro de 1984, Intermills/Comissão (323/82, Recueil, p. 3809, n.° 39).

aplicação do artigo 92.°, n.° 3, alíneas a) e c), do Tratado. O artigo 92.°, n.° 3, estabelece:

«Podem ser considerados compatíveis com o mercado comum:

a) os auxílios destinados a promover o desenvolvimento económico de regiões em que o nível de vida seja anormalmente baixo ou em que exista grave situação de subemprego;

b) ...

c) os auxílios destinados a facilitar o desenvolvimento de certas actividades ou regiões económicas, quando não alterem as condições das trocas comerciais de maneira que contrariem o interesse comum...»

30. O Reino de Espanha afirma que muitas das actividades da Merco eram desenvolvidas nas regiões menos desenvolvidas de Espanha que são elegíveis para auxílio regional, no âmbito do artigo 92.°, n.° 3, alíneas a) e c). A entrada de capital facilitou a redução das actividades da empresa e evitou consequências graves. O não pagamento de montantes devidos a pequenos agricultores do sector teria desencadeado uma crise que teria conduzido à ruína de muitos deles, excluíndo a possibilidade de, no futuro, se encorajar o desenvolvimento regional e sectorial. A medida estaria portanto abrangida nas disposições do artigo 92.°, n.° 3, alíneas a) e c).

31. A resposta a estes argumentos pode encontrar-se, em minha opinião, na própria decisão da Comissão. A decisão, *inter alia*, afirmava:

«No que diz respeito às derrogações previstas no n.° 3, alíneas a) e c), do artigo 92.° do Tratado CEE, relativamente aos auxílios destinados a promover ou a facilitar o desenvolvimento de certas regiões, aquelas não são aplicáveis ao auxílio em causa.

... Cabe referir que, apesar de a Merco ter desenvolvido algumas das suas actividades em regiões susceptíveis de beneficiar de auxílios regionais ao abrigo do n.° 3, alíneas a) e c), do artigo 92.°, o auxílio em causa não foi concedido no âmbito de programas de auxílio regional, mas com base em decisões *ad hoc* do Governo espanhol e sob a forma de

aumentos de capital arbitrários realizados de modo discricionário.

Mesmo que devesse ser considerado um auxílio de carácter regional, o auxílio em questão continuaria a não poder beneficiar das derrogações previstas no n.° 3, alíneas a) e c), artigo 92.° do Tratado CEE, uma vez que, para serem abrangidos por estas disposições, os auxílios devem contribuir para o desenvolvimento da região a longo prazo — o que significa que, no caso vertente, o auxílio deveria, pelo menos, ter sido utilizado para restabelecer a viabilidade da empresa, objectivo não atingido pela Merco, a acreditar nas informações até agora comunicadas à Comissão — sem produzirem efeitos negativos inaceitáveis no que respeita às condições da concorrência na Comunidade...»

32. Na decisão impugnada, a Comissão afirma ainda que, «tendo em conta o facto de... ter sido utilizado para compensar prejuízos e reduzir as dívidas financeiras da empresa, de não estar ligado a um plano de reestruturação satisfatório e de poder ter tido um efeito negativo para os concorrentes comunitários da empresa, ao manter a competitividade da mesma através da melhoria artificial da sua situação financeira, o auxílio em causa não é compatível com o mercado comum». E a Comissão afirma ainda que só poderia aprovar um auxílio de reestruturação em circunstâncias excepcionais: o auxílio deve inserir-se num verdadeiro plano de reestruturação, apenas podendo ser concedido quando se provar que a manutenção da empresa e o restabelecimento da sua rendibilidade constituem a melhor solução do ponto de vista do interesse comunitário.

33. Em minha opinião, a decisão da Comissão não pode ser criticada nestes pontos.

34. Na sua contestação, a Comissão remete para a sua decisão e acrescenta apenas que o encerramento das actividades da empresa no sector do azeite não contribui para o desenvolvimento das regiões em questão. O Reino de Espanha nada acrescenta na sua réplica e é claro, em minha opinião, que não há fundamento para atacar a decisão da Comissão nesta base.

Quarto fundamento — Obrigação de restituir o auxílio

35. O Reino de Espanha alega que é impossível cumprir a decisão impugnada, na medida em que impõe a restituição do auxílio, dado que a empresa está em liquidação, como já era conhecido da Comissão pelas cartas das autoridades espanholas de 1 e 31 de Julho de 1992, e não tem qualquer actividade, sendo dirigida por um administrador responsável tão-somente pelo processo de liquidação. A Comissão afirma que o Reino de Espanha pode, apesar disso, tentar, como

credor na liquidação, recuperar os montantes pagos, na totalidade ou em parte.

36. Em minha opinião, a validade da decisão da Comissão tem de ser afirmada à luz das circunstâncias em que foi tomada. Para a sua validade é irrelevante, na minha perspectiva, que factos posteriores tornem difícil ou mesmo impossível o seu cumprimento [6]. No presente processo, não tenho dúvidas de que o auxílio em questão foi ilegalmente concedido quer pela omissão das exigências processuais do Tratado por parte do Reino de Espanha quer pela violação das disposições substantivas do Tratado. A Comissão agiu de uma forma claramente correcta ao exigir a restituição do auxílio.

37. Gostaria de acrescentar que o presente processo põe em destaque uma dificuldade genérica na execução das disposições do Tratado sobre auxílios de Estado. No processo Boussac [7], o Tribunal de Justiça considerou que quando um Estado-membro não cumpre as regras processuais do Tratado, a Comissão pode tomar uma decisão provisória exigindo a suspensão do auxílio e a prestação pelo Estado-membro de toda a informação necessária. Se o Estado-membro acatar a decisão da Comissão, esta deve analisar a compatibilidade do auxílio com o mercado comum: não pode, ao contrário do que sugeriu a Comissão, exigir a restituição do auxílio simplesmente com fundamento na inobservância por parte do Estado-membro das regras processuais do Tratado.

38. Ao chegar a essa conclusão, o Tribunal tentou conciliar duas orientações antagónicas, perante a repetida violação por parte de alguns Estados-membros das obrigações decorrentes do Tratado relativamente à notificação de auxílios de Estado projectados. Se a perspectiva da Comissão fosse adoptada, o auxílio poderia ser declarado ilegal devido a irregularidades processuais, mesmo que fosse compatível com o mercado comum. Por outro lado, não poderia sustentar-se que a Comissão, quando confrontada com auxílios concedidos em violação das exigências processuais, tem os mesmos direitos e obrigações que teria se o auxílio fosse regularmente notificado: tal interpretação encorajaria os Estados-membros em causa a não cumprirem o artigo 92.°, n.° 3, e privaria essa disposição de eficácia [8].

39. A solução encontrada pelo Tribunal, ao reconhecer à Comissão o poder de suspender os auxílios, mas ao exigir-lhe que proceda à análise da compatibilidade do auxílio com o mercado comum, pode revelar-se útil em casos em que o auxílio tiver sido apenas parcialmente pago. Quando o auxílio tiver sido totalmente pago, o poder de suspendê-lo é evidentemente inútil; e o facto de a Comissão ter de proceder à análise da sua compatibilidade e de o Estado-membro poder depois impugnar judicialmente a decisão da

6 — V. n.os 58 a 63 do acórdão proferido no processo Bélgica/Comissão, já referido na nota 3.

7 — Acórdão de 14 de Fevereiro de 1990, França/Comissão (C-301/87, Colect., p. I-307).

8 — *Ibidem*, n.° 11.

Comissão — por débeis que sejam os seus fundamentos — antes de a obrigação de restituir o auxílio poder ser definitivamente fixada, é de molde a tornar essa obrigação, nalguns casos, numa obrigação ilusória. A restituição pode então ser já impossível. Seria preferível, creio, seguir a orientação de que, quando um Estado-membro viola a obrigação de notificação, a Comissão tem imediatamente o poder de determinar a restituição do auxílio. Não considero muito convincente o argumento segundo o qual isso poderia conduzir a ordens de restituição de auxílios que poderiam ser considerados compatíveis com o mercado comum: os Estados-membros podem evitar esse problema precisamente cumprindo a sua obrigação de notificar [9].

40. Quer no presente processo quer nos processos apensos C-278/92, C-279/12 e C-280/92 muitas das dificuldades que foram causadas teriam sido evitadas se o Reino de Espanha tivesse cumprido as suas obrigações nos termos do artigo 93.°, n.° 3, do Tratado.

Conclusão

41. Pelas razões que precedem, sou de opinião de que o Tribunal:

1) deve negar provimento ao recurso;

2) o Reino de Espanha deve ser condenado nas despesas.

9 — V. as minhas conclusões no processo Boussac, já referido na nota 7, ponto 42.