CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL ANTONIO TIZZANO

apresentadas em 20 de Setembro de 2001 [1]

1. Por acção intentada em 24 de Maio de 2000, com base no artigo 88.°, n.° 2, segundo parágrafo, CE, a Comissão pede ao Tribunal de Justiça que declare que a República Federal da Alemanha não executou a Decisão 2000/392/CE da Comissão, de 8 de Julho de 1999 (a seguir «decisão») [2], relativa aos auxílios conferidos ao banco público Westdeutsche Landesbank Girozentrale (a seguir «WestLB»). Na acção censura-se, em particular, à República Federal Alemã a não adopção, no prazo fixado, das medidas necessárias à recuperação dos auxílios ilegalmente conferidos a esse banco, em incumprimento das obrigações que lhe são impostas pelo artigo 249.°, quarto parágrafo, CE e pelo artigo 3.° da decisão.

Matéria de facto e tramitação processual

A decisão

2. A decisão que está na origem da presente causa diz respeito a uma operação efectuada pelo Land de Nordrhein-Westfalen (a seguir «Land NRW»), por lei de 18 de Dezembro de 1991, fundamentalmente com o fim — segundo a própria decisão — de aumentar os capitais próprios de um banco público de que possui uma participação, o WestLB, permitindo assim a este banco manter elevadas margens de operacionalidade que de outro modo lhe estariam vedadas pela legislação nacional e comunitária em matéria de instituições de crédito.

3. A operação consistia, em particular, na transferência (por incorporação) para o WestLB de outro organismo de direito público, a Wohnungsbauförderungsanstalt des Landes Nordrhein-Westfalen (a seguir «Wfa»), inteiramente propriedade do Land NRW e tendo por missão institucional a concessão de financiamentos bonificados para a construção de habitações. A transferência não implicou um aumento da participação do Land NRW no banco incorporante, tendo apenas ficado previsto que, a partir de Janeiro de 1992, o ente público participante receberia uma remuneração monetária pelos capitais proporcionados à taxa de 0,6% ao ano líquidos.

4. A operação suscitou grande preocupação entre os bancos privados alemães, que,

1 — Língua original: italiano.
2 — JO L 150, p. 1.

através de uma sua associação (o Bundesverband deutscher Banken), em Março de 1993 e em Maio de 1994 apresentaram duas reclamações à Comissão Europeia, para denunciar, respectivamente, uma violação da directiva 89/299/CEE do Conselho, de 17 de Abril de 1989, relativa aos fundos próprios das instituições de crédito [3], e uma violação do regime comunitário dos auxílios de Estado. No que diz respeito a esta segunda denúncia, em 1 de Outubro de 1997 a Comissão decidiu proceder à abertura de um procedimento nos termos do artigo 88.°, n.° 2, CE, que terminou com a decisão de 8 de Julho de 1999, que qualificou a operação denunciada como um auxílio de Estado ilegal e incompatível com o mercado comum, ordenando simultaneamente a sua recuperação.

5. Em resumo, a Comissão contestou a adequação da remuneração a que o Land NRW teria direito como contrapartida pela transferência da Wfa, porque, no seu entendimento, uma remuneração conforme ao valor do mercado deveria atingir 9,3%, líquidos de impostos, ao ano, relativamente a uma parte dos activos transferidos para a WestLB, e 0,3%, igualmente líquidos de impostos, quanto à parte restante. Relativamente ao período de 1992/1998, a diferença entre a remuneração correspondente aos preços de mercado e a que foi conferida ao Land NRW foi globalmente estimada pela Comissão em 1 579 700 000 DEM (807 700 000 EUR), soma que foi indicada como representativa do montante total do auxílio.

3 — JO L 124, p. 16.

6. Na parte dispositiva da decisão estatuiu-se, consequentemente:

«*Artigo 1.°*

O auxílio estatal que a República Federal da Alemanha concedeu a favor do Westdeutsche Landesbank Girozentrale, no montante total de 1 579,7 milhões de marcos alemães (807,7 milhões de euros), pago entre 1992 e 1998, é incompatível com o mercado comum.

Artigo 2.°

1. A República Federal da Alemanha deverá tomar as medidas necessárias para pôr termo ao auxílio e para recuperar junto do beneficiário o auxílio referido no artigo 1.°, que lhe foi ilegalmente concedido.

2. A recuperação deverá ser efectuada nos termos do direito processual nacional. Os montantes a recuperar serão acrescidos de juros a contar da data em que foram disponibilizados ao beneficiário e até à sua recuperação efectiva. Os juros deverão ser calculados com base na taxa de referência utilizada para o cálculo do equivalente-subvenção dos auxílios regionais.

Artigo 3.º

A República Federal da Alemanha informará a Comissão, no prazo de dois meses a contar da notificação da presente decisão, das medidas que tomou para lhe dar cumprimento.

[...]»

Recursos interpostos da decisão

7. Contra essa decisão, considerada ilegal e gravemente lesiva dos seus interesses, em 7 de Outubro de 1999, a República Federal da Alemanha apresentou um recurso de anulação no Tribunal de Justiça (processo C-376/99), arguindo em particular a incompetência da Comissão, a violação de formalidades essenciais e a violação do Tratado CE e de normas de direito relativas à sua aplicação. Na sequência, porém, dos recursos que a WestLB e o Land NRW interpuseram dessa decisão, praticamente ao mesmo tempo (em 12 de Outubro de 1999), no Tribunal de Primeira Instância (processos T-228/99 e T-233/99), o processo no Tribunal de Justiça foi suspenso por despacho de 8 de Fevereiro de 2000. Entretanto, nos processos pendentes no Tribunal de Primeira Instância, a República Federal da Alemanha interveio sustentando as posições dos recorrentes.

8. Deve sublinhar-se que, não obstante a pendência dos três recursos referidos, nenhuma das partes pediu a suspensão da execução da decisão impugnada ao abrigo do artigo 242.º CE.

Medidas tomadas pelas autoridades alemãs para execução da decisão

9. A decisão foi notificada ao Governo alemão em 4 de Agosto de 1999. Exactamente dois meses depois, em 4 de Outubro de 1999, a República Federal da Alemanha comunicou à Comissão as medidas de execução que o Land NRW pretendia adoptar. Por carta de 1 de Dezembro de 1999, veio, porém, a Comissão opor-se a tais medidas, por considerar que elas não permitiam eliminar a distorção da concorrência provocada pelo auxílio contestado. Tomando em conta esta apreciação, em 15 de Março de 2000 o Governo alemão propôs outras medidas de execução da decisão, que foram igualmente rejeitadas pela Comissão por carta de 29 de Março de 2000, as autoridades alemãs enviaram, em seguida, novas informações a este respeito em 5 de Abril de 2000.

10. As medidas de execução concebidas pelas autoridades alemãs e as tomadas de

posição da Comissão sobre as mesmas podem resumir-se da seguinte forma:

a) As medidas comunicadas em 4 de Outubro de 1999

11. As medidas em questão (fruto de um acordo entre os «garantes» da WestLB[4], transmitido à Comissão em anexo à carta das autoridades federais) previam que, no momento da liquidação da WestLB ou em caso de modificação das quotas de participação dos sócios, o Land NRW recebesse uma quota suplementar nas mais-valias registadas pelo banco entre 1992 e 1998. Acrescendo à parte que lhe advinha da sua participação na WestLB, esta quota suplementar conferir-lhe-ia o equivalente a 22,1% do total distribuído, como contrapartida pela incorporação da Wfa. Dado que, segundo os cálculos do Land NRW, essa mais-valia suplementar ascendia a 10 milhares de milhões de DEM relativamente ao período de 1992-1998, a quota suplementar de 22,1% proporcionaria benefícios da ordem dos 2,21 milhares de milhões de DEM, compensando assim o auxílio contestado pela decisão.

12. As medidas comunicadas pelas autoridades alemãs previam ainda, para o período posterior a 1998, a transformação das reservas especiais da Wfa numa «participação passiva» do Land NRW, cujas características não foram todavia especificadas. As quotas no capital social mantinham-se inalteradas, mas, no âmbito de futuros aumentos de capital, o Land NRW teria o direito de subscrever uma quota, convertendo parte da sua participação passiva a uma taxa que os garantes teriam sempre de determinar, por unanimidade.

13. Por fim, previra-se que o acordo entre os garantes da WestLB ficaria sem efeito, retroactivamente, em caso de anulação ou de confirmação definitiva da decisão pelo órgão jurisdicional comunitário, ou caso este órgão considerasse que o acordo não era idóneo a uma correcta execução da decisão. Nas duas últimas hipóteses, os garantes decidiriam, de comum acordo, as modalidades adequadas de execução da decisão.

14. Por carta de 1 de Dezembro de 1999, a Comissão informou o governo federal de

4 — Os «fiadores» da WestLB são, na prática, os entes públicos proprietários do banco. A este respeito, resulta da Decisão que «é detido a 100% pelo sector público. O Land da Renânia do Norte-Vestefália detém a maior participação individual no seu capital nominal (43,2%). Os restantes accionistas são as associações municipais ('Landschaftsverbände') da Renânia e da Vestefália-Lippe (11,7% cada), bem como as associações de caixas económicas públicas locais ('Sparkassen- und Giroverband') da Renânia e da Vestefália-Lippe (16,7% cada). [...] Enquanto instituição de direito público, o WestLB beneficia de duas formas de garantia [...]: uma 'responsabilidade institucional' ('Anstaltslast') e uma 'responsabilidade enquanto garante' ('Gewährträgerhaftung'). A Anstaltslast significa que os proprietários do WestLB são responsáveis pela base económica da instituição e pelo seu funcionamento durante todo o período da sua existência. Esta garantia não cria uma responsabilidade dos proprietários face aos credores do banco, mas apenas gere a relação entre as autoridades públicas e o banco. A Gewährträgerhaftung estipula que os proprietários responderão por todos os compromissos do banco que não possam ser satisfeitos através dos seus activos. Estabelece uma responsabilidade do garante face aos credores do banco. Ambas as garantias são ilimitadas tanto em termos de tempo como em termos de montante» (n.os 15 e 16).

que, em sua opinião, as medidas comunicadas não constituíam uma correcta execução da decisão. Com efeito, segundo a Comissão, a modificação das quotas de participação dos sócios nas mais-valias da WestLB não traria nenhuma consequência para o banco no plano dos custos: a proposta traduzia-se, na prática, numa renúncia dos outros sócios a uma parte do património do banco a favor do Land NRW, sem todavia compensar a distorção da concorrência derivada do auxílio posto em causa pela decisão.

b) As medidas propostas em 15 de Março de 2000

15. Embora não partilhando a tomada de posição da Comissão, o Governo alemão propôs outras medidas de execução da decisão em 15 de Março de 2000.

16. Segundo essa proposta, em vez de uma quantia em dinheiro, a WestLB concederia ao Land NRW uma compensação em espécie sob a forma de uma participação passiva, que teria lugar após a aprovação da Comissão, com efeitos retroactivos a 1 de Janeiro de 2000. Segundo as autoridades alemãs, o valor da participação (igual a 2,2 milhares de milhões de DEM) era equivalente ao montante dos auxílios pretensamente concedidos entre 1 de Janeiro de 1992 e 31 de Dezembro de 1999, compreendendo os juros vencidos até aquela data.

17. Previra-se que a participação passiva suportasse integralmente as perdas do banco e desse juros anuais sobre o seu valor contabilístico, à taxa do mercado vigente no momento da sua constituição, salvo eventuais perdas. Estes juros, a inscrever entre as despesas no balanço económico do banco, não seriam, porém, pagos ao Land NRW, mas sim guardados pela WestLB até que o tribunal comunitário se pronunciasse definitivamente sobre a decisão e somadas todos os anos à participação passiva. No caso de a decisão vir a ser anulada, o Land NRW restituiria à WestLB a participação passiva e os juros sem obter qualquer compensação. Previra-se ainda que o Land pudesse ceder, no todo ou em parte, a participação passiva a terceiros investidores; para esse fim, a WestLB teria de emitir um título representativo dessa participação.

18. O Governo alemão fez, aliás, questão de acentuar que a proposta em exame tomava em devida consideração as observações formuladas pela Comissão na carta de 1 de Dezembro de 1999. No texto da proposta era, de facto, realçado que a compensação em espécie do auxílio, através da entrega da participação passiva, satisfazia a referida exigência de repercussão nos custos da WestLB, dado conduzir à inscrição de uma despesa excepcional (no montante de 2,2 milhares de milhões de DEM) no balanço económico que o banco publicaria com referência ao ano de 2000.

19. No entanto, também esta proposta foi considerada inadequada pela Comissão,

que a rejeitou por carta de 29 de Março de 2000. Nessa carta, a Comissão contestou em particular o facto de o reembolso do auxílio estar ligado ao seu reinvestimento imediato pelo Land NRW, sob a forma de uma participação passiva na WestLB. Esse reinvestimento, com efeito, poderia por sua vez representar um auxílio de Estado, devendo consequentemente ser comunicado à Comissão nos termos do artigo 80.° CE, para permitir a esta última verificar a sua conformidade com o bem conhecido princípio do investidor privado numa economia de mercado e, em caso negativo, a sua compatibilidade com o mercado comum. Dado que a verificação pela Comissão exigia a abertura de um procedimento contraditório que, provavelmente, seria longo, a solução proposta pelas autoridades alemãs paralisaria, na prática, o procedimento de recuperação; esta solução seria assim contrária ao carácter imediatamente executivo da decisão e, por esse motivo, não podia ser aceite.

20. A Comissão observou também que as informações comunicadas pelas autoridades alemãs não permitiam excluir que a aceitação da participação passiva pelo Land pudesse implicar novos auxílios à WestLB, nem que estes últimos se revelassem incompatíveis com o mercado comum. A este respeito, a Comissão sublinhava que a carta das autoridades alemãs não continha qualquer indicação sobre o montante efectivo da remuneração da participação passiva e que a conformidade dessa participação às condições normais de mercado era de difícil verificação, pelos seguintes motivos:

— A forma particular da transacção;

— O facto de, até à prolação da decisão definitiva dos órgãos jurisdicionais comunitários, a remuneração da participação passiva poder ser conservada pela WestLB e capitalizada;

— A dificuldade em decidir se a participação passiva podia ser incluída nos fundos próprios da WestLB, sendo consequentemente incerta a situação do banco sob este ponto de vista;

— A natureza condicional da participação passiva, que, em caso de anulação da decisão, teria de ser restituída à WestLB, com o risco de repercussões na concreta possibilidade de ceder a terceiros essa participação.

21. Como já se referiu, na sequência desta resposta negativa, em 5 de Abril de 2000, as autoridades alemãs apresentaram alguns esclarecimentos à sua proposta de execução. Em especial, esclareceram que, para corresponder às condições normais do

mercado, a participação passiva teria de render ao Land o juro de 5,804%, igual à taxa Euribor em vigor para 12 meses (4,304%), adicionado de uma percentagem correspondente ao risco da operação (1,5%).

22. À mencionada troca de correspondência seguiram-se diversos encontros entre as partes, durante os quais se tentou conciliar a proposta das autoridades alemãs com a exigência da Comissão de se chegar a uma rápida e correcta execução da decisão. Tanto quanto se sabe, no decurso dessas reuniões a Comissão insistiu sobretudo na necessidade de a recuperação do auxílio e o seu reinvestimento serem realizados em duas fases distintas, de modo a permitir-lhe apreciar a eventual ocorrência de um elemento de auxílio e, em caso afirmativo, a sua compatibilidade com o mercado comum. Por seu lado, o Governo alemão terá observado que a imediata restituição do auxílio sem a criação simultânea de uma reserva oculta para preservar a solvência do banco, comprometeria a estabilidade da WestLB e, para afastar tal perigo, ter-se-á nomeadamente proposto notificar à Comissão uma nova medida relativa à criação de uma reserva oculta, a manter em vigor até à decisão da Comissão sobre o reinvestimento do montante do auxílio.

23. Também não convencida pelas novas propostas formuladas pelas autoridades alemãs, a Comissão terá advertido estas últimas, no decurso de um encontro ocorrido em 3 de Maio de 2000, de que, se não executassem a decisão no prazo de duas semanas, se veria obrigada a recorrer ao Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 88.°, n.° 2, CE. De facto, em 24 de Maio de 2000, não tendo as autoridades alemãs adoptado qualquer medida, a Comissão decidiu instaurar o presente processo.

24. O governo demandado apresentou a sua contestação em 9 de Agosto de 2000, com ela se concluindo a fase escrita do processo, dado a Comissão ter renunciado à apresentação de réplica. Todavia, ambas as partes tiveram a possibilidade de posteriormente desenvolver a sua argumentação na audiência que teve lugar em 7 de Junho de 2001.

Análise Jurídica

Considerações preliminares

25. Como já referi, o Tribunal de Justiça é chamado na presente causa a pronunciar-se sobre a não execução de uma decisão cuja legalidade ainda se discute no Tribunal de Primeira Instância e que deverá depois ser novamente examinada pelo Tribunal de

Justiça. Não está, pois, excluído que o Tribunal de Justiça venha a censurar, nesta sede, a inexecução, ou a incorrecta execução, de uma decisão que poderá vir a ser mais tarde declarada nula.

26. Esta sobreposição de processos não constitui todavia uma novidade absoluta, dado que já se verificou num caso análogo ao ora em exame (processo C-404/97 Comissão/Portugal) [5], no qual o Tribunal sublinhou a autonomia do dois processos. Na verdade, como sublinhou o advogado-geral Ruiz-Jarabo Colomber naquela causa, «se perante uma acção intentada pela Comissão nos termos do artigo 93.°, n.° 2, segundo parágrafo, o Tribunal de Justiça deixasse, oficiosamente, o processo em suspenso à espera de que o Tribunal de Primeira Instância proferisse sentença para o tramitar em paralelo com o recurso de anulação do Estado-Membro, ou com o recurso interposto pela empresa da decisão do Tribunal de Primeira Instância, teria sido, na prática, concedida a suspensão da execução do acto impugnado, quando nem a empresa nem o Estado-Membro tinham solicitado aos órgãos jurisdicionais comunitários a concessão de medidas cautelares, tendo podido fazê-lo» (parágrafo 37 das conclusões).

27. No caso em exame, como se viu, a decisão impõe às autoridades alemãs a recuperação imediata do auxílio concedido ao WestLB e a comunicação à Comissão, no prazo de dois meses a contar da notificação da decisão, das medidas adoptadas para o efeito. Nem o Governo alemão, nem o Land NRW ou o WestLB, embora tendo impugnado a decisão, pediram a suspensão cautelar nos termos do artigo 242.° CE, com a consequência de o acto impugnado continuar a produzir plenamente os seus efeitos, como de resto foi expressamente reconhecido pelo Governo alemão nas comunicações já citadas de 4 de Outubro de 1999 e de 15 de Março de 2000.

28. Todavia, aquele governo invocou a necessidade de escolher medidas de execução da decisão «reversíveis», acentuando que, se assim não fosse, o WestLB seria confrontado com um prejuízo irreparável em caso de anulação do acto [6]. De facto, aquela exigência do Governo alemão é mais do que compreensível; é conforme, de resto, ao princípio segundo o qual os Estados-Membros têm uma margem de discricionariedade na execução de uma decisão da Comissão e podem assim escolher, no caso de existirem diversas modalidades de recuperação do auxílio ilegal, as mais facilmente revogáveis em caso de anulação dessa decisão. Recordemos, por outro lado, que, segundo jurisprudência constante, «[n]a ausência de disposições comunitárias relativas ao processo de reem-

5 — Também nesse caso o Tribunal teve de se pronunciar sobre a falta de recuperação de auxílios (acórdão de 27.06.00, Colect., p. I-4897) na pendência de causas paralelas (no Tribunal de Justiça, que tinha ordenado a suspensão do procedimento, e no Tribunal de Primeira Instância) sobre a legalidade da decisão que impunha tal recuperação, sem que a suspensão cautelar da execução dessa decisão tivesse sido pedida.

6 — Essa preocupação exprimiu-se, especialmente, em resposta às afirmações da Comissão na carta já referida de 29 de Março de 2000, referente à necessidade de proceder, em duas etapas distintas, à recuperação do auxílio e ao reinvestimento subsequente do montante correspondente.

bolso dos montantes indevidamente pagos, a recuperação dos auxílios concedidos irregularmente deve ser efectuada segundo as regras previstas pelo direito nacional» [7]; e esta orientação jurisprudencial foi confirmada pelo Regulamento (CE) n.º 659/99 do Conselho, de 22 de Março de 1999, que estabelece as regras de execução do artigo 93.º do Tratado CE [8], cujo artigo 14.º, parágrafo 3, prevê a este respeito que «a recuperação será efectuada imediatamente e segundo as formalidades do direito nacional do Estado-Membro em causa».

29. A liberdade assim reconhecida aos Estados-Membros encontra todavia um limite evidente na exigência de dar correcta e imediata execução à decisão da Comissão. Justamente por este motivo, a jurisprudência acima referida precisou também que «a aplicação do direito nacional não deve pôr em risco o alcance e a eficácia do direito comunitário. Noutros termos, a aplicação das disposições nacionais, por um lado, não deve tornar a recuperação dos montantes irregularmente concedidos praticamente impossível [...]» [9]. O mesmo artigo 14.º, n.º 3, do Regulamento n.º 659/99, já referido, dispõe que os procedimentos nacionais só se aplicam «desde que [...] permitam uma execução imediata e efectiva da decisão».

30. Em casos como o ora em exame, portanto, o recurso a medidas de execução «reversíveis» por parte das autoridades alemãs é, em princípio, perfeitamente legítimo. Mas é evidente que, tal não sendo possível, ou não querendo ou não podendo os interessados obter uma providência de suspensão cautelar, nos termos do artigo 242.º CE, o risco de sofrer um prejuízo grave e irreparável não podia autorizar as autoridades alemãs a não dar plena e tempestiva execução à decisão.

31. Posto isto, passo seguidamente a apreciar se as medidas propostas pelas autoridades alemãs eram idóneas a assegurar a correcta execução da decisão. Devo, aliás, advertir que, considerada a complexidade de tais medidas, a indagação que agora se empreende teria bases mais sólidas e seguras se, na fase pré-contenciosa, as partes tivessem desenvolvido, em especial sobre as implicações directas e indirectas de tais medidas, uma análise mais articulada e aprofundada do que a que emerge do autos.

As medidas comunicadas em 4 de Outubro de 1999

32. Como já se disse, em 4 de Outubro de 1999, dois meses após a notificação da decisão, o Governo alemão comunicou à Comissão as medidas de execução que o

7 — Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 8 de Junho de 1995, processo T-459/93, Siemens/Comissão (Colect., p. II-1675, n.º 82). No mesmo sentido, v., entre outros, acórdãos do Tribunal de Justiça de 2 de Fevereiro de 1989, processo 94/87, Comissão/Alemanha (Colect., p. 175, n.º 12); de 21 de Março de 1990, processo C-142/87, Bélgica/Comissão (Colect., p. I-959, n.º 61); e de 20 de Março de 1997, processo C-24/95, Alcan Deutschland (Colect., p. I-1591, n.º 24).

8 — JO L 83, p. 1.

9 — Acórdão Siemens/Comissão, já referido, n.º 82.

Land NRW tencionava adoptar. Consistiam, fundamentalmente, em:

i) reconhecer ao Land o direito de obter, no momento da liquidação do WestLB, ou em caso de modificação das participações sociais, uma quota suplementar nas mais-valias registadas pela entidade bancária entre 1992 e 1998.

ii) para o período posterior a 1998, transformar as reservas especiais do Wfa numa participação passiva do Land NRW, cujas características não foram todavia especificadas.

33. Antes do exame destas medidas, deve assinalar-se que, no decurso da audiência, as partes debateram longamente a natureza do acordo dos garantes do WestLB, anexo à comunicação do governo federal de 4 de Outubro de 1999, a fim de estabelecer se se tratava de medidas efectivamente adoptadas para dar execução à decisão, como sustentava o Governo alemão, ou se se tratava de uma simples proposta de execução, como sustenta a Comissão. A discussão centrou-se essencialmente, por um lado, no facto de as medidas referidas sob i) terem sido aprovadas pelos garantes do WestLB «com reserva do acordo da assembleia» (cuja existência é clara) e, por outro, no facto de as medidas referidas sob ii) constituírem somente os «pontos principais» de um acordo que os garantes deveriam ainda concluir. Sobre tais elementos, as partes fizeram apreciações divergentes, *inclusive* à luz da regulamentação nacional aplicável, chegando a conclusões opostas sobre a natureza do acordo.

34. A solução desta questão não parece todavia determinante, tendo em vista os fins da presente causa. Como foi referido, de facto, a Comissão rejeitou as medidas comunicadas pelo Governo alemão, sustentando que não eram idóneas a uma correcta execução da decisão; por conseguinte, com a sua acção, pretende que se declare que o Estado-Membro não adoptou as medidas *necessárias* para dar execução à decisão. Mesmo admitindo que as medidas controversas pudessem considerar-se efectivamente adoptadas, deveriam, não obstante, ser examinadas do ponto de vista do seu conteúdo, a fim de se estabelecer se permitem ou não recuperar os auxílios ilegalmente concedidos ao WestLB.

35. Chegando assim o momento de examinar essas medidas, recordo que, segundo a Comissão, a maior participação do Land nas mais-valias da entidade bancária não pode constituir uma execução correcta da decisão, porquanto se traduziria na renúncia, por parte dos outros sócios públicos do WestLB, a uma parte do património do banco a favor do Land NRW, sem incidência nos custos da sociedade; deste modo, segundo a Comissão, não se compensaria a vantagem concorrencial obtida pelo

WestLB graças ao auxílio. No lado oposto, o Governo alemão retorque que, à luz do critério do investidor privado numa economia de mercado, a participação do Wfa a seu tempo realizada não teria dado lugar a um auxílio se tivesse sido adequadamente aumentada a participação do Land NRW na valorização dos activos do WestLB, o que implicava que ao proceder a tal aumento *a posteriori*, mas com efeito retroactivo, se podia ter alcançado o objectivo desejado de supressão do auxílio.

36. Creio também, tal como a Comissão, que tal operação consistia fundamentalmente na renúncia dos outros sócios públicos a uma sua parte nas mais-valias do WestLB a favor do Land LB, com o resultado, acrescento, de recompensar este último pela renúncia ao crédito relativo à restituição dos auxílios. Não estou, todavia, completamente convencido de que tal operação devesse ser considerada *de per se* impraticável. Creio, ao invés, que, se fosse realizada nas condições normais do mercado, poderia representar um investimento dos sócios do WestLB destinado a financiar a extinção da dívida relativa à recuperação do auxílio. Para tal fim, dever-se-ia determinar, como propunha o governo em causa, se o comportamento do Land NRW e dos outros sócios públicos do WestLB era conforme ao critério do investidor privado numa economia de mercado. Dever-se-ia, pois, analisar:

— por um lado, se um sócio privado de um banco aceitaria renunciar a um crédito igual ao montante dos auxílios concedidos com a transferência do Wfa, em troca de uma participação acrescida nas mais valias registadas pela entidade bancária entre 1992 e 1998, tendo especialmente em conta que tal participação só se concretizaria no momento da liquidação do banco ou em caso de alteração das participações sociais;

— por outro lado, se sócios privados do banco teriam aceite renunciar a uma parte da sua própria quota de participação nas mais valias, a favor de outro associado, em troca da renúncia a um crédito igual ao montante do auxílio a recuperar;

— e isto tendo presente, em ambos os casos, o interesse específico dos sócios na valorização do banco, com o consequente — e óbvio — incremento do valor das suas participações.

37. Em caso de resposta negativa, na perspectiva da utilização do citado critério do investidor privado, a operação era obvia-

mente inaceitável, salvo autorização expressa da Comissão, porque realizava na prática a recuperação do auxílio através de um novo auxílio; na hipótese oposta, todavia, a compensação obtida pelo Land permitia a recuperação dos auxílios concedidos ao WestLB. Neste caso, na verdade, não se podia sustentar, como fez a Comissão, que a operação não teria incidência para o banco no plano dos custos, dado que o investimento realizado pelos sócios públicos do banco, em vez de financiar a actividade do mesmo (como poderia ter acontecido se não tivesse surgido a decisão da Comissão), destinar-se-ia à extinção da dívida relativa à recuperação dos auxílios. Este destino do investimento subtrairia importantes recursos ao banco, com evidentes repercussões sobre os custos de gestão do mesmo.

38. Dito isto na generalidade, deve todavia assinalar-se que a decisão impôs à Alemanha que adoptasse as medidas *necessárias* à recuperação dos auxílios concedidos ao WestLB e as comunicasse à Comissão. Incumbia portanto ao Estado-Membro comunicar à Comissão as medidas adoptadas (ou que pretendia adoptar) para recuperar os auxílios e demonstrar que as mesmas eram idóneas para atingir o resultado determinado pela decisão. Considero, com efeito, que, se é certo que, em princípio, incumbe à Comissão provar que um Estado-Membro concedeu um auxílio ilegal, também é certo que incumbe, ao invés, a esse Estado demonstrar que deu plena e tempestiva execução à decisão que eventualmente imponha a recuperação do auxílio, ficando bem entendido que, em ambos os casos, existe o dever de cooperação recíproca ao abrigo do artigo 10.° CE.

39. Se, consequentemente, o Estado-Membro decide não recuperar o auxílio através de um simples pagamento em dinheiro, escolhendo antes recorrer a medidas alternativas, está obrigado a demonstrar que tais medidas permitem realizar o objectivo imposto pela decisão. Assim, no caso de o Estado decidir financiar o pagamento da dívida relativa à recuperação do auxílio com um novo investimento (para dar um exemplo facilmente compreensível, podemos imaginar uma operação de *debt/equity swap* destinada a converter o crédito do Estado numa participação no capital da empresa beneficiária), cabe-lhe demonstrar que tal operação permite realizar a recuperação imposta pela decisão sem implicar a concessão de novos auxílios.

40. Segue-se que, no caso em exame, o Governo alemão devia ter fornecido elementos aptos a demonstrar que a concessão ao Land NRW de uma quota suplementar nas mais-valias do West NRW permitia realizar a recuperação imposta pela decisão e não implicava a concessão de outros auxílios. Não me parece, todavia, pelo menos à luz dos elementos trazidos ao conhecimento do Tribunal, que tal demonstração tenha sido feita.

41. Em primeiro lugar, de facto, o governo demandado não demonstrou que um sócio

privado renunciaria a um crédito certo e exigível igual ao montante do auxílio a recuperar em troca do direito de obter, no momento da liquidação do WestLB ou em caso de modificação das participações sociais (num momento futuro e incerto), a quota suplementar das mais-valias do banco. Por outro lado, o governo também não demonstrou que a renúncia, por parte dos outros sócios públicos, a uma parte das mais-valias com o fim de recompensar o Land NRW pela sua renúncia ao crédito relativo à restituição do auxílio, estava em conformidade com o critério do investidor privado.

42. Como o governo demandado não demonstrou que a operação que montou era conforme ao critério do investidor privado e que, consequentemente, permitia realizar correctamente a recuperação dos auxílios, não se pode considerar que tenha tempestivamente adoptado e comunicado à Comissão as medidas idóneas para dar execução à decisão.

43. Analogamente, sustento que o Governo alemão não demonstrou que a transformação, a partir de 1998, das reservas especiais do Wfa numa participação passiva do Land NRW permitiria a este último uma remuneração adequada (*pro futuro*) da transferência desse organismo para o WestLB. Salienta-se assim o carácter extremamente vago desta operação, pois não foi fornecida nenhuma indicação sobre as características da participação passiva a reconhecer ao Land.

44. Mas, independentemente destas considerações, devo realçar que as medidas em exame tão-pouco me parecem idóneas para dar execução à decisão por terem uma natureza absolutamente precária. De facto, como observou a Comissão, os garantes do WestLB tinham estabelecido que o acordo que concluíram ficaria sem efeito, retroactivamente, não só no caso de os juízes comunitários declararem nula a decisão, ou que esse acordo era a inadequado para assegurar a sua execução, mas também no caso de confirmação judicial definitiva da decisão. Em qualquer caso, consequentemente, e qualquer que fosse o resultado das causas pendentes, as medidas em questão não seriam realizadas; não vejo assim como se pode afirmar que elas permitiriam a recuperação do auxílio concedido ao WestLB.

45. Também, não me parece relevante o argumento, a este propósito avançado pelo Governo alemão, segundo o qual as medidas examinadas teriam sido escolhidas unicamente pelo seu carácter «reversível», havendo a intenção, no caso de confirmação definitiva da decisão, de as substituir por medidas «irreversíveis», mas menos onerosas para os sócios do WestLB. Este argumento não permite, de facto, superar a objecção fundada na absoluta precariedade das medidas em causa, destinadas em qualquer caso a ficar sem efeito retroactivamente e, consequentemente, impróprias para a execução da decisão.

46. À luz do conjunto das considerações precedentes, sustento portanto que as

medidas comunicadas à Comissão em 4 de Outubro de 1999 não eram idóneas a assegurar a execução da decisão.

As medidas propostas em 15 de Março de 2000

47. As medidas propostas em 15 de Março de 2000 consistiam fundamentalmente, como já se indicou, na atribuição ao Land NRW de uma participação passiva no WestLB, que livremente poderia ser cedida a terceiros, no valor de DEM 2,2 milhares de milhões. Previra-se que essa participação suportasse integralmente as perdas do banco (embora não tenham sido fornecidas quaisquer precisões a esse respeito) e produzisse juros anuais sobre o seu valor contabilístico, à taxa de mercado em vigor no momento da sua constituição (fixada sucessivamente em 5,804%), salvo eventuais perdas; tais juros, todavia, não deveriam ser imediatamente entregues ao Land, mas sim ser guardados pelo banco e capitalizados até que os juízes comunitários se pronunciassem definitivamente sobre o recurso de anulação da decisão. Em caso de procedência de tal recurso, o Land deveria restituir ao banco a participação passiva e os juros até ao momento vencidos, sem obter qualquer compensação.

48. Segundo a Comissão, tais medidas não seriam adequadas a assegurar uma efectiva execução da decisão, porque o imediato reinvestimento do montante a recuperar, sob a forma de participação passiva, poderia esconder um novo auxílio de Estado. Tal operação devia, pois, ter sido notificada ao abrigo do artigo 88.°, n.° 3, CE, para permitir à Comissão verificar a sua conformidade com o critério do investidor privado numa economia de mercado e, eventualmente, a sua compatibilidade com o mercado comum, o que teria obrigado, muito provavelmente, à abertura de um procedimento relativamente longo ao abrigo do artigo 88.°, n.° 2, CE. Para não retardar a execução da decisão, teria sido necessário distinguir, em duas fases sucessivas, a recuperação do auxílio e o seu reinvestimento. A Comissão observou ainda que nutria sérias dúvidas, em face das informações transmitidas pelas autoridades alemãs, no que toca à conformidade da operação em causa com o critério do investidor privado e, consequentemente, com a atribuição de novos auxílios ao WestLB. Por último, censurou às autoridades alemãs o facto de não terem claramente indicado a supressão no futuro de todo e qualquer elemento de auxílio relativo à remuneração dos activos da Wfa transferidos para o WestLB.

49. O Governo alemão, por seu lado, sustentou que a operação em causa não implicava a concessão de novos auxílios, sendo plenamente conforme ao critério do investidor privado, pelo que não tinha de ser notificada ao abrigo do artigo 88.°, n.° 3, CE, e não se justificava, consequentemente, o pedido da Comissão de realizar tal operação em dois momentos distintos (a recuperação do auxílio e o seu ulterior reinvestimento). Quanto à eliminação do auxílio *pro futuro,* na contestação foi precisado que, mesmo que a proposta em análise nada previsse a tal respeito, o

problema teria sido resolvido graças à aplicação das medidas, ainda válidas, comunicadas em 4 de Outubro de 1999, na base das quais as reservas especiais da Wfa teriam sido transformadas numa participação passiva do Land.

50. Por minha parte, observo que as preocupações da Comissão em evitar que os auxílios ilegalmente concedidos fossem recuperados, mediante a atribuição de novos auxílios, me parecem perfeitamente fundamentadas. Com efeito, como já aqui referi, para poder financiar a recuperação dos auxílios com novos investimentos, os Estados-Membros devem demonstrar que as operações visadas são adequadas a dar execução à decisão da Comissão sem que isso implique novos auxílios. Caso essa demonstração venha a ser efectivamente feita e a Comissão, consequentemente, verificar que as soluções escolhidas são praticáveis, a exigência de um procedimento em duas fases distintas para a recuperação do auxílio e para o seu reinvestimento deixa de ter razão de ser. Mas, se as informações fornecidas pelos Estados-Membros não permitem excluir a existência de novos auxílios, a exigência imposta pela Comissão de proceder à imediata recuperação dos auxílios ilegalmente concedidos, com o objectivo de não retardar a execução da decisão, parece-me totalmente procedente.

51. No caso em exame, as autoridades alemãs deviam, pois, ter demonstrado à Comissão que as medidas comunicadas em 15 de Março de 2000 teriam permitido dar execução à decisão sem conceder novos auxílios ao WestLB. Para tanto, deviam na prática ter demonstrado que, posto no lugar do Land NRW, qualquer sócio privado do banco estaria disposto a renunciar a um crédito certo e exigível de montante igual à quantia do auxílio a recuperar, em troca da obtenção da participação passiva, tendo em conta particularmente o seguinte:

— os juros por esta produzidos;

— a incidência das eventuais perdas do banco no valor da participação e na sua remuneração;

— a possibilidade de obter o reembolso dessa participação e as eventuais condições necessárias a tal fim;

— a possibilidade prática de transferir essa participação para terceiros.

52. Não me parece, todavia, que essa demonstração tenha sido feita pelas autoridades alemãs, que na prática se limitaram a observar que a participação passiva não representava um novo auxílio ao WestLB, porque era acordada nas condições de mercado. O facto de a participação passiva poder render ao Land um juro correspondente ao do mercado não equivale a provar

que um sócio privado do banco teria aceite renunciar a um crédito igual ao montante dos auxílios a recuperar em troca da concessão de tal participação.

53. Observo ainda que, como foi sublinhado pela Comissão e implicitamente reconhecido pelo próprio governo demandado, as informações fornecidas pelas autoridades alemãs não permitiam estabelecer se as medidas em análise consentiam a eliminação *pro futuro* do auxílio concedido ao WestLB. Nem importam a este respeito as observações, formuladas na contestação, sobre a possível aplicação das medidas comunicadas em 4 de Outubro de 1999 e, em especial, sobre a possibilidade de proceder à transformação prevista, a partir de 1998, das reservas especiais da Wfa numa participação passiva do Land: a este respeito é suficiente, de facto, remeter para o que foi dito acima sobre o carácter extremamente vago da operação em questão (n.º 43) e, mais genericamente, sobre a absoluta precariedade das medidas comunicadas em 4 de Outubro de 1999, destinadas em qualquer caso a ser anuladas com efeitos retroactivos (n.ºs 44 e 45).

54. Não se tendo demonstrado que as medidas propostas em 15 de Março de 2000 eram conformes ao critério do investidor privado e que, consequentemente, permitiam realizar correctamente a recuperação dos auxílios, não se pode também considerar que neste caso o governo demandado tenha tempestivamente adoptado e comunicado à Comissão as medidas idóneas à execução da decisão.

Considerações conclusivas

55. Em definitivo, embora não excluindo que, em princípio, a recuperação dos auxílios concedidos ao WestLB pudesse ser feita através de operações complexas que implicassem novos investimentos dos sócios públicos do banco, sustento que, no caso concreto, as várias medidas para tal fim tomadas pelas autoridades alemãs não podiam ser qualificadas de medidas de execução da decisão válidas. Mesmo não partilhando todas as críticas formuladas pela Comissão a propósito dessas medidas, resta o facto de a República Federal da Alemanha não ter executado correctamente a decisão, o que tem como consequência o acolhimento do presente pedido.

Quanto às despesas

56. Com base no disposto no artigo 69.º do Regulamento Processual, a parte vencida é condenada nas despesas, no caso de isso ter sido pedido. Dado a Comissão ter concluído nesse sentido e considerado tudo o que deixo dito sobre a procedência da acção, entendo que o pedido é procedente.

Conclusões

57. Pelas razões expostas, proponho, consequentemente, ao Tribunal de Justiça que declare que:

«1) Não se tendo conformado à Decisão 2000/392/CE da Comissão, de 8 de Julho de 1999, relativa aos auxílios concedidos ao banco público Westdeutsche Landsbank Girozentrale, a República Federal da Alemanha não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 249.°, quarto parágrafo, CE e artigo 3.° da referida decisão.

2) a República Federal da Alemanha é condenada nas despesas.»