CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL WALTER VAN GERVEN
apresentadas em 11 de Outubro de 1990 *

Senhor Presidente,
Senhores Juízes,

1. Através do presente recurso, a República Italiana (a seguir «recorrente») pede a anulação da Decisão 89/43/CEE da Comissão, de 26 de Julho de 1988, relativa aos auxílios concedidos pelo Governo italiano à ENI-Lanerossi [1] (a seguir «decisão controvertida»). A decisão controvertida da Comissão (a seguir «recorrida») baseia-se no artigo 93.°, n.° 2, primeiro parágrafo, do Tratado, e tem a seguinte redacção:

«Artigo 1.°

Os auxílios no montante de 260,4 mil milhões de LIT concedidos entre 1983 e 1987 à ENI-Lanerossi, sob a forma de injecção de capital a favor das filiais do grupo de fabricantes de vestuário exterior para homem, são ilegais por terem sido concedidos em violação do disposto no n.° 3 do artigo 93.° do Tratado CEE. Além disso, tais auxílios são incompatíveis com o mercado comum, na acepção do artigo 92.° do Tratado.

Artigo 2.°

Os referidos auxílios devem ser objecto de recuperação.

Artigo 3.°

O Governo italiano deve informar a Comissão, no prazo de dois meses a contar da data da notificação da presente decisão, das medidas tomadas para lhe dar cumprimento.»

Por outras palavras, o presente processo diz respeito a um auxílio de Estado que terá sido concedido sob forma de injecções de capital a empresas em dificuldade.

Os factos e as propostas de reestruturação

2. Resulta da decisão controvertida que, em 1962, a Lanerossi SpA foi tomada pela *holding* do Estado italiano Ente nazionale idrocarburi (ENI) com o objectivo de resolver as dificuldades económicas e financeiras de algumas sociedades privadas do sector têxtil/vestuário, que a Lanerossi tinha tomado para esse efeito [2]. Resulta seguidamente da mesma decisão que, graças a um esforço de reestruturação considerável, algumas dessas filiais da Lanerossi voltaram a ser viáveis, mas que quatro filiais no subsector do vestuário para homem (Lanerossi Confezioni, Intesa, Confezioni di filottrano e Confezioni monti) continuaram a sofrer prejuízos e a receber auxílios do Estado sob a forma de compensação dos prejuízos [3].

* Língua original: neerlandês.

1 — JO 1989, L 16, p. 52.

2 — Decisão controvertida, parte I, primeiro parágrafo.

3 — Decisão controvertida, parte I, segundo e terceiro parágrafos.

Depois de os prejuízos destas quatro empresas terem passado, entre 1974 e 1979, de 2 mil milhões de LIT a 39 mil milhões de LIT por ano, a recorrida informou o recorrente, numa carta de 26 de Junho de 1980, que as intervenções a favor dessas empresas deviam ser consideradas auxílios e só poderiam beneficiar de derrogação ao artigo 92.°, n.° 1, se o auxílio fosse limitado no tempo e se o programa de reestruturação, que havia sido comunicado à Comissão, fosse executado com o objectivo de reduzir as capacidades de produção das sociedades abrangidas e de as tornar viáveis e financeiramente autónomas a curto prazo [4].

Numa carta de 20 de Maio de 1983, a recorrida considerou que os esforços de reestruturação no que respeita às quatro empresas atrás citadas durante os anos decorridos tinham fracassado. Os prejuízos registados de 1980 a 1982 tinham ultrapassado de longe os 150 mil milhões de LIT, e não se poderia esperar uma recuperação rápida [5]. A recorrida observou em seguida que a recorrente lhe havia notificado um programa de reestruturação para os anos de 1983 a 1986 e que poderia esperar-se que as empresas atrás citadas continuassem a apoiar-se nas intervenções maciças do Estado e dos poderes públicos para compensar os seus prejuízos [6]. Consciente da importância social e regional dessas fábricas, a recorrida não se opôs à concessão de auxílios até ao fim de 1982, mas manifestou dúvidas quanto à possibilidade de os défices de exploração poderem continuar a ser cobertos, no futuro, por intervenções do sector público de forma compatível com o bom funcionamento do mercado comum [7]. Por isso, mostrou-se muito céptica quanto ao programa de reestruturação para os anos de 1983 a 1986. Na mesma carta de 20 de Maio de 1983, lembrou também à recorrente a sua obrigação de notificação nos termos do artigo 93.°, n.° 3. Por telex de 24 de Junho de 1983, a recorrente confirmou a sua intenção de notificar qualquer intervenção futura a favor dessas quatro empresas [8].

Numa carta de 22 de Julho de 1983, a recorrida relembrava que, dada a evolução das filiais e do mercado, nenhum novo auxílio a seu favor poderia ser considerado compatível com o mercado comum [9]. Por carta de 2 de Novembro de 1983, a recorrente confirmava à recorrida que não estava previsto qualquer novo auxílio, que a direcção da ENI-Lanerossi considerava impossível a reestruturação dessas fábricas, e que, por consequência, o programa de reestruturação previsto para os anos de 1983 a 1986 não seria aplicado [10].

Tendo a imprensa revelado que as fábricas em questão continuavam a registar prejuízos e não poderiam escapar à falência sem novos auxílios do Estado, a recorrida pediu diversas vezes à recorrente para a informar da situação real. Por carta de 30 de Agosto de 1984, a recorrente admitiu que tinha compensado os prejuízos em 1983 e transmitiu à

4 — Decisão controvertida, parte I, terceiro e quarto parágrafos.

5 — Decisão controvertida, parte I, sexto parágrafo. É de notar que, na mesma carta, a recorrida informou a recorrente de que outra filial da Lanerossi no subsector do vestuário para homem, a Lebole SpA, que também tinha recebido um auxílio sob a forma de compensação dos prejuízos, tinha efectivamente procedido a reestruturações concretas e as prosseguiria num futuro próximo e que o auxílio concedido podia, por isso, beneficiar da derrogação prevista no artigo 92.°, n.° 3, alínea c) (decisão controvertida, parte I, quinto parágrafo).

6 — Decisão controvertida, parte I, sexto parágrafo.

7 — Decisão controvertida, parte I, sétimo parágrafo.

8 — Decisão controvertida, parte I, oitavo parágrafo.

9 — Decisão controvertida, parte I, nono parágrafo.

10 — Decisão controvertida, parte I, décimo parágrafo. A recorrente não chegou a apresentar, a pedido do Tribunal, uma cópia dessa carta e também não contestou o seu conteúdo, o que faz com que a mesma deva ser considerada como provada, tal como está reproduzida na decisão.

recorrida um resumo de um novo programa de reestruturação. Este resumo mostrava claramente que os prejuízos deveriam ainda ser compensados no futuro [11]. A credibilidade desse programa de reestruturação era contudo duvidosa, dado que resultava da mesma carta que a direcção da ENI-Lanerossi continuava a considerar que as fábricas em questão não estavam em condições de ser reestruturadas.

3. Tendo a recorrida iniciado o processo do artigo 93.°, n.° 2, primeiro parágrafo, a recorrente, como primeira reacção, informou a recorrida, por carta de 28 de Maio de 1985, na qual pedia também uma prorrogação do prazo para a apresentação de observações, de que as empresas abrangidas reduziam a sua mão-de-obra, de que as reestruturações não podiam ter êxito rapidamente, atendendo à situação em que se encontravam no momento da sua tomada pela ENI-Lanerossi (em 1962), e de que se tinha agora verificado que as mesmas não podiam provavelmente ser reestruturadas, o que as obrigava a reconverter-se para outras actividades. Ora, isso levaria tempo e exigiria outras intervenções do Estado [12]. Numa reunião bilateral efectuada em 21 de Junho de 1985, a recorrente anunciou o envio de informações complementares sobre o novo programa que «visava reestruturar alguns elementos das fábricas e reconverter outros» e deixou entender que esse programa chegaria a uma solução rápida e definitiva [13].

Ora, foi necessário esperar até 5 de Fevereiro de 1986 para que a recorrida obtivesse as informações prometidas e mesmo assim estas eram apenas parciais [14]. Numa reunião bilateral efectuada em 12 de Junho de 1986, a recorrente confirmava que as empresas abrangidas tinham recebido a título de auxílios do Estado, sob a forma de uma compensação dos prejuízos, 78 mil milhões de LIT em 1983, 56,8 mil milhões de LIT em 1984 e 42,2 mil milhões de LIT em 1986, e confirmava também que as empresas seriam vendidas ao sector privado e/ou reconvertidas para outros sectores [15]. Lembrava de novo que uma solução definitiva levaria tempo. Tendo a Comissão sublinhado que continuavam a faltar determinados dados para poder examinar o caso com pleno conhecimento de causa, a recorrente transmitiu, por carta de 8 de Setembro de 1986, informações complementares, mas sempre insuficientes; outros elementos foram comunicados numa reunião bilateral efectuada em 7 de Novembro de 1986 [16]. Tendo a recorrente afirmado nessa reunião que estava em vista uma solução definitiva e que comunicaria à recorrida os seus elementos em tempo útil, pode deduzir-se que nesse momento a recorrente continuava a não dispor de um plano de reestruturação pormenorizado, quando ela própria o havia anunciado em 1984/1985 (ver *supra* os n.os 2, último parágrafo e 3, primeiro parágrafo).

4. Numa reunião bilateral realizada em 11 de Setembro de 1987, verificou-se que a transferência para o sector privado e a reconversão para outras actividades estavam em curso, mas ainda não terminadas [17]. Numa reunião realizada em 26 de Janeiro de 1988, a recorrente informou a recorrida de que a ENI-Lanerossi efectuara a transferência de todas as suas empresas para o sec-

11 — Decisão controvertida, parte II, primeiro e segundo parágrafos.

12 — Decisão controvertida, parte III, primeiro parágrafo.

13 — Decisão controvertida, parte III, terceiro parágrafo.

14 — Decisão controvertida, parte III, quarto e quinto parágrafos.

15 — Decisão controvertida, parte III, sexto parágrafo.

16 — Decisão controvertida, parte III, oitavo parágrafo.

17 — Decisão controvertida, parte III, nono parágrafo.

tor privado o mais tardar em Março de 1988, o que efectivamente fez e confirmou por telex de 5 de Março de 1988 e por carta de 22 de Julho de 1988 [18]. A recorrente esclareceu então a recorrida de que a compensação dos prejuízos tinha atingido 45,9 mil milhões de LIT em 1986 e 37,5 mil milhões de LIT em 1987. A recorrente confirmou o que havia já declarado na reunião de 26 de Janeiro de 1988, ou seja, que, na sequência das várias transferências, dos 3 563 trabalhadores ocupados em 1983, 38 % se reformariam antecipadamente, 25 % seriam transferidos para o sector do vestuário civil para homem, 20 % para o sector do vestuário militar e 17 % para outros subsectores do têxtil/vestuário e para outras indústrias, designadamente do calçado [19]. Acrescentou que a (capacidade de) produção tinha sido reduzida e transferida da mesma forma e na mesma medida [20]. Ora, segundo a Comissão, nada diz que a capacidade de produção tenha diminuído realmente em 55 %, como a recorrente afirma [21].

5. Esta longa exposição dos factos, que não é contestada pela recorrente, demonstra em minha opinião que, no decurso do período 1983-1987, visado na decisão controvertida, a recorrente submeteu inicialmente à Comissão um plano de reestruturação para os anos de 1983-1986 que, como ela própria admitiu posteriormente, *não* podia conduzir a uma viabilização, e anunciou em seguida planos de reestruturação que, quando muito, estavam apenas numa fase de esboço e/ou deveriam ainda ser elaborados *concretamente*, e isso quando a própria direcção considerava desde 1983 que as empresas não se prestavam a reestruturação. Ora, contrariamente ao que havia prometido, a recorrente continuou a conceder, sem informar do facto a Comissão, como era sua obrigação, compensações de prejuízos consideráveis, que eram iguais ou mesmo superiores ao volume de negócios das empresas abrangidas [22].

Em resposta ao pedido do Tribunal para apresentar todos os programas de reestruturação pertinentes, indicar como esses programas eliminaram ou reduziram o excesso de capacidade entre 1979 e 1987 e produzir a prova da redução da capacidade da produção, a recorrente também não pôde apresentar um programa de reestruturação diferente dos indicados acima. Limitou-se a dar conta, *a posteriori*, de uma série complexa de transacções comerciais, relativas à mudança de propriedade das diferentes sucursais das quatro empresas abrangidas (sem que as razões dessas transacções surjam sempre claramente), e a fazer um resumo *a posteriori* das mudanças ocorridas na composição do pessoal (- 40 % entre 1983 e 1990), no volume da produção (- 38 % entre 1980 e 1985), na capacidade de produção (- 30 % entre 1983 e 1987), na superfície das fábricas (- 20 % entre 1983 e 1987) e no abate das máquinas e do equipamento (25 %). Mesmo que o método de cálculo destes dados estivesse provado, o que a Comissão contesta, os dados não permitem ainda concluir pela existência de um programa de reestruturação credível e prévio para o período em questão. Reduções similares podem também ser efectuadas em empresas em crise, que não tenham sido objecto de reestruturação. Noutros termos, a recorrente não provou qualquer relação evidente entre reduções verificadas *a posteriori* e medidas de reestruturação concretas, elaboradas previamente.

18 — Decisão controvertida, parte III, décimo e décimo segundo parágrafos.

19 — Ver nota 18.

20 — Decisão controvertida, parte III, décimo parágrafo.

21 — Decisão controvertida, parte IX, quarto parágrafo.

22 — Decisão controvertida, parte III, sexto e décimo segundo parágrafos, e parte VII, sétimo, décimo, décimo primeiro e décimo segundo parágrafos.

Com base nestes dados, considero que a recorrida tinha razão para admitir que o auxílio, que foi concedido durante o período de 1983-1987 às quatro empresas atrás referidas sob a forma de compensação dos prejuízos, não se conciliava com um programa ou uma sucessão de programas de reestruturação coerentes, concretos, prévios e com razoável probabilidade de êxito. Trata-se de um elemento de facto importante, que é preciso tomar em consideração ao apreciar a argumentação jurídica da recorrente.

Auxílios concedidos pelos Estados ou através de recursos do Estado sob qualquer forma

6. Nos termos do artigo 92.°, n.° 1, do Tratado CEE, são incompatíveis com o mercado comum, na medida em que afectem as trocas comerciais entre os Estados-membros, os «auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam», que falseiem ou ameacem falsear a concorrência favorecendo certas empresas ou certas produções. Analisarei adiante (n.os 17 e seguintes) a condição relativa à afectação das trocas comerciais, após ter examinado (nos n.os 8 e seguintes) a distorção ou ameaça de distorção da concorrência.

A expressão «concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam», utilizada no Tratado, levou o Tribunal a interpretar os auxílios em sentido amplo. No acórdão de 30 de Janeiro de 1985, Comissão/França[23], o Tribunal declarou que «resulta da própria redacção do artigo 92.°, n.° 1, que um auxílio não tem necessariamente de ser financiado por recursos do Estado para ser qualificado como auxílio de Estado». Além disso, não se deve fazer distinção consoante o auxílio «seja concedido directamente pelo Estado ou por organismos públicos ou privados que o Estado institui ou designa para gerir o auxílio».

Num recente acórdão de 2 de Fevereiro de 1988[24], o Tribunal admitiu, por outro lado, que a concessão de um benefício financeiro aos consumidores de energia através de uma redução de tarifas (e, portanto, através de uma diminuição de ganho) por uma empresa privada, 50 % de cujo capital é detido pelo Estado, que nomeia também metade dos membros da direcção, deve ser qualificada como auxílio de Estado, dado que também estava provado que a empresa não dispunha de «plena autonomia», mas agia sob o controlo e as orientações dos poderes públicos.

7. No caso do presente processo, trata-se de um auxílio concedido e financiado pelo ENI, agindo através de uma filial que controla totalmente, a Lanerossi SpA.

O ENI é uma *holding* do Estado, criada e dotada de capitais pela recorrente e dirigida por pessoas nomeadas pelo Governo[25]. O ENI apresenta numerosas características que o distinguem fundamentalmente das sociedades de direito privado: criação pela lei e

23 — Processo 290/83, Recueil 1985, p. 439, n.° 14. Ver também o acórdão de 7 de Junho de 1988, Grécia/Comissão n.° 12 (57/86 Colect., p. 2855).

24 — Acórdão de 2 de Fevereiro de 1988, Van der Kooy n.os 36 e 37 (67/85, 68/85 e 70/85, Colect., p. 263).

25 — Artigo 12.° da Lei n.° 136, de 10 de Fevereiro de 1953, relativa à criação do ENI (GURI n.° 72, de 27.3.1953), alterada por diversas vezes em seguida, entre outras através da Lei n.° 1153, de 14 de Novembro de 1967 (GURI n.° 310, de 13.12.1967).

organização como sociedade de direito público (artigo 1.°), importante controlo do Estado sobre todos os órgãos (artigos 11.° a 17.°) e sobre a tomada de decisões importantes (artigos 4.°, 8.°, 10.°, 21.° e 23.°), possibilidade de pedir expropriações em seu proveito (artigo 23.°), direitos exclusivos (artigo 2.°), etc. Em minha opinião, esta organização e esta estrutura da competência são prova suficiente de que o ENI e as suas filiais a 100 % são entidades estatais na acepção do artigo 92.°, n.° 1, que canalizam os auxílios do Estado [26].

O capital do ENI é integralmente detido pelo Estado, ou seja, pela recorrente. O capital denomina-se «fundo de dotação» [27] e coloca o ENI em condições de contrair empréstimos no mercado de capitais. Tem uma função semelhante à dos capitais de risco nas empresas privadas [28]. De passagem, pode observar-se que os capitais que o ENI obtém por empréstimo no mercado de capitais para aumentar os seus recursos para além do seu capital não são obtidos sem o auxílio do Estado. Com efeito, o ENI contraiu um empréstimo no mercado de capitais em 1985, nos termos do artigo 21.° da lei relativa ao ENI, com a autorização da recorrente e, ao que parece, com juros bonificados pela recorrente, no montante de 51,7 mil milhões de LIT, para absorver prejuízos no sector têxtil [29].

26 — No processo Meura (acórdão de 10 de Julho de 1986, Bélgica/Comissão, 234/84,, Colect., p. 2263), o papel da sociedade pública de investimento SRIW como intermediária para a concessão de auxílios do Estado sob a forma de uma tomada de participação no capital não foi sequer posto em causa.

27 — Artigo 7.° da Lei n.° 136, atrás referida.

28 — Relatório da comissão de peritos parlamentares sobre as participações do Estado em Itália (conhecida sob o nome de «comissão Chiarelli»), n.° 19, segundo parágrafo, publicado em *Foro amministrativo II*, 1975, n.° 653, p. 666.

29 — No decurso do processo escrito e na audiência, a recorrida deu conta da publicação no GURI n.° 6, de 9.1.1986, p. 40, de uma decisão do «Comitato interministeriale per la programmazione economica» de 28 de Novembro de 1985. A recorrente opôs-se à análise deste documento, porque não tinha sido mencionado na decisão controvertida e só lhe fora feita referência no processo escrito. Contudo, não se pode contestar a sua existência.

Nestas condições, não se pode contestar, em minha opinião, que os fundos fornecidos pelo ENI, através da sua filial Lanerossi SpA, são auxílios do Estado indirectos, que eram também concedidos através de recursos do Estado, na acepção ampla da jurisprudência do Tribunal. Não se pode exigir, por isso, como a recorrente pretendeu ainda na audiência, a prova de uma *earmarking* específica dos recursos do Estado, nem a prova de uma ordem oficial, publicada e específica, do Governo ao ENI, para manter as quatro filiais da Lanerossi em actividade. Isso privaria as disposições do Tratado CEE relativas aos auxílios de qualquer efeito útil e tornaria a sua violação demasiado fácil.

Auxílio que falseia ou ameaça falsear a concorrência

8. Chegamos assim à questão de saber se a recorrida tem razão quando, na decisão controvertida, parte da ideia de que o auxílio em questão é incompatível com o mercado comum, porque «falseia ou ameaça falsear a concorrência favorecendo certas empresas ou certas produções». Em abono dessa tese, argumenta que as compensações de prejuízos através de injecções de capital ocorreram em condições que o investidor privado não teria podido aceitar numa economia de mercado [30].

Em 17 de Setembro de 1984, a recorrida transmitiu aos Estados-membros um documento no qual explicita as suas concepções gerais sobre a participação das autoridades públicas nos capitais das empresas à luz do artigo 92.° [31]. Nesse documento, considera o

30 — Parte IV da decisão controvertida.

31 — Bol. CE 9-1984, p. 98 a 100; referência no *Décimo Quarto Relatório sobre a Política de Concorrência*, 1984, n.° 198.

critério do investidor privado como sendo o critério de apreciação pertinente:

«3.3. *Trata-se de auxílios do Estado* quando há entrada de capital fresco nas empresas, se essa entrada for realizada em circunstâncias que não seriam aceitáveis para um investidor privado operando nas condições normais de uma economia de mercado.

É esse o caso quando:

a situação financeira da empresa, e nomeadamente a estrutura e o volume do endividamento, sejam tais que não pareça justificado esperar num prazo razoável um rendimento normal (em dividendos ou em valor) dos capitais investidos...»

9. Após o Tribunal ter admitido, no acórdão Intermills, que «não se pode fazer uma distinção de princípio consoante um auxílio seja concedido sob a forma de empréstimos ou sob a forma de participação no capital das empresas» [32], admitiu plenamente o critério do investidor privado prudente no acórdão Leeuwarder Papierfabriek [33], cujas passagens essenciais estão redigidas como segue:

«Quanto à existência de um auxílio estatal, na acepção do artigo 92.°, n.° 1, do Tratado, resulta dos considerandos da decisão que a Comissão parte da tese de que a proibição de tais auxílios pode aplicar-se também às entradas de capital efectuadas pelas entidades públicas dependentes da autoridade do Estado (oitavo considerando). No caso dos autos, a natureza de auxílio da participação controvertida foi determinada pela inexistência de possibilidades de financiamento no mercado privado de capitais, com base em três elementos: a estrutura financeira da empresa, a sua necessidade urgente de investimentos de substituição e o excesso de capacidade no sector da transformação do cartão, factores que, na opinião da Comissão, tornavam pouco provável que a empresa pudesse obter as importâncias indispensáveis à sua sobrevivência nos mercados privados de capitais (nono considerando)» (n.° 20).

«Esta fundamentação satisfaz as exigências do artigo 190.° do Tratado, na medida em que permite ao Tribunal exercer o seu controlo e aos interessados dar a conhecer utilmente o seu ponto de vista sobre a realidade e a pertinência dos factos e circunstâncias alegados» (n.° 21).

10. A jurisprudência posterior do Tribunal manteve-se na linha deste princípio, em particular no processo Meura, no qual o critério em questão foi ligado a circunstâncias como a importância dos prejuízos, a existência de excesso de capacidade no sector em questão e, em particular, a inexistência de um plano de reestruturação credível [34]. Em virtude da sua semelhança com o presente processo, citarei *in extenso* a passagem seguinte:

«Com vista a verificar se tal medida apresenta o carácter de um auxílio estatal, é pertinente aplicar o critério indicado na decisão da Comissão, de resto não contestado pelo Governo belga, que assenta nas possibilidades que a empresa teria de obter as somas

32 — Acórdão de 14 de Novembro de 1984, Intermills, n.° 31 (323/82 Recueil, p. 3809).

33 — Acórdão de 13 de Março de 1985, Leeuwarder Papierfabriek (296/82 e 318/82, Recueil, p. 809).

34 — Acórdão de 10 de Julho de 1986, Bélgica/Comissão (Meura), n.os 14 a 17 (234/84, Colect., p. 2263).

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

«Como o Governo belga sustentou, um sócio privado podia razoavelmente contribuir com o capital necessário para assegurar a sobrevivência de uma empresa que conhece dificuldades passageiras, mas que, eventualmente depois de uma reestruturação, seria capaz de reencontrar a sua rendibilidade. De qualquer modo, no caso concreto, trata-se de uma empresa que, no momento da entrada de capital, acumulava há vários anos perdas importantes em relação ao seu volume de negócios e cuja sobrevivência tinha já exigido, por várias vezes, que as autoridades públicas reconstituíssem o capital social completamente esgotado, e cujos produtos deviam ser escoados para um mercado caracterizado por um excesso de capacidade de produção» (n.° 15).

«Ainda que o Governo belga sustente que a entrada de capital estava ligada à realização de um plano de reestruturação da empresa, convém sublinhar que a legalidade da decisão em causa deve ser apreciada em função dos elementos de informação de que a Comissão podia dispor no momento em que a tomou. Ora, se a existência de um plano de reestruturação foi efectivamente mencionada, de forma breve, pelas autoridades belgas na sua correspondência com a Comissão, o conteúdo deste plano nunca foi comunicado a esta no decurso do processo previsto no artigo 93.° do Tratado» (n.° 16).

«Do que precede, resulta que, tendo em conta os elementos de informação de que a Comissão podia dispor na altura, foi correctamente que considerou pouco plausível que a empresa pudesse obter as somas indispensáveis à sua sobrevivência nos mercados privados de capitais e que, por esse facto, considerou a entrada de capital suplementar por parte da SRIW como um auxílio estatal» (n.° 17).

Também em processos mais recentes, a inexistência de um plano de reestruturação credível e realista foi um elemento essencial para qualificar a entrada de capital como auxílio do Estado [35].

11. Resulta claramente do exposto que o Tribunal aceitou o critério do investidor privado prudente e que relacionou esse critério com a existência de um plano de reestruturação credível. A Comissão podia, por isso, utilizar esse critério como elemento de apreciação na decisão controvertida [36].

12. Na perspectiva desta jurisprudência, a recorrente afirma que as quatro filiais em questão foram efectivamente objecto de uma operação de reestruturação, que, todavia, durou mais tempo que o previsto, e que as entradas de capital feitas no âmbito dessa operação eram necessárias para a sobrevivência da empresa. Devem, por isso, ser consideradas admissíveis, dado que um investidor privado teria razoavelmente agido da mesma forma.

35 — Ver os n.os 26 a 30 do acórdão de 21 de Março de 1990, Bélgica/Comissão (142/87, Colect., p. I-959), e os n.os 38 a 41 e 54 do acórdão de 14 de Fevereiro de 1990, França/Comissão (301/87, Colect., p. I-307).

36 — Decisão controvertida, parte II.

Este argumento parece-me excessivo. As filiais em questão tinham já sido objecto de uma reestruturação e do correspondente auxílio financeiro desde a tomada da Lanerossi SpA pela ENI (em 1962). Um período de 20 a 25 anos pode dificilmente ser considerado um período de reestruturação razoável. Além disso, ficou demonstrado pela exposição dos factos feita anteriormente que, relativamente ao período de 1983 a 1987, não existiu nenhum programa de reestruturação credível e que a direcção da ENI-Lanerossi considerava desde 1983 as empresas abrangidas como inadequadas para reestruturação. Considero, por isso, que a apreciação dos factos pela Comissão deve também ser considerada procedente.

Desigualdade de tratamento entre empresas públicas e privadas

13. Na sequência do que precede, temos ainda de nos debruçar brevemente sobre o princípio da igualdade de tratamento entre empresas públicas e privadas. As partes não discordam quanto ao facto de que tanto o artigo 90.° como o artigo 222.° do Tratado CEE impõem a igualdade de tratamento. Segundo a recorrente, a recorrida não tem razão quando ignora que uma *holding* pública como o ENI deve ter a possibilidade de transferir capitais de uma filial para outra no âmbito de uma estratégia de longo prazo.

14. A este respeito, penso que as empresas públicas e privadas não têm um comportamento fundamentalmente diferente. A parte da expressão contida no acórdão Meura, ou seja, que o Estado deve ser comparado a um accionista privado que se encontra em circunstâncias semelhantes, e que decide entrar com capitais «baseando-se nas possibilidades de rendibilidade previsíveis, abstraindo de qualquer consideração de carácter social ou de política regional ou sectorial» [37], concilia-se efectivamente, em minha opinião, com o referido princípio da igualdade de tratamento. Com efeito, a passagem «abstraindo de qualquer consideração de carácter social ou de política regional» não pode ser entendida em sentido literal, na acepção de que um investidor privado abstrairia, de qualquer forma, de considerações de carácter social ou de política regional ou sectorial. Numa economia mista, em que os interesses do sector privado e do sector público estão intimamente ligados e em que os interesses dos trabalhadores têm uma forte expressão, uma *holding* privada importante não poderá também ficar totalmente insensível ao emprego e ao desenvolvimento económico da região em que opera. *Também* em função disso, estará disposta a transferir capitais de uma filial para outra a fim de permitir suportar prejuízos passageiros. Contudo, faltaria às suas obrigações para com os seus accionistas, os seus credores e o seu pessoal se compensasse os prejuízos sofridos por empresas que operassem num sector caracterizado por excesso de capacidade e acumulasse aí prejuízos correspondentes a uma parte importante, ou mesmo à totalidade do seu volume de negócios, sem ter elaborado um plano de reestruturação sério que tentasse realizar o melhor possível.

Por isso, na minha opinião, foi com razão que a recorrida admitiu nas circunstâncias do caso vertente que, mesmo tendo em conta considerações sociais e regionais, um investidor privado prudente não teria continuado a conceder auxílios durante vários anos, ou mesmo durante várias décadas (sem um auxílio do Estado, claro ou dissimulado, que deve ser apreciado enquanto

37 — Acórdão de 10 de Julho de 1986, Bélgica/Comissão, n.° 14 (234/84, Colect., p. 2263).

tal à luz do artigo 92.°), se se tivesse verificado, ao fim de um período não demasiado longo, que qualquer reestruturação seria impossível e que isso mesmo fosse também admitido pela direcção da empresa. Penso que o comportamento de uma *holding* pública não deve ser apreciado de forma fundamentalmente diferente. Se é certo que uma *holding* dessa natureza pode ter uma atenção particular por considerações sociais e de política económica, não tem todavia nem os meios nem o direito de ignorar as leis do mercado, e isso precisamente em virtude do princípio da igualdade entre empresas públicas e privadas. O argumento da recorrente relativo aos artigos 90.° e 222.° deve, por isso, ser rejeitado com base nos factos do caso em apreço.

É também pelas mesmas razões que as observações do Governo espanhol não me parecem compatíveis com as circunstâncias de facto do caso vertente. A possibilidade de uma *holding* aceitar prejuízos de exploração passageiros de uma filial a fim de aplicar uma estratégia a longo prazo de optimização dos lucros é um argumento que não se concilia com os factos do presente caso. O argumento segundo o qual uma *holding* privada não permitiria que se atentasse contra a reputação do grupo através de uma falência é um argumento de dois gumes. Num caso concreto, pode também atentar-se contra a credibilidade de uma *holding*, seja ela pública ou privada, se essa *holding* assegurar a sobrevivência de filiais que continuam a registar prejuízos iguais ao seu volume de negócios.

Desenvolvimento regional

15. Deter-me-ei ainda um momento no argumento relativo ao desenvolvimento regional, que a recorrente aduziu para justificar a compatibilidade do auxílio com o mercado comum. Segundo a recorrente, pelo menos uma das fábricas das quatro filiais em causa estava estabelecida numa província considerada susceptível de beneficiar de um auxílio comunitário nos termos do Regulamento (CEE) n.° 219/84 do Conselho [38]; por isso, as compensações de prejuízos estariam abrangidas pela derrogação na acepção do artigo 92.°, n.° 3, alínea a).

A Comissão responde em termos gerais que, na sua decisão, teve em conta considerações regionais e sociais para não se opor à concessão de auxílios até ao fim de 1982 [39]. Todavia, o recurso ao Regulamento n.° 219/84 não lhe parece justificado, dado que este regulamento diz respeito a programas especiais de auxílio à reconversão de certas regiões e não a auxílios de emergência para empresas individuais.

16. O ponto de vista da Comissão parece-me correcto. Depois do acórdão Philip Morris, está assente que, para conceder derrogações nos termos do artigo 92.°, n.° 3, do Tratado CEE, a Comissão dispõe de um amplo poder de apreciação [40]; ou seja, não existe um direito subjectivo, ou mesmo um direito que possa ser invocado directamente, à derrogação no que respeita às medidas nacionais inspiradas por motivos de política regional. A Comissão expôs em termos convincentes na decisão controvertida (partes VII e VIII) que a recorrente não respeitara

38 — Regulamento n.° 219/84 do Conselho que institui uma acção comunitária específica de desenvolvimento regional para contribuir para a eliminação dos obstáculos ao desenvolvimento de novas actividades económicas em certas zonas afectadas pela reestruturação da indústria têxtil e do vestuário (JO L 27, p. 22; EE 14 F1 p. 80).

39 — Ver a decisão controvertida, parte I, sétimo parágrafo.

40 — Acórdão de 17 de Setembro de 1980, Philip Morris Holland BV/Comissão, n.os 16, 17 e 24 (730/79, Recueil, p. 2671) e acórdão de 21 de Março de 1990, Bélgica/Comissão, n.° 56 (C-142/87, Colect., p. I-959).

as orientações que ela tinha previamente comunicado aos Estados-membros no que respeita aos auxílios no sector têxtil e aos auxílios de emergência. A possibilidade de conceder um auxílio no âmbito de um programa comunitário do Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional não habilita os Estados-membros a conceder por sua própria iniciativa e sem notificação prévia auxílios que saiam deste programa comunitário.

Além disso, resulta dos artigos 1.°, 3.°, 4.° e 5.° do Regulamento n.° 219/84 que, nas regiões abrangidas pela reestruturação da indústria têxtil e do vestuário, a Comissão pode aprovar uma acção específica no âmbito da qual, para além de outras medidas de viabilização da região abrangida, podem ser concedidos auxílios suplementares aos investimentos nas pequenas e médias empresas. Esses auxílios devem ter por finalidade a criação de novas empresas ou a adaptação da produção das empresas existentes. O carácter complementar desses auxílios resulta do facto de que são concedidos sob a forma de uma subvenção em capital ou de uma bonificação de juros, e que o auxílio da Comunidade, que atinge 50 % do auxílio do investimento previsto, apenas pode atingir 10 % do custo do investimento e só pode ter uma duração de quatro anos no máximo. Finalmente, resulta do artigo 6.°, n.° 2, que o Estado-membro interessado deve apresentar no fim de cada ano um relatório sobre o estado de adiantamento do programa especial que, tal como se disse, deve prever outras medidas para além dos auxílios. No caso presente, a recorrente não invocou em nenhum momento do processo que preenchia as condições materiais e formais que permitem considerar o auxílio em causa compatível com um programa especial do Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional, que a Comissão tivesse aprovado nos termos do Regulamento n.° 219/84.

Incidência no comércio entre os Estados-membros

17. Segundo a recorrente, a recorrida não fundamentou suficientemente a alegação constante da decisão controvertida e segundo a qual a condição do artigo 92.°, n.° 1, do Tratado CEE, relativa à incidência no comércio entre os Estados-membros, estava preenchida. Na sua opinião, essa incidência não existe, dada a parte limitada de mercado das quatro filiais em questão no sector italiano do vestuário para homem e a parte relativamente limitada da exportação da produção dessas quatro empresas para os outros países da Comunidade.

Em resposta a esta acusação relativa à insuficiência de fundamentação, a recorrida observa antes de mais que as partes VI a X da decisão controvertida são dedicadas em grande parte à condição atrás citada. Utiliza aí abundantemente alguns dados estatísticos. Penso, portanto, que a condição de fundamentação está preenchida se se verificar que as indicações contidas na decisão controvertida são pertinentes e apoiam a argumentação da Comissão relativa à aplicabilidade da condição do artigo 92.°, de que tratarei a seguir.

18. Na decisão controvertida, a recorrida assinala por diversas vezes a existência de um excesso de capacidade de produção no sector em questão[41], elemento que, como o

41 — Quarto parágrafo da parte VI, terceiro travessão da parte VIII, antepenúltimo parágrafo da parte VIII, bem como o segundo parágrafo da parte X e o oitavo parágrafo da parte IX, sob a forma de uma necessidade económica de as empresas procederem a reduções de capacidade.

Tribunal admitiu, entre outros no processo Meura [42], é pertinente para provar a influência no comércio intracomunitário; o Tribunal verifica também a existência de uma forte concorrência neste sector [43]. Sublinha, em seguida, que as quatro empresas abrangidas são empresas importantes, atendendo à dimensão média das empresas no sector em que actuam [44]. A recorrida pensa que é necessário ter em conta esses factores para apreciar a sua parte nas exportações. Sublinha seguidamente na decisão controvertida que, embora as quatro empresas beneficiárias do auxílio apenas tenham exportado uma parte relativamente limitada da sua produção (14 %), participaram todavia de forma activa no comércio intracomunitário no sector em questão, que é um sector marcado pela intensidade e pela progressão das trocas comerciais entre Estados-membros [45]. Finalmente, observa na sua decisão que a produção e a exportação italianas ocupam um lugar importante no comércio intracomunitário do têxtil e do vestuário, em particular na indústria do vestuário para homem, [46] e que o auxílio em causa conferiu a esta indústria uma vantagem susceptível de afectar as trocas comerciais entre os Estados-membros [47].

19. Na minha opinião, a recorrente não conseguiu provar que a Comissão não podia concluir que o auxílio controvertido era susceptível de influenciar as trocas comerciais entre os Estados-membros. Baseia a sua argumentação em particular na limitada parte individual das quatro empresas no comércio intracomunitário dos produtos em causa. Ora, à luz da jurisprudência do Tribunal, isso não basta para refutar o que é afirmado na decisão controvertida e atrás reproduzido.

É por isso que a recorrida, para sua defesa, remete com razão para o acórdão do Tribunal de 11 de Novembro de 1987 [48], no qual se julgou que a reduzida margem de lucro (em virtude do excesso de capacidade) num sector determinado tinha como efeito que o auxílio do Estado, num montante relativamente limitado, caísse sob a alçada da proibição do artigo 92.°, e sobretudo para o acórdão de 13 de Julho de 1988 no processo SEB, no qual o Tribunal admitiu a tese de que uma empresa que não participa ela própria nas exportações para outros Estados-membros pode contudo contribuir, através de auxílios do Estado à produção, para reduzir as exportações de empresas estabelecidas noutros Estados-membros, em relação à situação que se verificaria na ausência de auxílios de Estado. Daí resulta que, mesmo quando o sector em causa não se caracteriza por excesso de capacidade, a concorrência no mercado comum pode ser falseada em favor dos produtores nacionais [49]. Esta argumentação adere intimamente aos fundamentos indicados na decisão controvertida, que sublinham o papel do sector abrangido da produção nacional num mercado comum caracterizado pela importância das trocas comerciais e por uma forte concorrência.

Impedir que se atente contra o jogo da concorrência em benefício de todo um sector industrial nacional é o objectivo do artigo

42 — Acórdão de 10 de Julho de 1986, Bélgica/Comissão, n.° 22 (234/84, Colect., p. 2263). É-lhe feita referência na penúltima alínea da parte VIII da decisão controvertida.

43 — Primeiro parágrafo da parte VIII e segundo parágrafo da parte VI.

44 — Terceiro parágrafo da parte VI e décimo primeiro parágrafo da parte VII.

45 — Terceiro parágrafo da parte VI da decisão controvertida.

46 — Segundo parágrafo da parte VI da decisão controvertida.

47 — Décimo parágrafo da parte VI da decisão controvertida.

48 — França/Comissão, n.° 24 (259/85, Colect., p. 4393).

49 — Acórdão de 13 de Julho de 1988, França/Comissão, n.° 19 (102/87, Colect., p. 4067).

92.°, que assume cada vez maior importância à medida que os Estados-membros já não podem utilizar outros instrumentos de política económica para favorecer a produção nacional, o que leva a que sejam mais tentados a conceder auxílios de Estado. Por outro lado, as violações do mecanismo da concorrência são mais vivamente sentidas à medida que a integração dos mercados avança [50].

O facto de a condição relativa à fundamentação da incidência no comércio interestatal ser aligeirada no acórdão SEB deve, em minha opinião, ser situado nesta perspectiva. Dada a importância desse acórdão na evolução da jurisprudência do Tribunal [51], citarei integralmente a passagem pertinente:

«A este propósito, o Governo francês defende que não se pode considerar que o empréstimo em causa afecte as trocas entre os Estados-membros e a concorrência. Alega, além disso, que a decisão não comporta qualquer elemento que permita entender o raciocínio seguido quanto a esta questão pela Comissão» (n.° 17).

«Assinale-se que a decisão impugnada comporta uma análise do mercado de cerveja francês. Após declarar que o consumo anual *per capita* no período 1975-1985 estagnou na maior parte dos Estados-membros e regrediu em França, a decisão sublinha que a França importa tradicionalmente dos outros Estados-membros pouco mais de 10 % das suas necessidades. As exportações francesas para esses Estados regrediram ligeiramente nesse mesmo período, apenas representando cerca de 1,5 % da produção francesa. A empresa beneficiária do empréstimo em causa é integralmente controlada por um grupo francês cuja produção de cerveja ultrapassa 50 % da produção francesa total e que participa no comércio intracomunitário de cerveja. A própria empresa detém cerca de 20 % do mercado francês» (n.° 18).

«Estas circunstâncias de facto não foram contestadas pelo Governo francês. Todavia, este assinalou que a Comissão não deu conta de uma sobrecapacidade no sector da produção de cerveja nem indicou a parte detida pela empresa beneficiária nas exportações para os outros Estados-membros. Todavia, o auxílio a uma empresa pode ser susceptível de afectar as trocas comerciais entre os Estados-membros e de falsear a concorrência mesmo que essa empresa se encontre em concorrência com produtos provenientes de outros Estados-membros sem que ela própria participe nas exportações. Tal situação pode igualmente verificar-se quando não existe sobrecapacidade no sector em causa. De facto, quando o Estado-membro concede um auxílio a uma empresa, a produção interna pode ser mantida ou aumentada, daí resultando que, nas condições verificadas pela Comissão, as hipóteses de as empresas estabelecidas noutros Estados-membros exportarem os seus produtos para o mercado deste Estado-membro são diminutas. Tal auxílio é, portanto, sus-

50 — Neste sentido ver o *Décimo Oitavo Relatório sobre a Política de Concorrência*, 1988, 1989, n.° 164, terceiro parágrafo.

51 — Nos acórdãos de 17 de Setembro de 1980, Philip Morris, n.° 11 (730/79, Recueil, p. 2671), e de 11 de Novembro de 1987, França/Comissão, n.° 16 (259/85, Colect., p. 4393), retomados no n.° 43 do acórdão de 21 de Março de 1990, Bélgica/Comissão (Tubemeuse) (C-142/87, Colect., p. I-959), o Tribunal indicou que a pequena dimensão da empresa beneficiária do auxílio ou a pouca importância do auxílio não excluíam a possibilidade de que se afectassem as trocas comerciais entre os Estados-membros. Ora, o acórdão SEB vai ainda mais longe.

ceptível de afectar o comércio entre os Estados-membros e de falsear a concorrência» (n.° 19)

Em minha opinião, estas considerações demonstram, implícita mas incontestavelmente, que, quando uma empresa beneficiária de um auxílio opera num mercado em que existe uma real concorrência entre produtores estabelecidos em diferentes Estados-membros, a Comissão pode razoavelmente admitir que a condição relativa à «influência negativa nas trocas comerciais entre os Estados-membros» está preenchida. Segundo o Tribunal, essa situação pode mesmo existir quando, contrariamente ao que se passa no presente caso, não existe excesso de capacidade no sector em causa. Em minha opinião, resulta daí que apenas nos mercados de produtos relativamente aos quais não existe comércio internacional em virtude do custo muito elevado do transporte ou de outras circunstâncias especiais é que se pode ainda conceber, no estado actual da integração dos mercados, um auxílio que não preencha a condição relativa à influência nas trocas comerciais.

20. À luz desta jurisprudência, penso que a recorrente deve ser vencida nos seus fundamentos. Os dados comunicados a pedido do Tribunal não alteram nada: a parte de mercado dos produtores italianos passou entre 1983 e 1987 de 27,1 % para 29,1 % no conjunto do sector do têxtil e da confecção; relativamente às quatro categorias de vestuário para homem de que se trata no presente processo, a sua parte de mercado média manteve-se entre 1983 e 1987 a um nível elevado e quase estável, ou seja, entre 35 % e 40 %. Daí resulta, em minha opinião, que a Comissão se manteve nos limites do seu poder de apreciação no âmbito da fundamentação da decisão controvertida no que respeita à condição relativa à influência nas trocas comerciais intracomunitárias.

O artigo 93.°, n.° 3, e a falta de notificação do auxílio

21. A recorrente considera ter respeitado substancialmente o artigo 93.°, n.° 3. Com efeito, a recorrida foi colocada em tempo útil em posição de apresentar as suas observações. Só pelo facto de a recorrida se ter abstido durante quatro anos de tomar posição é que os auxílios foram pagos. Face à importância da sobrevivência das empresas, a Comissão deveria, eventualmente, ter reagido mais rapidamente.

A recorrente não tem razão no seu fundamento relativo ao respeito do artigo 93.°, n.° 3, dado que o auxílio, concedido depois de 1 de Janeiro de 1983, não foi validamente notificado, embora a recorrente tenha prometido, no seu telex de 24 de Junho de 1983, notificar quaisquer intervenções futuras (ver *supra*, n.° 2) [52]. Só muito tempo depois de terem ocorrido os factos é que a recorrida foi oficialmente informada — após vários pedidos insistentes da sua parte, tendo as suas suspeitas sido reforçadas por artigos na imprensa — do facto de os auxílios *terem* ainda sido efectivamente concedidos em 1983 e nos anos seguintes. É evidente que a obrigação de notificação se aplicava a qualquer operação de compensação de prejuízos ocorrida após 1 de Janeiro

52 — Oitavo parágrafo da parte primeira da decisão controvertida, mencionado atrás no n.° 2. A recorrente não apresentou até agora uma cópia desse telex a pedido do Tribunal e também não contestou o respectivo conteúdo, de forma que esse telex, tal como está reproduzido na decisão da Comissão, pode ser considerado como provado.

de 1983. Dado que a recorrida tinha precisado que mais nenhuma ajuda à produção poderia ser admitida após o fim do ano de 1982 e que a recorrente tinha informado a Comissão, em Novembro de 1983, de que a direcção considerava que as empresas em causa eram insusceptíveis de ser reestruturadas, a recorrente podia supor que não obteria autorização para conceder o auxílio. Ora, isso não é desculpa para infringir a obrigação de notificação, muito pelo contrário.

22. Seguidamente, a recorrente e a recorrida tomaram ainda posição sobre uma questão que não é importante para a solução do presente litígio, a de saber se a ausência de notificação é em si mesma suficiente para que o auxílio seja contrário ao Tratado CEE. Sobre esta questão, o Tribunal forneceu uma indicação importante no seu acórdão de 14 de Fevereiro de 1990, no processo 301/87, França/Comissão (Boussac)[53]. Nesse acórdão, o Tribunal afirmou que a falta de notificação não tornava necessariamente supérflua qualquer análise das condições de base: só quando o Estado-membro não tenha respeitado uma ordem específica da Comissão de fornecer informações sobre um caso de auxílio não notificado é que a Comissão pode exigir a recuperação do auxílio sem análise (aprofundada) das condições de derrogação referidas no artigo 92.°, n.os 2 e 3 (n.° 22).

Como já disse, esta questão não tem qualquer importância no presente processo, dado que o auxílio foi efectivamente examinado no *caso vertente* à luz das condições de base do artigo 92.°

53 — Colect., p. I-307.

A recuperação do auxílio — Confiança legítima

23. A recorrente aduz diversos argumentos para provar que a recuperação do auxílio em causa, ordenada pela Comissão, é ilegal. Em primeiro lugar, invoca um argumento baseado no princípio da confiança legítima. Em segundo lugar, observa que não é possível recuperar os montantes que serviram para a compensação dos prejuízos, porque não foi tida em conta a possibilidade de recuperação aquando da fixação das condições de venda das quatro filiais ao sector privado. Em terceiro lugar, a recorrente sustenta que a recuperação pressupõe o exercício de um poder de apreciação que deve ser fundamentado, e não foi, e que a identidade das pessoas que devem executar a ordem de recuperação não está claramente indicada.

Vejamos primeiramente este último argumento: a Comissão observa que resulta já claramente da redacção do artigo 93.°, n.° 2, do Tratado — esta disposição prevê a supressão (ou a modificação) do auxílio — que a ordem de recuperação não tem de ser fundamentada de forma específica. Pode já deduzir-se do acórdão proferido no processo 70/72 que os fundamentos, que a Comissão deve indicar na sua decisão, dizem respeito à incompatibilidade do auxílio com o Tratado[54]; desde que esta decisão esteja fundamentada, a Comissão pode, sem mais, exigir a recuperação. Este ponto de vista parece-me correcto. A supressão ou a modificação de um auxílio e, por conseguinte, a sua recuperação se o mesmo já tiver sido pago, é efectivamente a «consequência lógica»[55] de uma incompatibilidade verificada

54 — Acórdão de 12 de Julho de 1973, Comissão/Alemanha, n.° 20 (70/72, Recueil, p. 813).

55 — Acórdão de 21 de Março de 1990, Bélgica/Comissão, n.° 64 (C-142/87, Colect., p. I-959), com referência ao acórdão de 24 de Fevereiro de 1987, Deufil (310/85, Colect., p. 901).

do auxílio, consequência que tem fundamento nos argumentos relativos à incompatibilidade do auxílio. Com efeito, quando esteja provado que o auxílio concedido afectou o mecanismo da concorrência e o comércio interestatal, esse auxílio, efectivamente pago, teve um efeito incompatível com o Tratado e a sua recuperação pode ser exigida, independentemente de quaisquer circunstâncias posteriores.

É inegavelmente útil que a Comissão indique com a maior precisão possível quem deve reembolsar o auxílio. Normalmente, é o beneficiário do auxílio, ou seja, no *caso dos autos,* tal como resulta do artigo 1.° da decisão controvertida, a ENI-Lanerossi, isto é, as filiais beneficiárias do auxílio, a sociedade-mãe (Lanerossi SpA) e a sociedade-«avó» (ENI). Numa situação de facto como a do caso dos autos, em que o auxílio não foi previamente notificado e está longe de ser transparente, esta indicação é suficiente. Tal como se dirá adiante (n.° 27), compete, de resto, ao Estado-membro interessado submeter, se necessário, à Comissão propostas respeitantes às modalidades de recuperação e, portanto, abrangendo também as pessoas a quem a recuperação deve ser exigida. Este primeiro argumento da recorrente deve, portanto, ser rejeitado.

24. Vejamos agora o argumento relativo à confiança legítima. A recorrente afirma que é necessário aplicar no caso dos autos o acórdão do Tribunal de Justiça de 24 de Novembro de 1987 no processo RSV[56]. Nesse acórdão, o Tribunal considerou que, ao deixar passar *vinte e seis meses* antes de pôr fim ao processo do artigo 92.°, a Comissão tinha ultrapassado as regras da boa administração; tendo o sector em questão beneficiado anteriormente de auxílios autorizados, o atraso da Comissão em adoptar a sua decisão pôde dar origem a uma confiança legítima susceptível de tornar ilegal o reembolso do auxílio. Segundo a recorrente, a aplicabilidade desse acórdão do Tribunal resulta do facto de não ter sido instaurado qualquer processo antes de Dezembro de 1984 no caso dos autos.

25. Tal como a recorrida afirma com razão, a recorrente deve ser vencida neste fundamento. Resulta claramente da sequência cronológica dos factos, tal como está explicada na decisão controvertida, sem ser contestada pela recorrente, que um eventual atraso da recorrida em instaurar um processo se deveu essencialmente à lentidão com que a recorrente comunicou as informações pedidas e ao facto de a mesma não ter respeitado a sua obrigação de notificação, que no entanto se comprometera respeitar.

Este último ponto resulta do facto de, num telex de 24 de Junho de 1983, a recorrente ter prometido notificar todas as intervenções futuras a favor das quatro filiais interessadas[57]. O Tribunal de Justiça convidou a recorrente a fornecer cópia desse telex, o que ela até agora não fez. Tendo a recorrida sido informada do facto de que as quatro empresas continuavam a sofrer prejuízos graves, enviou uma carta de segundo aviso em 22 de Julho de 1983[58]. Numa carta de 2 de Novembro de 1983, a recorrente respondeu que não estava previsto qualquer novo auxílio para as quatro filiais em questão[59]. A recorrente também não apresentou essa

56 — Acórdão de 24 de Novembro de 1987, RSV/Comissão (223/85, Colect., p. 4617).

57 — Ver o oitavo parágrafo parte I da decisão controvertida.

58 — Ver o nono parágrafo da parte I da decisão controvertida.

59 — Ver o décimo parágrafo da parte I da decisão controvertida.

carta. Numa carta de 7 de Dezembro de 1983, a Comissão registou essa promessa da recorrente [60].

Em 14 de Dezembro de 1984, ou seja, *treze meses* após a recorrente ter confirmado pela segunda vez que não seria concedido qualquer novo auxílio em 1983 nem nos anos seguintes sem notificação e autorização prévias, a recorrida convidou a recorrente a apresentar oficialmente as suas observações no âmbito de um processo nos termos do artigo 93.°, n.° 2, primeiro parágrafo [61]. Esse período de treze meses é de tal modo longo que a recorrente tenha podido legitimamente pensar que o auxílio de Estado era compatível com o Tratado? Penso que não, atentas as circunstâncias concretas do caso dos autos. Contrariamente ao processo RSF, no presente processo a recorrida informou claramente e por diversas vezes de que qualquer auxílio que eventualmente fosse concedido depois de 1982 seria provavelmente considerado ilegal. A recorrente, por seu lado, não respeitou a sua promessa formal de notificar qualquer novo auxílio, que, no entanto, se tinha comprometido a não conceder. Interrogada a esse respeito pela recorrida na sequência de artigos publicados na imprensa, a recorrente comunicou em Agosto de 1984 um resumo de um novo programa de reestruturação, que a recorrida devia logicamente examinar para tomar posição com pleno conhecimento de causa. Independentemente de tudo isso, pode já perguntar-se se um Estado-membro que viola a sua obrigação de notificação pode ainda prevalecer-se da confiança legítima [62]. Por outro lado, é necessário não se perder de vista que somente através de uma carta de 30 de Agosto de 1984 a recorrida foi informada da amplitude (enorme) dos prejuízos compensados em 1983 [63], e isso apesar de a recorrida ter pedido que lhe fossem comunicados os resultados no final de cada ano.

26. Assim, dificilmente se pode sustentar que a duração do próprio processo oficial, desde a sua instauração em Dezembro de 1984 até à notificação da decisão controvertida em Agosto de 1988, possa fornecer qualquer argumento à recorrente. Com efeito, a exposição cronológica dos factos durante esse período na decisão controvertida mostra uma série impressionante de factores de atraso: pedidos de prorrogação de prazo, ausência ou insuficiência de respostas, propostas de reestruturação num futuro próximo sempre renovadas e pretensamente definitivas, uma abordagem sempre alterada: primeiro a reestruturação, depois a reconversão, e seguidamente a privatização. Finalmente, só no fim de 1987 ou do início de 1988 todas as informações, pedidas há muito pela recorrida e com base nas quais tomou a decisão controvertida em 26 de Julho de 1988, lhe foram comunicadas [64]. Esta exposição de factos é suficiente para que qualquer recurso ao princípio da confiança legítima seja também rejeitado relativamente a esse período. Pode observar-se, a título de acréscimo, que a recorrente ainda concedeu um auxílio que não notificou após a instauração do processo, em Dezembro de 1984.

Finalmente, a recorrente também não pode invocar a confiança legítima para justificar a falta de execução da decisão (pela recuperação). No acórdão de 2 de Fevereiro de 1989 no processo 94/87, o Tribunal declarou que um Estado-membro não pode invocar a confiança legítima para se subtrair à execu-

60 — Ver o anexo III da contestação da Comissão.

61 — Ver o sétimo parágrafo da parte II da decisão controvertida, que indica a data de *19* de Dezembro em vez de *14* de Dezembro.

62 — No mesmo sentido, as conclusões do advogado-geral Jacobs no processo C-301/87, França/Comissão, n.os 21 e 22 (Colect. 1990, p. I-307).

63 — Primeiro parágrafo da parte II da decisão controvertida.

64 — Decisão controvertida, parte III.

ção de uma decisão relativa a um auxílio; apenas pode invocar a impossibilidade absoluta de execução, e mesmo assim deve submeter esses problemas à apreciação da Comissão, com vista a ultrapassá-los [65].

«Impossibilidade» de recuperar o auxílio após alienação

27. Finalmente, é necessário ainda perguntar se a obrigação do Estado de recuperar um auxílio deve também ser executada sem mais quando as empresas beneficiárias do auxílio tenham sido vendidas, eventualmente por sucursais ou em elementos ainda mais pequenos, e as consequências de uma eventual recuperação não tenham sido previstas nas condições de venda. Convém colocar esta questão, suscitada pelo Governo italiano, no seu contexto exacto.

Segundo a jurisprudência constante do Tribunal, a recuperação de um auxílio ilegal deve, na falta de regulamentação comunitária específica, ser efectuado em princípio segundo as disposições aplicáveis do direito nacional, relativas ao processo, mas com a reserva de que essas disposições não podem ser aplicadas de forma tal que tornem impossível na prática o reembolso, que é exigido pelo direito comunitário [66]. Para efectuar a recuperação, a Comissão e o Estado-membro devem, nos termos do artigo 5.° do Tratado CEE, colaborar lealmente a fim de superarem as dificuldades que essa recuperação suscita, tendo integralmente em conta as disposições do Tratado, em especial as relativas aos auxílios, e o Estado-membro deve, se necessário, «propor modificações apropriadas à decisão em causa» [67].

Resulta claramente desta jurisprudência que incumbe ao Estado-membro, que conhece de resto melhor o direito nacional do processo, indicar à Comissão como irá proceder para realizar a recuperação. Compreende-se por isso que a Comissão tenha imposto à recorrente, através do artigo 3.° da decisão controvertida, a obrigação de a informar no prazo de dois meses a contar da notificação das medidas que tenha tomado para cumprir a obrigação de recuperação. A questão que se põe no presente recurso de anulação é a de saber se a Comissão fez uma aplicação correcta da sua competência ao impor ao Estado-membro uma obrigação de recuperação, definida em termos gerais e que não está fundamentada de forma distinta, deixando simultaneamente quanto ao resto ao Estado-membro o cuidado de determinar como irá proceder. Em contrapartida, não se trata de determinar aqui se os meios, que foram ou não utilizados pelo Estado-membro para a recuperação, são suficientes para que esse Estado dê cumprimento à sua obrigação comunitária. Tal análise é eventualmente efectuada no âmbito de um processo nos termos do artigo 169.° Em tal caso, a omissão do Estado-membro ficará provada, salvo impossibilidade absoluta de executar correctamente a decisão de recuperação, quando um Estado-membro não tenha comunicado as medidas que tomou no prazo fixado pela Comissão [68]

65 — Acórdão de 2 de Fevereiro de 1989, Comissão/Alemanha, n.° 9 (94/87, Colect., p. 175). Ver também o acórdão de 15 de Janeiro de 1986, Comissão/Bélgica, n.° 16 (52/84, Colect., p. 89). O princípio segundo o qual um Estado-membro não pode normalmente invocar a confiança legítima é mais uma vez claramente confirmado no acórdão recente de 20 de Setembro de 1990, Comissão/Alemanha, n.os 17 e 18 (C-5/89, Colect., p. I-3437).

66 — Acórdão de 21 de Março de 1990, Bélgica/Comissão, n.° 61 (C-142/87, Colect., p. I-959), bem como o acórdão de 20 de Setembro de 1990, Comissão/Alemanha, n.° 12 (C-5/89, atrás referido). Ver também o acórdão de 21 de Setembro de 1983 (205/82 a 215/82, Recueil, p. 2633).

67 — Ver os acórdãos referidos na nota 65, em particular o n.° 16 do acórdão no processo 52/84.

68 — Acórdão de 15 de Janeiro de 1986, já referido na nota 65, n.° 15.

e/ou quando se verifique que não fez qualquer diligência para efectuar a recuperação e que não fez qualquer proposta à Comissão para ultrapassar as dificuldades surgidas [69].

Como já foi dito, não estamos ainda nessa fase no presente processo. No âmbito do processo de anulação, trata-se apenas de saber se, ao impor à recorrente, na decisão controvertida, a obrigação de recuperar o montante do auxílio, a recorrida utilizou correctamente as suas competências. Em minha opinião, deve responder-se afirmativamente a esta questão pelas razões já citadas (*supra*, n.° 23): tendo a Comissão verificado a incompatibilidade do auxílio com o artigo 92.°, podia impor a recuperação sem explicitar fundamentos distintos. Segundo a jurisprudência do Tribunal, atrás recordada, compete ao Estado-membro verificar de que forma e em relação a quem [70] se pode operar a recuperação da melhor forma possível segundo as disposições do direito nacional, e o Estado-membro deve informar a Comissão desse facto e eventualmente fazer propostas de adaptação da decisão. Como o Tribunal declarou no processo C-142/87 [71], na fase do processo de anulação, eventuais dificuldades de execução, de ordem processual ou outra, não podem, todavia, ter qualquer influência sobre a validade da decisão controvertida. Este fundamento da recorrente deve, por isso, ser também rejeitado.

Conclusão

28. Dado o exposto, proponho que o Tribunal de Justiça negue totalmente provimento ao recurso e condene a recorrente nas despesas, esclarecendo que a recorrente era e é, em conformidade com o artigo 5.° do Tratado CEE, obrigada a usar os meios processuais do direito nacional com vista a recuperar o auxílio pago e a acordar com a Comissão a forma como podem ser ultrapassadas eventuais dificuldades surgidas no quadro da recuperação.

69 — Acórdão de 2 de Fevereiro de 1989, já referido na nota 65, n.° 10, e restantes acórdãos que aí são referidos.

70 — Tal como já se observou acima (n.° 23), trata-se normalmente do destinatário final, ou seja, a empresa beneficiária. Em alguns casos, podem talvez ser obrigados terceiros a efectuar o reembolso, por exemplo a sociedade-mãe que tomou o activo e o passivo da empresa no âmbito de uma liquidação ou obteve, graças ao auxílio, outra «mais-valia» na empresa. Esta questão foi colocada noutro processo, pendente no Tribunal de Justiça, o processo Itália/Comissão (Alfa Romeo) (C-305/89).

71 — Acórdão de 21 de Março de 1990, já citado nas notas 55 e 66, n.° 63.