CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL MARCO DARMON

apresentadas em 8 de Novembro de 1988 *

Senhor Presidente,
Senhores Juízes,

1. Os dois processos instaurados pela Sociedade Irish Cement, que visam, fazer declarar a omissão da Comissão em instaurar o procedimento previsto no n.° 2 do artigo 93.° do Tratado a propósito de um auxílio concedido à Sean Quinn Quarries Limited (adiante «Quinn») e, outro, obter a anulação da recusa explícita de instauração daquele procedimento, apresentam alguma complexidade contenciosa. Isso resulta, sem dúvida, da conjugação dos processos instaurados nos termos dos artigos 173.° e 175.° do Tratado CEE com o procedimento adoptado nos termos do artigo 93.° a respeito dos auxílios de Estado.

2. Após a audiência de 18 de Outubro último, que o Tribunal consagrou à análise da admissibilidade dos recursos, pode concluir-se sem dúvida, que esta se encontra subordinada às respostas a dar a dois tipos de questões:

— são os recursos inadmissíveis por constituirem tentativas de impugnação de uma decisão anterior relativamente à qual expirara já o prazo de recurso judicial? [1]

— em qualquer caso, estão provadas as condições «clássicas» exigidas pelos artigos 173.° e 175.° e, designadamente no que a este último se refere, a existência de uma obrigação de a Comissão agir?

Passemos ao exame de cada uma destas questões.

3. A primeira preocupação, de que são eco as perguntas escritas dirigidas pelo Tribunal às partes, liga-se, antes de mais, com a questão de saber se a resposta da Comissão de 14 de Maio de 1985 constitui um acto susceptível de recurso. Trata-se de uma conclusão que tanto a recorrente como a Comissão se recusam a subscrever. Esta última, aliás, opõe-se formalmente, mas por outras razões, à admissibilidade em separado do recurso por omissão.

4. Se nos preocuparmos em examinar as «trocas de correspondência de 1985» verificaremos, antes de mais, que a carta de 17 de Abril de 1985 enviada pelo Conselho da Irish Cement se qualifica, ela própria, como «queixa formal». Denuncia um auxílio que a Northern Ireland Development Board se propunha conceder à Quinn, auxílio superior ao que a recorrente estabelecera anteriormente. Refere as distorções de concorrência que o auxílio controvertido provocaria. Contém a proposta enfim, de serem fornecidas à Comissão informações complementares sobre o prejuízo que a recorrente viria a sofrer, com a condição de ser garantida a respectiva confidencialidade.

* Tradução do francês.

1 — Ver processo 18/68, Eridania, acórdão de 10 de Dezembro de 1969, Recueil p. 459, e, no âmbito do Tratado CECA, processo 34/59, Elz, acórdão de 4 de Abril de 1960, Recueil, p. 215, e processos apensos 21 e 26/61, Meroni, acórdão de 6 de Abril de 1962, Recueil, p. 143.

5. Em resposta de 14 de Maio de 1985, a Comissão refere que os regimes de auxílios regionais notificados e aplicáveis tanto à República da Irlanda quanto à Irlanda do Norte se situam dentro dos limites por ela determinados ao fixar os princípios com base nos quais deve ser examinada a compatibilidade desse tipo de regime com o mercado comum. Esclarece não ter formulado qualquer objecção nos termos dos artigos 92.° a 94.° do Tratado e que, consequentemente, os Estados em causa têm a faculdade de decidir, dentro dos limites dos máximos notificados, do montante do subsídio a conceder a determinado projecto. Assim sendo, prossegue a Comissão, as autoridades da Irlanda do Norte têm o direito de conceder o auxílio controvertido sem informar a Comissão, tal como as autoridades irlandesas haviam podido tomar anteriormente uma decisão sobre o montante do auxílio concedido à recorrente. Acrescenta que apesar de a aplicação destes regimes de auxílios poder dar lugar, em determinados casos, a distorções da concorrência, se pode entender que são compatíveis com o mercado comum, de acordo com o n.° 3 do artigo 92.°, em virtude de contribuirem globalmente para o desenvolvimento das regiões menos favorecidas. Após referir que o Northern Ireland Industrial Development Board tem a faculdade de conceder subsídios até 50 %, conclui dizendo que «*there would be little point in submitting details of the potential damage to your client*».

6. Dois elementos nos parecem importantes para a análise da natureza desta carta:

— por um lado, a referência que faz às normas que a Comissão considera aplicáveis nesta matéria,

— por outro, a respectiva aplicação à situação objecto da queixa, uma vez que por duas vezes se afirma a amplitude de poderes das autoridades da Irlanda do Norte.

Esta última afirmação é importante na medida em que emana da instituição encarregada de controlar a acção daquelas autoridades no domínio dos auxílios de Estado.

7. Pode, porém, considerar-se que esta carta constitui uma manifestação definitiva de vontade que caracteriza o acto susceptível de recurso? Um elemento impede-nos de sermos totalmente categóricos a este respeito. Não nos parece que a fórmula «there would be little point» constitua, com efeito, um total «fechar de porta». Ela é o equivalente da expressão francesa «il n'y aurait guère d'intérêt».

8. Compreendemos perfeitamente como se pode prevalecer inútil o exercício que consite em tentar decifrar o alcance de uma fórmula deste tipo utilizada numa correspondência administrativa. As litotes, os eufemismos, são figuras correntes nesta matéria. E compreende-se que, para declinar a proposta de fornecimento de informações complementares avançada pelos advogados da recorrente, se tenha revelado necessário, por recurso ao «understatement», evitar toda e qualquer brutalidade na expressão de uma recusa.

9. Importa, porém, recordar aqui os termos do acórdão Emile Henricot em que o Tribunal afirmou:

«... a imprescindível protecção jurídica de todos os interessados implica que estes te-

nham a possibilidade de identificar, pela sua própria forma, uma decisão que comporta efeitos jurídicos de tal forma graves e, designadamente, um prazo rigoroso para o exercício do direito de acção; ... em especial, para que um acto possa assumir o valor de decisão, necessário é que os seus destinatários sejam colocados em condições de reconhecer *claramente* a presença de um tal acto» [2].

10. A própria Comissão reconhece a ambiguidade da fórmula utilizada. pela nossa parte, aplicando os princípios antes referidos, consideramos que, por não ser possível excluir essa ambiguidade, se não pode considerar o conteúdo da carta em causa como uma manifestação indiscutivelmente definitiva de vontade.

11. Acrescentaremos ainda uma observação complementar para o caso de o Tribunal, considerando a nossa análise decorrente de excesso de escrúpulos, entender ser a carta em causa um acto susceptível de recurso. Os processos de 1986 revelaram que a medida de auxílio em favor da Quinn foi concedida com base no standard capital grant scheme (SCGS) gerido pelo Department of Economic Development (DED). Ora, tanto a queixa inicial da recorrente como a resposta da Comissão têm por objecto um auxílio concedido pela Northern Ireland Development Board que gere um outro regime regional de auxílios: o selective financial assistance grant (SFA). É verdade que se concluiu ser a análise da Comissão idêntica, seja qual for o regime em causa. Mas não estamos convencidos de que uma análise jurídica exacta conduza a que se tenha por totalmente dispicienda a constatação acima referida. Ela opõe-se, em nossa opinião, a que o Tribunal possa declarar os dois recursos inadmissíveis com base apenas na natureza decisória da carta de 14 de Maio de 1985.

12. Passemos, agora, ao exame «clássico» dos pressupostos da admissibilidade dos recursos. Antes de mais, revela-se necessário formular algumas observações quanto ao facto de à acção por omissão se ter seguido a interposição de um recurso de anulação que tem por objecto a carta de 14 de Julho de 1986 em que a Comissão informou a recorrente da sua recusa em agir.

13. No âmbito do Tratado CECA, o advogado-geral Mayras entendeu que, em idêntica situação, o recurso de anulação é inadmissível por ter por objecto um acto necessariamente confirmativo da recusa implícita decorrente do facto de ter expirado o prazo de dois meses que começa a correr a partir do convite a agir [3].

14. Não nos parece que esta solução possa ser aqui adoptada. Com efeito, a ficção da existência de uma decisão implícita de recusa foi abandonada pelo artigo 175.° do Tratado CEE que não é uma «sub-espécie do recurso de anulação» [4] como previsto no artigo 35.° do Tratado CECA. Sem ser necessário aprofundar aqui a questão teórica da natureza do recurso previsto no artigo 175.°, refira-se apenas que ele tem obviamente por objectivo a declaração da omissão, o que o distingue do recurso previsto no artigo 173.°, que visa obter a declaração de anulação do acto em causa. Entendemos, portanto, que a figura contenciosa do presente processo exige que se proceda ao exame distinto da admissibilidade dos dois recursos.

2 — Processos apensos 23, 24 e 52/63, acórdão de 5 de Dezembro de 1963, Recueil, p. 439 e 455, sublinhado nosso.

3 — Conclusões apresentadas no processo 114/75, despacho de cancelamento de 2 de Março de 1977, Recueil, p. 381 e 386.

4 — Conclusões Capotorti apresentadas no processo 125/78, GEMA, Recueil 1979, p. 3193, 3200.

15. Importa, em seguida, realçar que a recorrente deixou passar cerca de 11 meses entre a resposta da Comissão de 14 de Maio de 1985 e o convite a agir que formulou em 28 de Março de 1986. A jurisprudência do Tribunal consagrou a necessidade de um prazo razoável [5] entre o momento em que a demandante verifica a existência da abstenção da instituição em causa e aquele em que intenta a acção nos termos do artigo 35.° CECA. Sejam quais forem as considerações teóricas sobre a diferença entre este recurso e o previsto no artigo 175.° CEE,

«as exigências da segurança jurídica e da continuidade da acção comunitária» [6]

conduzem a sustentar, por idênticas razões, que

«o exercício do direito de demandar judicialmente a Comissão não pode ser indefinidamente retardado» [7].

16. No processo Pays-Bas, onde era patente a omissão da administração, o Tribunal de Justiça entendeu que o Estado-membro recorrente podia

«socorrer-se de vias judiciais postas à sua disposição pelo Tratado sempre que uma intervenção eficaz se revele ainda possível e não ponha inutilmente em causa a situação de terceiros»,

tendo, dessa forma, julgado não ser razoável um prazo de dezoito meses.

17. Será possível transpor esta análise para um demandante que é um particular? O princípio não nos parece susceptível de contestação. Observemos que, no caso presente, e sem regressar à análise jurídica da resposta de 14 de Maio de 1985, esta carta era, no mínimo, uma prova de que a Comissão não tencionava agir.

18. A recorrente manifestou por diversas vezes a pretensão de que fosse dado tratamento especial, até mesmo urgente, ao seu recurso. Não podemos deixar de relacionar esta insistência com o facto de ter decorrido o prazo de quase um ano antes de demandar judicialmente a Comissão. Não iremos até ao ponto de nos pronunciarmos no sentido de que a insistência na urgência foi ditada por razões diversas da pretensão exclusiva de uma rápida solução do litígio, como, por exemplo, a intenção de habilmente afastar a atenção sobre o atraso na interposição do recurso...

19. Refira-se, contudo, que os auxílios de Estado constituem um domínio complexo em que a mais diligente empresa pode sentir algumas dificuldades em rapidamente encontrar o «fio vermelho» das regras e regimes aplicáveis [8]. Disso são testemunho as incertezas iniciais quanto à questão de saber a que título o auxílio à Quinn fora concedido e o erro «material» da Comissão que apresentou ao Tribunal de Justiça um documento relativo aos auxílios regionais do Reino Unido que não dizia, precisamente, respeito à Irlanda do Norte... Assim sendo,

5 — Processo 59/70, Países-Baixos/Comissão, acórdão de 6 de Julho de 1971, Recueil, p. 639. Ver também as conclusões Roemer apresentadas nos processos apensos 24 e 34/58, Chambre syndicale de la sidérurgie de l'Est de la France, Recueil 1960, p. 573.

6 — Processo 59/70, já citado.

7 — Ibidem.

8 — Refira-se, aliás, a falta de «transparência» e de «publicidade» nesta matéria. Ver, designadamente, Despina Schina: *State aids under the EEC treaty*, ESC Publishing Limited Oxford, 1987, designadamente p. 175 e 177, em que o autor diz «The Commission could do a great deal to improve the transparency and efficiency of its procedure relating to the control exercised on state aids».

entendemos que as circunstâncias do caso presente são insuficientes para que se considere existir um prazo excessivo.

20. Nas conclusões apresentadas no acórdão Cofaz [9], o advogado-geral Verloren van Themaat considerou que este processo não suscitava a questão de saber se um terceiro interessado pode intentar uma acção por omissão para solicitar a instauração do procedimento previsto no n.° 2 do artigo 93.° Tem assim de se concluir tratar-se de um problema colocado ao Tribunal pela primeira vez [10].

21. Refira-se, antes de mais, que não há irregularidades no recurso para o Tribunal de Justiça no que se refere ao cumprimento dos prazos processuais aplicáveis no âmbito do artigo 175.°

22. Partilhamos o parecer dos advogados gerais [11] que entenderam que a existência de uma obrigação de agir constitui condição de admissibilidade da acção intentada nos termos do artigo 175.° No caso vertente, trata-se, pois, de determinar se existe na esfera jurídica da Comissão a *obrigação* de instaurar o procedimento previsto no n.° 2 do artigo 93.°: notificação dos interessados para apresentarem as suas observações. A Comissão suscita a questão da inadmissibilidade do recurso. A sua posição é substancialmente a seguinte: o auxílio individual concedido na base de um regime de auxílios regionais já existente, não pode ser objecto de um processo instaurado nos termos do n.° 2 do artigo 93.° Por um lado, em caso de auxílio existente, é necessário recorrer previamente ao processo previsto no n.° 1 do artigo 93.°, ou seja, ao exame permanente. Trata-se de um diálogo apenas entre a Comissão e os Estados, de que os particulares estão excluídos. Por outro lado, e seja qual for a situação, os efeitos do processo previsto no n.° 2 do artigo 93.° apenas podem abranger modificações do regime para o futuro e não um auxílio específico concebido com base num regime existente. Os princípios da segurança jurídica e da confiança legítima a isso se opõem.

23. A recorrente, que na audiência classificou a sua posição de «radical», sustenta que todo e qualquer auxílio individual concedido com base num regime de auxílio existente consitui um auxílio novo sujeito a notificação. Em consequência, na presença de um auxílio como aquele de que beneficia a Quinn, e uma vez que existe «determinada incompatibilidade» com o mercado comum, há a obrigação de instauração do procedimento previsto no n.° 2 do artigo 93.°

24. Antes de passarmos à análise das teses submetidas ao Tribunal, entendemos necessário recordar o mecanismo do artigo 93.° Para esse efeito, evocaremos os termos [12] utilizados pelo advogado-geral Mayras:

9 — Processo 169/84, acórdão de 28 de Janeiro de 1986, Colect. p. 391.

10 — O despacho de 11 de Julho de 1979 (59/70, Recueil, p. 2425) referia-se a uma acórdão por omissão que visava obter uma decisão de incompatibilidade de um auxílio com o mercado comum, acção essa intentada por um demandante que apresentara observações no âmbito de um procedimento já instaurado nos termos do n.° 2 do artigo 93.°; ver, também, R. Joliet, *Le droit institutionnel des Communautés européennes — Le contentieux*, Liège, 1981, p. 160, que é de opinião de que os particulares não podem intentar uma acção por omissão para obterem uma decisão nos termos do n.° 2 do artigo 93.°

11 — Ver as conclusões apresentadas por Roemer no processo 18/68, Eridania, já citado: «o que interessa... é que, pela sua omissão, uma instituição da Comunidade tenha violado o Tratado. Daqui decorre que essa instituição deve ter tido a obrigação de agir, não sendo suficiente no caso presente, a mera possibilidade contida no âmbito de um poder de apreciação»; as conclusões apresentadas por Gand no processo 6/70, Borromeo, Recueil 1970, p. 815, especialmente p. 822; ver, também, as conclusões apresentadas por Slynn no processo 246/81, Lord Bethell, Recueil 1982, p. 2277, e 2296. Ver, designadamente, no que se refere à doutrina, E. Reuter, «Le recours en carence de l'article 175 du Traité dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennees», *Cahiers de droit européen*, 1972, p. 159, e 173.

12 — Conclusões apresentadas no processo 70/72, Comissão/Alemanha, Recueil 1973, p. 813 e 834, 835 e 836.

«O artigo 93.° do Tratado distingue, a este respeito, duas situações radicalmente diversas.

— O n.° 1 diz respeito aos *regimes de auxílios já existentes* nos Estados-membros, relativamente ao quais a Comissão dispõe, por um lado, da faculdade de exame e de proposta e, por outro, de um poder de injunção e decisão sancionado, se for caso disso, pelo Tribunal de Justiça. Tendo procedido ao exame do referido regime, em processo contraditório com intervenção do Estado em causa, a Comissão pode, com efeito, numa primeira fase, propor a esse Estado as medidas exigidas pelo desenvolvimento progressivo ou pelo funcionamento do mercado comum. Trata-se, neste caso, de "simples recomendações", na acepção do último parágrafo do artigo 189.°, que não têm efeito vinculativo para o respectivo destinatário.

— O n.° 2 do artigo 93.° vai bastante mais longe. No caso de a Comissão ter razões para entender que um regime de auxílio existente pode não ser compatível com o mercado comum, dito de outra forma, caso esteja em presença de um auxílio «suspeito», deve recorrer a *um procedimento* que se inicia pela notificação tanto dos Estados como dos outros interessados e, consequentemente, das pessoas singulares ou colectivas afectadas, a qualquer título, pelo regime de auxílio, por forma a permitir-lhes apresentarem as suas observações.

Caso, após exame destas, a Comissão entenda ser o auxílio incompatível com o mercado comum, tem, nesse caso, o poder de decidir que o Estado interessado deve suprimi-lo ou modificá-lo no prazo que estabeleça. Esta decisão é executória ....

Decorre, finalmente, do sistema instituído pelo n.° 2 do artigo 93.° que, no que se refere aos auxílios já existentes, embora a Comissão tenha o poder de decidir ser um auxílio incompatível com o mercado comum, a sua decisão apenas tem efeitos *relativamente ao futuro.* Essa decisão, de acordo, aliás, com um princípio geral de direito comumente aceite pelos Estados-membros e pelo Tribunal, não pode ter efeito retroactivo. Tem natureza constitutiva e não declarativa. É dela própria, e apenas dela, que nasce a proibição do auxílio ou a obrigação de o alterar.

Interpretar o artigo 93.° de forma diversa significaria desconhecer os direitos adquiridos por terceiros, destruiria a segurança jurídica e implicaria, finalmente, dificuldades de aplicação intransponíveis.

A situação é bem diversa no caso de a Comissão se encontrar perante o projecto de um novo auxílio ou da modificação de um auxílio existente. Com efeito, nenhum direito subjectivo pode nascer de um projecto. Existem, assim, decisões judiciais no sentido de que, nesse caso, é possível atribuir à Comissão o poder exorbitante de se opor à execução das medidas projectadas, caso entenda serem incompatíveis com o mercado comum, na acepção do artigo 92.°».

25. Esclareça-se, a propósito da «passagem» de uma categoria à outra, que um auxílio novo,

«instituído após a notificação da decisão positiva da Comissão se transformará "num auxílio existente", submetido, como tal, ao exame permanente previsto no n.° 1 do artigo 93.°» [13].

13 — Processo 84/82, Alemanha/Comissão, acórdão de 20 de Março de 1984, Recueil, p. 1451, n.° 12, p. 1488.

Finalmente, as modificações do «existente» inserem-se na categoria «auxílios novos», nos termos do n.° 3 do artigo 93.°

26. Sintetizemos, pois, a economia do artigo 93.°:

— no caso de um regime de auxílios já existente, a decisão adoptada no âmbito do n.° 2 do artigo 93.° apenas pode ter efeitos para o futuro [14],

— no caso de auxílios novos, o efeito suspensivo opõe-se a toda e qualquer aplicação que possa implicar uma restituição, até o auxílio se tornar existente, quer por ser aprovado pela Comissão quer por decorrer um prazo razoável sem reacção da sua parte.

27. Analisada exclusivamente sob esta perspectiva, a tese da recorrente revela-se errada. Ela consiste, recorde-se, em sustentar que toda e qualquer medida individual constitui um auxílio novo sujeito, portanto, ao regime de notificação e em relação ao qual a Comissão tem a obrigação de instaurar o procedimento previsto no n.° 2 do artigo 93.° no caso de ter determinada incompatibilidade com o mercado comum. Ora, que outro sentido pode ter o princípio de que, quando se trate de um regime de auxílios já existentes, a decisão de incompatibilidade adoptada nos termos do n.° 2 do artigo 93.° apenas pode ter efeitos para o futuro, a não ser o de que não podem ser postas em causa as medidas individuais de execução do referido regime tomadas até à adopção dessa decisão? E a distinção efectuada pela recorrente entre o regime existente e as medidas individuais não pode ser admitida na medida em que apresenta as segundas como «auxílios novos», na acepção do artigo 93.°

28. A este respeito, basta-nos invocar o acórdão Lorenz [15], que resolveu a questão da saber em que condições um novo regime de auxílio regional, notificado à Comissão nos termos do n.° 3 do artigo 93.°, se pode transformar num regime de auxílios já existente, perante o silêncio daquela instituição. O Tribunal entendeu que, após o decurso de um prazo razoável e sob condição de ser feito um pré-aviso, o Estado-membro *«pode dar execução ao projecto»*, que será então sujeito, enquanto auxílio existente, às disposições dos n.os 1 e 2 do artigo 93.° A decisão do Tribunal é, pois, bem clara: um regime existente funciona e pode ser aplicado sem ser necessário recorrer-se ao procedimento previsto no n.° 3 do artigo 93.° para a adopção das respectivas medidas de execução.

29. Estas constituem a aplicação do regime existente. Não se trata de uma política de «autorizações globais», como afirma a recorrente, mas da consequência lógica do facto de os regimes de auxílios regionais *se concretizarem* sob a alçada das disposições do n.° 1 do artigo 93.° do Tratado.

30. O exame feito pela Comissão nos termos desta disposição permite avaliar, em conjugação com os Estados-membros, o funcionamento do regime e, sendo caso disso, propor a sua modificação. Caso esta seja recusada pelo Estado em causa, o re-

14 — Conclusões Mayras, já citadas; conclusões Warner apresentadas no processo 173/73, Itália/Comissão, Recueil 1974, p. 709 e 724: «Deve referir-se, em especial, que a faculdade de a Comissão decidir que o Estado-membro tem de suprimir ou do modificar um auxílio já existente apenas pode ser exercido *ex nunc*. Não pode ter qualquer efeito declarativo ou retroactivo»; conclusões Reischl apresentadas no processo 120/73, Lorenz, acórdão de 11 de Dezembro de 1973, Recueil, p. 1471.

15 — Processo 120/73, já citado.

curso ao n.° 2 do artig 93.° permite que a modificação seja imposta mas, recordemo-lo, apenas no que se refere ao funcionamento futuro do regime. Finalmente, e com o objectivo de reforçar a disciplina geral praticada neste domínio, o controlo preventivo excepcional dos «casos significativos» [16] visa, aliás, garantir o respeito, mesmo nos casos de especial importância financeira, daquilo que o regime prevê, ou seja, o compromisso entre o «menos» da concorrência decorrente do auxílio e o «mais» da industrialização e desenvolvimento.

31. Refira-se que, por mais bem engendrada que esteja, a análise efectuada pela Irish Cement decorre de uma leitura exegética e literal do artigo 93.° do Tratado, cuja lógica interna desconhece, ignorando totalmente o alcance da noção de regime existente tal como está previsto no n.° 1 dessa disposição.

32. Aliás, a recorrente deu-se conta de uma das consequências da sua tese: porquê proceder à aprovação dos regimes regionais se, em qualquer caso, os Estados são obrigados a proceder à notificação de todas e quaisquer medidas de execução? A Irish Cement não pode, contudo, pretender eliminar esta questão, ultrapassando-a, ao sugerir que a aprovação do regime permite que o Estado «planifique» os auxílios e disponha de «boas possibilidades» de ver aprovadas as medidas individuais. Por outras palavras, a aprovação de um regime ficaria privada de qualquer efeito jurídico. Extrapolemos «ad absurdum» as propostas da recorrente: nem sequer seria necessário notificar os novos regimes de auxílios regionais porque, de qualquer forma, seria necessário notificar as medidas individuais...

33. É bem evidente que a insistência da Irish Cement em sustentar que as medidas individuais devem ser notificadas não visa a consagração de uma interpretação especial do artigo 93.° O primeiro obstáculo com que depara a instauração de um procedimento nos termos do n.° 2 do artigo 93.° relativamente a um auxílio individual como o concedido à Quinn decorre das garantias de «segurança» de que beneficia o funcionamento de um auxílio existente. Ora, para eliminar esse obstáculo, necessário se torna recorrer ao raciocínio da recorrente cujo objectivo *in fine* consiste, por via da exigência de notificação relativamente a qualquer medida individual, em impedir que a segurança jurídica lhe possa ser oposta no caso presente.

34. Convém, contudo, sublinhar que a importância das consequências decorrentes do facto de um regime ter a natureza de já existente exige um enorme rigor na notificação das modificações. A este respeito, não se contesta o facto de o SCGS ser anterior à adesão do Reino Unido e, portanto, constituir um regime existente. Contudo, no que se refere à sua «evolução», a leitura da versão francesa dos articulados da Comissão e respectivos anexos pode gerar enorme perplexidade. Com efeito, embora seja referido que a Order de 1982 não foi notificada, na medida em que não diz respeito a matéria de fundo, menciona-se na carta da Representação Permanente do Reino Unido que a Order veio «reforçar» o regime existente. Ora, o original inglês utliza a palavra «consolidated». Por consulta ao Concise Law Dictionary, podemos assegurar que a palavra «consolidated» significa, na terminologia jurídica, «codificado» e não «reforçado».

16 — Relacionar com os casos em que a aplicação de um «código dos auxílios»permite exigir a notificação de todos os projectos, seja qual for o contexto jurídico em que sejam considerados; neste caso, o procedimento «auxílio novo dos n.os 2 e 3 do artigo 93.° é aplicável ainda que o projecto se integre num regime existente; mas trata-se exactamente, nesses casos, de excepções ratione materiae aos princípios que recordámos.

Assim sendo, pode, aliás, admitir-se que uma alteração «with amendement» que consista num acerto administrativo do regime, forma essa por que a Comissão e o Reino Unido perspectivam a «Order» de 1982, possa não ser notificada, sob condição de não agravar, seja por que forma for, a intensidade do regime [17].

35. No que se refere às modificações de 1985, deve referir-se que foram notificadas, embora só após adopção, à Comissão, que não suscitou qualquer objecção nos termos dos artigos 92.° a 94.° Finalmente, é certo que a modificação de 1983 não foi notificada, mas trata-se de uma decisão que limita o montante máximo das despesas que podem ser afectadas por força das medidas do regime em causa.

36. Assim sendo, na hipótese de, adoptando a nossa análise, o Tribunal entender que, na presença de uma medida individual de auxílio concedida no âmbito de um regime existente e com ele conforme, a Comissão *não pode* instaurar o procedimento previsto no n.° 2 do artigo 93.°, deduzirá evidentemente, desse facto, não existir obrigação de agir e declararará o recurso inadmissível. Em nossa opinião, a obrigação a que a Comissão está sujeita nesta matéria consiste em verificar a conformidade do auxílio individual com as prescrições do regime existente, como aliás o fez no caso presente. No caso de a medida individual não decorrer do regime, a recorrente pode invocar a respectiva *ilegalidade* perante os órgãos jurisdicionais nacionais, nos termos da jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, que reconhece efeito directo aos critérios processuais instituídos pelo último período do n.° 3 do artigo 93.° [18].

37. Falta apenas proceder ao exame da admissibilidade do recurso de anulação. Atendendo às conclusões a que chegámos quanto à impossibilidade de a Comissão instaurar um procedimento, nos termos do n.° 2 do artigo 93.°, relativamente a uma medida individual adoptada em execução de um regime de auxílios regionais já existente e com ele conforme, temos de referir, seja qual for a nossa preocupação em respeitar o princípio do processo contraditório, que essas conclusões determinam antecipadamente e em larga margem os termos do debate da questão de fundo...

38. Debate da questão de fundo que, em nossa opinião, não deve, aliás, ter lugar, pois não pensamos que o recurso de anulação possa ser declarado admissível pelo Tribunal, atendendo à *natureza* da decisão que lhe é submetida. Trata-se de um acto negativo, de uma recusa. A jurisprudência do Tribunal considera que, nesses casos, o recurso de uma decisão de recusa apenas é admissível no caso de a decisão positiva ser, também ela, impugnável. Essa é a solução consagrada por abundante jurisprudência em que relevam os acórdãos *De Gezamenlijke Steenkolenmunëm,* [19] *Lutticke* [20] e *Nordgetreide* [21]. Dela decorre claramente que

«tem a natureza de princípio o facto de uma decisão de rejeição apenas poder ser objecto de recurso no caso de o acto positivo que a autoridade se recusa a adoptar poder, ele próprio, ser impugnado» [22].

39. No caso vertente, a decisão positiva consistiria na notificação prevista no n.° 2

17 — Ver as conclusões Warner apresentadas no processo 177/78, Pigs and Bacon Commission, Recueil 1979, p. 2161, que considera que as modificações «desprezíveis» podem não ser notificadas.

18 — Processos 6/64, Costa/ENEL, acórdão de 15 de Julho de 1964, Recueil, p. 1141 e 1162; Lorenz, já citado; 77/72, Capolongo, acórdão de 19 de Junho de 1973, Recueil p. 611; 121/73, Markmann, acórdão de 11 de Dezembro de 1973, Recueil, p. 1495.

19 — Processo 30/59, acórdão de 23 de Fevereiro de 1961, Recueil, p. 1.

20 — Processo 48/65, acórdão de 1 de Março de 1966, Recueil, p. 27.

21 — Processo 42/71, acórdão de 8 de Março de 1972, Recueil, p. 105.

22 — Conclusões Gand apresentadas no processo 48/65, Lutticke, já citado, p. 44.

do artigo 93.° Não subsistem dúvidas de que esta medida não pode ser objecto de recurso de anulação. Trata-se, com efeito, de um acto preparatório que tem por objectivo permitir que a Comissão complete a sua informação [23] com vista a uma decisão final sobre a compatibilidade do auxílio. E é durante o recurso desta última que o Tribunal examina as eventuais irregularidades da «notificação para cumprimento» [24].

40. É verdade que a jurisprudência do Tribunal relativa à admissibilidade de recurso de um acto negativo, decalcada sobre a solução adoptada quanto ao acto positivo, não obteve a adesão de todos os comentadores [25]. Referem, a este respeito, que a rejeição ou abstenção pode produzir efeitos jurídicos definitivos, característica do acto recorrível, não sucedendo o mesmo com o acto positivo. Exemplo significativo constitui, a bem dizer, a proposta de directiva, em que a rejeição ou abstenção da sua adopção impede definitivamente o Conselho de decidir.

41. É, porém, forçoso reconhecer que da citada jurisprudência do Tribunal decorre que o acto negativo apenas pode ser impugnado na medida em que o acto positivo pudesse ser impugnado. Excepto se voltar atrás quanto a uma solução desta forma tão claramente afirmada, o Tribunal declarará também a inadmissibilidade do recurso de anulação.

42. Acrescente-se que a natureza do acto em causa constitui, face à jurisprudência do Tribunal, uma razão suplementar da inadmissibilidade da acção por omissão. Com efeito, a admissibilidade desta via jurídica é função da natureza do acto cuja prática é pedida [26]. Além disso, o Tribunal tem entendido que a noção de «acto» impugnável é idêntica para efeitos de apreciação da admissibilidade das acções por omissão e do recurso de anulação [27]. Assim sendo, estes princípios devem conduzir o Tribunal a considerar que, não constituindo a recusa em instaurar o procedimento do n.° 2 do artigo 93.° um acto impugnável, não se pode, também, admitir que a Irish Cement acuse a Comissão de se ter abstido de o fazer.

23 — Aqui reside, em nossa opinião, a dificuldade em transpor para o caso presente a solução adoptada no acórdão Fediol (191/82, acórdão de 5 de Outubro de 1983, Recueil, p. 2913). Com efeito, o Tribunal admitiu, nesse processo, a admissibilidade do recurso de uma decisão que encerrava a fase de inquérito prévio, em cujo desencadear e desenrolar os autores dispõem de «direitos precisos». Não é esse o caso aqui. No âmbito do n.° 2 do artigo 93.° existe a faculdade de apresentação de observações à Comissão que, porém, é formulada em «termos gerais, ... sem que, contudo, sejam dados esclarecimentos complementares» (169/84, Cofaz, acórdão de 28 de Janeiro de 1989, Recueil, p. 391, n.° 25). Além disso, essa faculdade é meramente eventual e posterior à instauração do procedimento. Refira-se, a esse respeito, que, no acórdão Cimenteries, o Tribunal, para caracterizar a natureza de uma comunicação feita nos termos do artigo 15.° do Regulamento n.° 17, referiu que ela constituía o último passo de um procedimento especial, distinto daquele que ... deve, em seguida, permitir uma decisão quanto à matéria de fundo (8 a 11/66, acórdão de 15 de Março de 1967, Recueil p. 93).

24 — Processo 323/82, Intermills, acórdão de 14 de Novembro de 1984, Recueil p. 3809.

25 — Vandersanden e Barav: *Contentieux communautaire*, p. 145 e 146, 229 e 230; Kovar: *Jurisclasseur de droit international*, 1980, Fascículo 161 C, p. 8, n.° 24.

26 — Acórdão Borromeo, já citado, Recueil 1970, p. 815 (esta solução suscitou reservas idênticas às relativas ao acto negativo); argumenta-se, também, que a abstenção pode produzir efeitos jurídicos definitivos que não seriam gerados pelo acto positivo (ver referências e autores citados na nota de pé de página 22).

27 — Processo 15/70, Chevalley, acórdão de 18 de Novembro de 1970, Recueil, p. 975, 979, n.° 6.

43. O n.°3 do artigo 69.° do Regulamento Processual autoriza o Tribunal, em circunstâncias excepcionais, a proceder à compensação de despesas. No acórdão Holtz[28], o Tribunal aplicou esta disposição, considerando que

«a recorrente teve razões suficientes para levar o Tribunal a pronunciar-se sobre a situação controvertida».

Não seria injusto considerar que o mesmo se verifica no presente processo.

28 — Processo 153/73, acórdão de 2 de Julho de 1974, Recueil, p. 675.