CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL F. G. JACOBS

apresentadas em 12 de Novembro de 1996 *

1. O Bundesverwaltungsgericht solicita uma decisão do Tribunal de Justiça sobre a questão de saber se o direito comunitário exige a não aplicação de determinadas regras do direito administrativo nacional segundo as quais uma decisão que revoga a concessão de um auxílio e exige a sua restituição é ilícita.

A matéria de facto e as questões do órgão jurisdicional nacional

2. Os factos relevantes e as questões formuladas estão expostos com louvável clareza no pedido de decisão prejudicial. A Alcan Deutschland GmbH (a seguir «Alcan») é a filial alemã de uma empresa canadense. Desde 1979, explorou uma fábrica de alumínio em Ludwigshafen. Em 1982, na sequência de aumentos substanciais do preço da electricidade, a empresa decidiu encerrar a fábrica, mas tal encerramento foi subsequentemente adiado quando o Land Rheinland-Pfalz ofereceu à Alcan, com o acordo do governo federal, um auxílio temporário de 8 milhões de DM. A fábrica foi finalmente encerrada em 1987.

3. Após ter tomado conhecimento do auxílio projectado por meio da imprensa, a Comissão, por telex de 8 de Março de 1983, dirigido ao governo federal, exigiu que o auxílio lhe fosse previamente notificado nos termos do artigo 93.°, n.° 3, do Tratado, acrescentando que nenhum auxílio deveria ser pago antes de a Comissão proferir a sua decisão final. Por carta de 14 de Março de 1983, foi remetida ao Land uma cópia do telex. Por decisão de 9 de Junho de 1983, o Land concedeu no entanto à Alcan metade do auxílio projectado, isto é, 4 milhões de DM.

4. O governo federal notificou o auxílio à Comissão por comunicação de 25 de Julho de 1983. Após obter do governo federal detalhes suplementares sobre o auxílio, a Comissão deu início ao seu exame preliminar em 12 de Outubro de 1983, fixando, para este efeito, um prazo de um mês. Por telex datado de 24 de Novembro de 1983, o governo federal informou a Comissão de que, uma vez que o prazo de um mês tinha expirado, o auxílio seria pago. Por carta de 25 de Novembro de 1983, a Comissão informou o governo federal de que o auxílio era ilícito e de que a parte ainda não paga não o deveria ser antes de a Comissão tomar a decisão final. O Land foi disto informado em 28 de Novembro de 1983. No entanto, por decisão de 30 de Novembro de 1983, concedeu à Alcan os restantes quatro milhões de DM do auxílio.

* Língua original: inglês.

5. Por decisão de 14 de Dezembro de 1985 [1] dirigida à República Federal da Alemanha, a Comissão declarou que o auxílio concedido à Alcan era ilegal, por ter sido pago em violação do artigo 93.°, n.° 3, do Tratado, e incompatível com o mercado comum na acepção do artigo 92.° do Tratado; em consequência, ordenou a sua restituição.

6. Por cartas de 12 de Fevereiro e 21 de Abril de 1986, o governo federal informou a Comissão de que a restituição do auxílio estava precludida em razão do princípio da protecção da confiança legítima. Por carta de 27 de Junho de 1986, o comissário competente da Comissão respondeu que, uma vez que o governo federal não adiantara quaisquer propostas razoáveis de solução, tal como a restituição do auxílio em prestações ou a sua conversão num empréstimo nas condições do mercado, não estava em situação de propor qualquer alteração à decisão da Comissão.

7. Por petição de 30 de Março de 1987, a Comissão apresentou um recurso perante o Tribunal de Justiça, o qual, por acórdão de 2 de Fevereiro de 1989 (a seguir «acórdão Alcan I») [2], declarou que a Alemanha, ao não dar cumprimento à decisão da Comissão, não cumprira as obrigações que lhe incumbem em virtude do Tratado.

8. Subsequentemente, por decisão de 26 de Setembro de 1989, o Land revogou as decisões que concederam o auxílio e exigiu a restituição dos 8 milhões de DM. A Alcan recorreu para o Verwaltungsgericht, o qual anulou a decisão do Land que revogara o auxílio com o fundamento de que ela infringira o artigo 48.°, n.° 4, da Verwaltungsverfahrensgesetz (lei sobre o processo administrativo) do Land [3]. Esta disposição fixa o prazo de um ano para a revogação dos actos administrativos, contado a partir do momento em que a autoridade toma conhecimento dos factos que justificam tal revogação.

9. Na sequência da improcedência do recurso interposto para o Oberverwaltungsgericht, o Land recorreu para o tribunal de reenvio, o Bundesverwaltungsgericht. Este manteve a decisão dos tribunais de instância de que o artigo 48.°, n.° 4, fora violado, sustentando a opinião de que o prazo de um ano começara a correr o mais tardar em Julho de 1986, data em que o Land fora informado da carta de 27 de Junho de 1986 do comissário competente da Comissão. Considerou ainda que a revogação podia ser considerada ilegal, nos termos da lei alemã, com base noutros dois fundamentos. Em primeiro lugar, parece adequado considerar que o exercício, pelo Land, do seu poder discricionário de revogar as medidas relativas ao auxílio com base no artigo 48.°, n.° 1, da Verwaltungsverfahrensgesetz violou o princípio da boa fé, uma vez que o Land foi prioritariamente responsável pela ilegalidade das decisões de auxílio. Em conexão com isto, o

1 — Decisão 86/60/CEE relativa ao auxílio que o «Land» de Rheinland-Pfalz da República Federal da Alemanha concedeu a uma empresa produtora de alumínio primário, situada em Ludwigshafen (JO 1986, L 72, p. 30).

2 — Comissão/Alemanha (94/87, Colect., p. 175).

3 — Deve notar-se que o Land Rheinland-Pfalz aplica a Bundesverwaltungsverfahrensgesetz (código de processo administrativo federal) também a casos que se incluem no âmbito de competência do Land: v. Kopp, Ferdinand: *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 6.ª edição, C. H. Beck, p. 17.

Bundesverwaltungsgericht faz realçar a alegação da Alcan de que o Land tinha pleno conhecimento, já em Março de 1983, da natureza questionável da legalidade do auxílio e que não informou a Alcan para não a dissuadir de continuar a explorar a fábrica; o Land não nega, aliás, que não informou a Alcan do telex da Comissão de 8 de Março de 1983 que exigia que o auxílio não fosse pago. Em segundo lugar, o Bundesverwaltungsgericht considera que a Alcan podia invocar o artigo 818.°, n.° 3, do Bürgerliches Gesetzbuch (código civil, aplicável por força do artigo 48.°, n.° 2, da Verwaltungsverfahrensgesetz), o qual impede a restituição quando o enriquecimento resultante do acto administrativo ilegal deixou de existir. A Alcan alega que foi isso que se verificou já que, posteriormente, encerrou a fábrica em questão, após sofrer novas perdas. Parece, contudo, que, por força da sétima frase do artigo 48.°, n.° 2, da Verwaltungsverfahrensgesetz, esta defesa não seria adequada se a Alcan conhecesse as circunstâncias que tornavam ilegal a decisão do auxílio ou se o seu desconhecimento dessa ilegalidade fosse devido a grave negligência.

10. O Bundesverwaltungsgericht suscita a questão de saber se o direito comunitário exige, no entanto, a restituição do auxílio e, em consequência, submete ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) A autoridade competente deverá, para dar cumprimento a uma decisão definitiva de restituição da Comissão das Comunidades Europeias, e por força do imperativo de aplicar o direito nacional 'de forma a não tornar praticamente impossível a restituição exigida pelo direito comunitário e respeitando em toda a sua extensão o interesse da Comunidade', revogar a decisão de concessão de auxílio em causa, mesmo no caso de já ter passado o prazo de caducidade previsto em direito nacional no interesse da segurança jurídica?

2) Caso a resposta à primeira questão seja positiva:

A autoridade competente deverá, para dar cumprimento a uma decisão definitiva de restituição da Comissão das Comunidades Europeias, e por força do imperativo referido, revogar a decisão de concessão de auxílio em causa, mesmo no caso de ser responsável pela sua ilicitude, de tal forma que a sua revogação represente uma violação das regras da boa fé em relação ao beneficiário?

3) Caso a resposta às primeira e segunda questões seja positiva:

A autoridade competente deverá, para dar cumprimento a uma decisão definitiva de restituição da Comissão das

Comunidades Europeias, e por força do imperativo referido, exigir a restituição do auxílio atribuído ainda que o direito nacional não o permita, por ausência de enriquecimento, na falta de má fé do beneficiário do auxílio?»

11. Só a Alcan propõe que as questões sejam negativamente respondidas. O Land, os Governos francês, alemão e austríaco e a Comissão propõem que o Tribunal de Justiça dê resposta afirmativa às três questões.

As disposições comunitárias e a jurisprudência relevantes

12. Antes de apreciar estas questões, será útil explanar alguns dos princípios básicos aplicáveis nesta matéria. Segundo a primeira frase do artigo 93.°, n.° 3, do Tratado, um Estado-Membro está obrigado a informar a Comissão, com suficiente antecedência para ela poder apresentar as suas observações, dos projectos relativos à instituição ou alteração de quaisquer auxílios. Se, após o seu exame preliminar, a Comissão considerar que o projecto de auxílio não é compatível com o mercado comum, ela deve, de acordo com a segunda frase do artigo 93.°, n.° 3, dar início sem demora ao procedimento consultivo referido no n.° 2 do mesmo artigo 93.° A última frase do artigo 93.°, n.° 3, proíbe pôr em execução as medidas de auxílio antes de estar finalizado o procedimento previsto no artigo 93.°, n.° 2. As decisões que concedem um auxílio em violação da proibição estabelecida nesta disposição são ilegais; além disso, a decisão final da Comissão sobre a compatibilidade do auxílio com o mercado comum não tem o efeito de regularizar *ex post facto* tais medidas [4].

13. O Tribunal de Justiça declarou que a recuperação do auxílio é a consequência lógica da verificação da sua ilegalidade [5]. O objectivo da recuperação é restabelecer a situação anteriormente existente; ao restituir o auxílio, o beneficiário perde a vantagem de que tinha beneficiado no mercado relativamente aos seus concorrentes, considerando-se que fica restabelecida a situação anterior ao pagamento do auxílio [6]. Consequentemente, quando, após completar o exame, feito em processo consultivo, nos termos do artigo 93.°, n.° 2, a Comissão considera o auxílio incompatível com o mercado comum, ordena normalmente ao Estado-Membro em causa que recupere o auxílio. O Estado-Membro está obrigado a cumprir esta decisão, a não ser que tal lhe seja completamente impossível. Dificuldades financeiras do beneficiário do auxílio não constituem uma impossibilidade absoluta; se necessário, o Estado-Membro deve dar início ao processo de liquidação do beneficiário do auxílio, usando das suas qualidades de accionista ou credor, de modo a garantir a recuperação [7].

4 — V. o acórdão de 21 de Novembro de 1991, FNCE (C-354/90, Colect., p. I-5505, n.° 16).

5 — V., por exemplo, o acórdão de 21 de Março de 1990, Bélgica/Comissão (C-142/87, Colect., p. I-959, n.° 66).

6 — V., por exemplo, o acórdão de 4 de Abril de 1995, Comissão/Itália (C-350/93, Colect., p. I-699).

7 — Acórdão de 15 de Janeiro de 1986, Comissão/Bélgica (52/84, Colect., p. 89, n.° 14).

14. Embora, antes de tomar a sua decisão final, a Comissão possa adoptar uma decisão provisória que ordene a suspensão do pagamento do auxílio (e, se necessário, possa submeter o caso ao Tribunal de Justiça, num procedimento urgente, sem respeitar o procedimento pré-contencioso normal), ela não tem poderes para ordenar a restituição do auxílio unicamente com base no facto de o procedimento estabelecido no artigo 93.°, n.os 2 e 3, do Tratado não ter sido cumprido; antes de ordenar a restituição, a Comissão tem de determinar que o auxílio é incompatível com o mercado comum [8]. Entretanto, uma vez que as medidas que concedem o auxílio em violação da proibição do artigo 93.°, n.° 3, são ilegais, qualquer concorrente do beneficiário do auxílio pode solicitar a um tribunal nacional que ordene a restituição do auxílio. A função do tribunal nacional é a de garantir os direitos dos particulares até que a Comissão adopte a sua decisão final. Um tribunal nacional não tem poderes para averiguar a compatibilidade do auxílio com o mercado comum; estes poderes estão reservados à Comissão. Contudo, se o tribunal nacional determinar que o Estado-Membro concedeu um auxílio em violação da proibição do artigo 93.°, n.° 3, do Tratado, está em princípio obrigado a ordenar a sua restituição [9].

15. A recuperação de um auxílio de Estado ilegal, quer por iniciativa da Comissão quer por iniciativa de um concorrente, deve ocorrer de acordo com as disposições processuais pertinentes do direito nacional, sem prejuízo, todavia, de serem aplicadas de forma a não tornar praticamente impossível a recuperação exigida pelo direito comunitário [10]. Este ponto de vista está de acordo com o princípio geral, definido numa grande série de casos [11], segundo o qual, na falta de regulamentação comunitária na matéria, compete à ordem jurídica interna de cada Estado-Membro regular as modalidades processuais das acções judiciais destinadas a assegurar a protecção dos direitos que decorrem, para os particulares, do efeito directo do direito comunitário, desde que elas não sejam menos favoráveis do que as modalidades relativas a acções análogas de natureza interna nem tornem na prática impossível ou excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica comunitária.

16. No seu acórdão de 21 de Setembro de 1983, Deutsche Milchkontor e o. [12], o Tribunal de Justiça declarou que os princípios do respeito da confiança legítima e da segurança jurídica, como os contidos no artigo 48.° da Verwaltungsverfahrensgesetz, fazem parte da ordem jurídica comunitária e não podem, portanto, ser considerados contrários a esta ordem jurídica. Em consequência, declarou que «o direito comunitário não é contrário a

8 — V. o acórdão de 14 de Fevereiro de 1990, França/Comissão («Boussac», C-301/87, Colect., p. I-307, especialmente n.os 19 a 22). V. contudo os n.os 37 a 39 das minhas conclusões no processo Espanha/Comissão (acórdão de 14 de Setembro de 1994, C-42/93, Colect., p. I-4175).

9 — V., mais recentemente, o acórdão de 11 de Julho de 1996, SFEI e o. (C-39/94, Colect., p. I-3547; n.° 67).

10 — V. o acórdão Bélgica/Comissão, referido na nota 5, n.° 61, e o acórdão de 20 de Setembro de 1990, Comissão/Alemanha (a seguir «acórdão BUG-Alutechnik», C-5/89, Colect., p. I-3437, n.° 12).

11 — V. os acórdãos de 16 de Dezembro de 1976, Rewe (33/76, Colect., p. 813, n.° 5), e Comet (45/76, Recueil, p. 2043, n.° 13, Colect., p. 835); de 9 de Novembro 1983, San Giorgio (199/82, Recueil, p. 3595, n.° 12); de 25 de Julho de 1991, Emmott (C-208/90, Colect., p. I-4269, n.° 16); de 19 de Novembro de 1991, Francovich e o. (C-6/90 e C-9/90, Colect., p. I-5357, n.° 43); de 27 de Outubro de 1993, Steenhorst-Neerings (C-338/91, Colect., p. I-5475, n.° 15); de 6 de Dezembro de 1994, Johnson (C-410/92, Colect., p. I-5483, n.° 21); de 14 de Dezembro de 1995, Peterbroeck (C-312/93, Colect., p. I-4599, n.° 12); e de 14 de Dezembro de 1995, Van Schijndel e Van Veen (C-430/93 e C-431/93, Colect., p. I-4705, n.° 17).

12 — 205/82 a 215/82, Recueil, p. 2633, n.° 30.

que a legislação nacional em causa, para a exclusão da recuperação de ajudas indevidamente pagas, tenha em consideração critérios como a protecção da confiança legítima, a ausência de enriquecimento sem causa, o decurso de um prazo ou a circunstância de a administração saber que concedia erradamente as ajudas em questão ou ignorar essa circunstância em consequência de negligência grave da sua parte, com a reserva, porém, de que sejam os mesmos os requisitos previstos para a recuperação de auxílios financeiros inteiramente nacionais e que seja integralmente tido em consideração o interesse da Comunidade» [13].

17. Significativamente, porém, o processo Deutsche Milchkontor e o. não respeitava a auxílios estatais, mas a quantias indevidamente pagas ao abrigo das regras comunitárias relativas a ajudas ao fabrico do leite desnatado em pó. O Tribunal de Justiça deu indícios de um ponto de vista mais estrito, em relação à recuperação de auxílios estatais ilegais, no seu acórdão Alcan I, no qual acentuou que «as disposições da ordem jurídica nacional aplicáveis devem sê-lo... respeitando em toda a sua extensão o interesse da Comunidade aquando da aplicação de uma disposição que, como a invocada pelo governo demandado, sujeita a revogação de um acto administrativo ilegal à apreciação dos diferentes interesses em causa» [14]. A disposição em questão era o artigo 48.°, n.° 2, da Verwaltungsverfahrensgesetz, cuja primeira frase impede a revogação de uma decisão que conferiu uma vantagem financeira quando o beneficiário tinha a expectativa de que a decisão era legalmente válida e tal expectativa merecia protecção após ter sido ponderada com o interesse público na recuperação do auxílio. Deve notar-se que, no despacho de reenvio que proferiu no presente caso, o Bundesverwaltungsgericht conclui que a Alcan não pode basear-se no princípio da protecção da confiança legítima constante daquela disposição, uma vez que o interesse da Comunidade tem precedência sobre qualquer possível expectativa da Alcan; por isso, não submeteu ao Tribunal de Justiça qualquer questão sobre esta matéria.

18. No acórdão BUG-Alutechnik [15], o Tribunal de Justiça, embora declarando que os princípios resultantes do acórdão Deutsche Milchkontor e o. também se aplicam à recuperação de auxílios estatais indevidamente pagos, acrescentou o seguinte:

«Há que pôr em relevo, todavia, que, tendo em conta o carácter imperativo do controlo dos auxílios de Estado efectuado pela Comissão nos termos do artigo 93.° do Tratado, as empresas beneficiárias do auxílio não podem, em princípio, ter uma confiança legítima na regularidade do auxílio a não ser que este tenha sido concedido no respeito pelo processo previsto pelo referido artigo. Com efeito, um operador económico diligente deve normalmente estar em condições de assegurar que esse processo foi respeitado.

13 — Acórdão já referido na nota 12, n.° 33.

14 — Acórdão já referido na nota 2, n.° 12.

15 — Acórdão já referido na nota 10, n.os 14 a 16.

A este respeito, há que recordar que, por comunicação publicada no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, a Comissão informou os beneficiários potenciais de auxílios de Estado do carácter precário dos auxílios que lhes são concedidos ilegalmente, no sentido de que os mesmos podem ser obrigados a restituí-los... [16].

A possibilidade de um beneficiário de um auxílio ilegal invocar circunstâncias excepcionais, que podem legitimamente fundamentar a sua confiança no carácter regular desse auxílio, e de se opor, em consequência, ao seu reembolso, não pode, certamente, ser excluída. Nesse caso, compete ao tribunal nacional, a quem eventualmente seja submetida a questão, apreciar, sendo caso disso após ter colocado ao Tribunal de Justiça questões prejudiciais de interpretação, as circunstâncias da causa.»

19. O Tribunal de Justiça observou depois que «uma disposição que preveja um prazo para a revogação de um acto administrativo constitutivo de direitos deve ser aplicada, como todas as disposições pertinentes do direito nacional, de forma a não tornar praticamente impossível a recuperação exigida pelo direito comunitário e a tomar plenamente em consideração o interesse comunitário» [17].

Apreciação das questões

20. A Alcan alegou no presente processo que, nos acórdãos Alcan I e BUG-Alutechnik, o Tribunal de Justiça considerara prioritariamente as obrigações do Estado-Membro infractor, pois os acórdãos nada dizem sobre os direitos do beneficiário do auxílio. Não partilho deste ponto de vista. No acórdão BUG-Alutechnik, o Tribunal de Justiça tornou claro que, nos processos destinados à recuperação decorridos perante tribunais nacionais, o beneficiário do auxílio só pode alegar o princípio da confiança legítima quando legitimamente considerou que o auxílio era lícito; tal alegação só é possível, em princípio, quando o procedimento previsto no Tratado foi cumprido. É verdade que, aparentemente, o Tribunal de Justiça distinguiu entre o Estado-Membro infractor e o beneficiário do auxílio, ao declarar que um Estado-Membro não pode invocar a confiança legítima dos beneficiários para se subtrair à obrigação «de tomar as medidas necessárias com vista ao cumprimento de uma decisão da Comissão que lhe ordena a recuperação do auxílio»; o Tribunal fez notar que, se um Estado-Membro pudesse actuar deste modo, tal significaria «privar os artigos 92.° e 93.° do Tratado de qualquer efeito útil, na medida em que as autoridades nacionais poderiam basear-se no seu próprio comportamento ilegal para anular a eficácia das decisões tomadas pela Comissão ao abrigo dessas disposições do Tratado» [18]. Não pode, contudo, inferir-se do acórdão que, não obstante a obrigação de os Estados-Membros recuperarem o auxílio ilegal, não existem restrições

16 — JO 1983, C 318, p. 3.

17 — Acórdão já referido na nota 10, n.° 19; v. também o n.° 32 das conclusões do advogado-geral M. Darmon.

18 — Acórdão já referido na nota 10, n.° 17.

relativas à aplicação das regras nacionais que impedem a recuperação. Não teria sentido impor aos Estados-Membros a estrita obrigação de recuperar auxílios ilegais se se adoptasse um ponto de vista liberal no que respeita à aplicação de tais regras. A obrigação de um Estado-Membro recuperar um auxílio ilegal e os direitos do beneficiário constituem certamente os dois lados de uma mesma moeda.

21. Antes de considerar os aspectos específicos suscitados pelas questões do órgão jurisdicional nacional, apreciarei dois pontos preliminares que resultam do despacho de reenvio. Em primeiro lugar, o Bundesverwaltungsgericht parece pensar que, no momento em que as medidas que concederam o auxílio foram adoptadas, a sua legalidade era apenas questionável; a ilegalidade só se terá tornado clara quando a Comissão adoptou a sua decisão final, ou quando o Land foi notificado da carta de 27 de Junho de 1986 do comissário competente da Comissão que recusou propor qualquer modificação à decisão. Esta análise, contudo, é baseada numa interpretação errada das regras comunitárias. É exacto que até ao momento em que a Comissão adoptou a sua decisão final não se sabia se ela ia considerar o auxílio incompatível com o mercado comum e, nesse caso, se ela se absteria, a título excepcional, de ordenar a sua recuperação. É no entanto claro que o auxílio foi pago em violação da proibição que consta na última frase do artigo 93.°, n.° 3, do Tratado. Como se mencionou *supra* (n.os 3 e 4), o primeiro pagamento foi feito antes de o auxílio ter sido notificado à Comissão, e o segundo pouco tempo após a Comissão ter adoptado uma decisão provisória exigindo a suspensão do pagamento do auxílio, e ter dado início ao procedimento consultivo de exame previsto no artigo 93.°, n.° 2, do Tratado. É verdade que a Comissão excedeu, por duas semanas, o prazo de um mês que a si própria impusera para completar o exame prévio. No entanto, quando a Comissão não dá a conhecer a sua posição após uma notificação, o Estado-Membro tem obrigação de informar a Comissão antes de implementar o projecto de auxílio [19]. No presente caso, a Comissão deu início ao procedimento consultivo de exame e proferiu uma decisão provisória proibindo o pagamento imediatamente após ter recebido comunicação, do governo federal, da intenção do Land de pagar o auxílio. Apesar de ter sido informado, pelo governo federal, da decisão provisória da Comissão, o Land pagou a parte restante do auxílio. Assim, as medidas que concederam o auxílio eram claramente ilegais; além disso, a sua legalidade não teria sido sanada mesmo que a Comissão tivesse subsequentemente entendido que o auxílio era compatível com o mercado comum [20].

22. Em segundo lugar, como já atrás referi, o Bundesverwaltungsgericht não submeteu nenhuma questão relativa à possível aplicação do princípio da confiança legítima. Do acórdão BUG-Alutechnik resulta claramente que, uma vez que o procedimento previsto no Tratado não fora observado, a Alcan não podia, em princípio, ter qualquer legítima confiança na legalidade da concessão do auxílio; deve esperar-se que um operador económico diligente verifique se o procedimento previsto no Tratado foi seguido. Examinarei mais tarde a questão de saber se o princípio da protecção da confiança legítima

19 — Acórdão de 11 de Dezembro de 1973, Lorenz (120/73, Colect., p. 553, n.° 4).

20 — V. o acórdão FNCE, referido na nota 4.

pode apesar de tudo ter aplicação, uma vez que o Tribunal de Justiça já declarou que podem existir circunstâncias excepcionais em que a recuperação do auxílio deve ser afastada, mesmo quando ele foi concedido em violação do disposto na última frase do artigo 93.°, n.° 3, do Tratado.

23. As questões colocadas pelo Bundesverwaltungsgericht respeitam especificamente a três regras do direito alemão: a) o prazo de um ano para a revogação de actos administrativos; b) o princípio da boa fé que a autoridade administrativa deve respeitar quando exerce o seu poder discricionário de revogar uma decisão ilegal; e c) a regra que impede a recuperação quando o beneficiário de um auxílio deixa de enriquecer. A Alcan alega que estas regras, que existem em muitas outras ordens jurídicas, se justificam por interesses de segurança jurídica, justiça material e proporcionalidade.

24. Não há dúvidas quanto à exactidão desta asserção. Na verdade, como já referimos, o Tribunal de Justiça tem em geral respeitado os limites definidos com tais fundamentos pelos Estados-Membros quanto à abertura de vias jurisdicionais. O Tribunal, contudo, também tem insistido sobre o ponto de as regras nacionais não poderem tornar praticamente impossível ou excessivamente difícil a aplicação do direito comunitário. Como mostrarei de seguida, no domínio dos auxílios estatais é necessário verificar com particular cuidado a aplicação das regras nacionais que restringem a recuperação do auxílio.

O prazo de um ano estabelecido pelo artigo 48.°, n.° 4, da Verwaltungsverfahrensgesetz

25. A Alcan alega que tem de haver um limite quanto à sua obrigação de restituir o auxílio; a própria abertura de processos por infracções criminais sérias está sujeita a prazos em muitas ordens jurídicas.

26. Parece-me, contudo, que os prazos do tipo do que está estabelecido no artigo 48.° da Verwaltungsverfahrensgesetz colocam problemas intrínsecos quando aplicáveis no domínio dos auxílios estatais. Uma disposição deste tipo pressupõe amplamente que os interesses da autoridade estão em oposição com os do particular. Tendo descoberto que uma decisão que concede um benefício financeiro é ilegal, o interesse da autoridade é normalmente o de recuperar tão rapidamente quanto possível a quantia paga, enquanto o interesse do particular é o de conservar o benefício. Quando uma autoridade estatal viola, conscientemente, uma norma comunitária ao conceder o auxílio, esta assunção não é válida. Os interesses da autoridade e do particular coincidem nesse caso. A autoridade que procura obter a recuperação é a mesma autoridade que conscientemente infringiu a norma comunitária. Salvo no caso de ter abruptamente mudado de política, o seu interesse consiste em garantir que o beneficiário mantenha o benefício, em violação da norma comunitária. Assim, ela não tem normalmente interesse em cumprir o prazo para a propositura da acção.

27. Isto não significa, contudo, uma ausência de segurança jurídica quanto aos beneficiários de um auxílio estatal. Outro aspecto distintivo dos processos em matéria de auxílios estatais é o de que é a Comissão que, segundo o Tratado, é responsável por apurar se o auxílio é compatível com o mercado comum e, se o não for, por ordenar a sua recuperação. O papel das autoridades nacionais é apenas o de aplicar a decisão da Comissão. Como a Comissão observa, a situação jurídica torna-se certa a partir do momento em que ela adopta a sua decisão final ou, pelo menos, quando esta decisão se torna definitiva devido ao termo do prazo para a impugnar ao abrigo do artigo 173.° do Tratado.

28. Podem, é certo, existir circunstâncias em que a recuperação de um auxílio pago em violação da última frase do artigo 93.°, n.° 3, do Tratado esteja precludida por uma demora indevida da Comissão em adoptar a sua decisão final. No acórdão de 24 de Novembro de 1984, RSV/Comissão [21], o Tribunal de Justiça declarou que, nas circunstâncias do caso, uma demora de 26 meses por parte da Comissão em adoptar a sua decisão final dava lugar a uma expectativa legítima por parte do beneficiário de um auxílio não notificado, impedindo a Comissão de exigir às autoridades neerlandesas a restituição do auxílio.

29. Neste processo, contudo, o Tribunal parece ter sido influenciado por algumas circunstâncias excepcionais. O auxílio em questão era relativo a um sector que beneficiara por vários anos do auxílio das autoridades neerlandesas e pretendia cobrir os custos adicionais de uma operação para a qual o auxílio já anteriormente fora autorizado pela Comissão. A Comissão não tinha qualquer desculpa para a demora, uma vez que estava completamente a par da situação e que as razões que causaram o excesso dos custos cobertos pelo anterior auxílio não necessitavam de mais profunda investigação.

30. Nenhuma destas circunstâncias parece surgir no presente caso. Nem mesmo foi sugerido que a decisão final da Comissão, adoptada pouco mais de dois anos após o início do inquérito preliminar, tivesse sido adoptada com uma demora indevida nas circunstâncias do presente caso.

31. Pelas razões indicadas no n.° 26 *supra*, creio que a possibilidade de recuperação não pode ser afastada, com base nos princípios da confiança legítima ou da segurança jurídica, em consideração da demora das autoridades nacionais em dar cumprimento à decisão final da Comissão; se assim fosse, as regras comunitárias ficariam desprovidas de efeito útil.

32. Concluo, portanto, que, nas circunstâncias como as presentes, o direito comunitário impede a aplicação do prazo de um ano

21 — 223/85, Colect., p. 4617.

estabelecido no artigo 48.°, n.° 4, da Verwaltungsverfahrensgesetz para a revogação dos actos administrativos.

O princípio da boa fé

33. Também parece haver pouca margem para aplicar o princípio da boa fé em casos como o presente. Segundo o artigo 48.°, n.° 1, da Verwaltungsverfahrensgesetz, o Land tem o poder discricionário de decidir a revogação de decisões de auxílio ilegais. O Bundesverwaltungsgericht conclui que, ao exercer este poder discricionário, o Land infringiu o princípio da boa fé, na medida em que revogou a decisão quando não tinha informado o beneficiário do auxílio da sua questionável legalidade. Como, contudo, já fiz notar, nos termos do Tratado, é a Comissão que decide sobre a recuperação de auxílios de Estado ilegais. As autoridades nacionais estão obrigadas a aplicar esta decisão, não dispondo de qualquer poder discricionário em matéria de revogação de decisões de auxílio. O exercício, pela Comissão, do seu poder discricionário de ordenar a recuperação pode, é claro, ser contestado pelo beneficiário do auxílio, perante o Tribunal de Primeira Instância, dentro do prazo que lhe é concedido pelo Tratado.

34. Mesmo assumindo que o Land tivesse tal poder discricionário, o princípio da boa fé não poderia ser aplicado. Ao conceder o auxílio sem observar o processo estabelecido no Tratado, o Land, como já fiz notar, infringiu a disposição contida na última frase do artigo 93.°, n.° 3. As decisões que concederam o auxílio não eram, portanto, como o Bundesverwaltungsgericht sugere, de legalidade meramente questionável — eram manifestamente ilegais, *ab initio*. Se se aceitasse que a boa fé era exigível para que uma decisão pudesse ser revogada, não se vê como poderia uma autoridade pública alguma vez revogar uma decisão que ela sabia — ou pode presumir-se que sabia — ser ilegal no momento em que foi adoptada. Além disso, mesmo no entendimento do Bundesverwaltungsgericht sobre o modo como o princípio da boa fé deveria ser aplicado no presente caso, seria simples, para uma autoridade pública, garantir que quaisquer decisões de auxílio ficassem imunes a uma contestação com base no princípio da boa fé — seria suficiente manter o beneficiário do auxílio na ignorância da sua ilegalidade. Em qualquer dos casos, o princípio frustraria a aplicação das regras comunitárias sobre auxílios estatais.

Não manutenção do enriquecimento

35. Finalmente, vou debruçar-me sobre a regra estabelecida no artigo 818.°, n.° 3, do Bügerliches Gesetzbuch, segundo a qual a recuperação deixa de ser possível quando o enriquecimento deixou de existir («Wegfall der Bereicherung»). Para determinar se é esse o caso, é necessário determinar «se... o património total do devedor, à luz de todos os

factores relevantes, ainda mostra um excesso correspondente, total ou parcialmente, ao valor do que foi recebido» [22].

36. A Verwaltungsverfahrensgesetz determina que esta disposição é aplicável nos processos administrativos, em certas condições. Contudo, segundo a sétima frase do artigo 48.°, n.° 2, da Verwaltungsverfahrensgesetz, quem recebe um benefício não pode invocar a disposição do artigo 818.°, n.° 3, do Bügerliches Gesetzbuch se conhecia as circunstâncias que tornaram ilegal a decisão que concedeu o benefício ou se o seu desconhecimento for devido a grave negligência («grobe Fahrlässigkeit»). Se esta disposição fosse aplicada no presente caso, o tribunal nacional poderia, portanto, ser levado a apurar se a não verificação, pela Alcan, do cumprimento do procedimento previsto no artigo 93.°, n.os 2 e 3, do Tratado, constituía uma grave negligência.

37. Tenho, contudo, objecções ainda mais importantes à aplicação de uma regra como a do artigo 818.°, n.° 3, do Bügerliches Gesetzbuch nos processos destinados à recuperação de um auxílio estatal. Parece-me que — mesmo se aplicada uniformemente como princípio do direito comunitário — tal disposição seria incompatível com o objectivo das normas comunitárias sobre auxílios estatais que consiste em prevenir as distorções da concorrência no mercado comum. É claro que a concessão de um auxílio a uma empresa que continua a operar por um período apenas temporário pode afectar as condições da concorrência. Se o auxílio pudesse ser concedido em tais circunstâncias pelas autoridades nacionais, com fracas hipóteses de vir a ser recuperado, o objectivo das normas comunitárias seria frustrado.

38. Do ponto de vista do beneficiário do auxílio, é em qualquer caso algo simplístico sugerir que os benefícios resultantes do auxílio estão perdidos quando o beneficiário deixa de estar enriquecido em termos do seu balanço corrente. Isto seria exacto mesmo se, como se alega ser o caso, o beneficiário fosse induzido pelo auxílio a manter a fábrica em laboração por mais tempo do que o previsto, e, em consequência, incorresse em perdas acrescidas. O beneficiário poderia no entanto obter significativos benefícios da continuação temporária da laboração da fábrica, em termos de manutenção do seu lugar no mercado, de reputação, de clientela e de retenção do pessoal qualificado, benefícios que resultam da distorção da concorrência criada pelo auxílio.

39. O ponto de vista que acaba de ser formulado é conforme com os princípios estabelecidos pelo Tribunal de Justiça a respeito da recuperação de um auxílio. A recuperação de uma quantia igual à do auxílio concedido, acrescida, se for caso disso, de juros, destina-se a eliminar a vantagem concorrencial obtida pelo beneficiário do auxílio e a restaurar a situação previamente existente. Qualquer outra regra seria difícil de aplicar e, na medida em que implicasse a recuperação de um montante inferior, poria em perigo a obtenção dos objectivos das disposições do Tratado.

22 — V. Lieb, in *Münchener Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch*, 2.ª edição, 1986, artigo 818.°, nota 70.

40. Parece-me, portanto, que, em matéria de auxílios estatais, existem considerações especiais que impedem a aplicação da regra do desaparecimento do enriquecimento. Isto pode ser ilustrado pela decisão proferida pelo Bundesverwaltungsgericht [23] na sequência do acórdão do Tribunal de Justiça no processo Deutsche Milchkontor e o., no qual o Tribunal de Justiça declarou que o direito comunitário não impedia a aplicação da regra em circunstâncias como as do caso analisado. O Bundesverwaltungsgericht aceitou o argumento da demandante no processo principal de que já não estava enriquecida pela ajuda comunitária para o leite desnatado em pó, uma vez que a tinha transferido através das facturas que passara aos seus clientes. Parece-me que, neste contexto, o Tribunal de Justiça admitiu que a questão fosse decidida de acordo com a lei nacional, uma vez que não existia nenhum interesse comunitário importante que justificasse uma intromissão na autonomia processual do Estado-Membro em causa. Pelo contrário, se uma tal situação se verificasse em relação a um auxílio estatal, ela poria em perigo a realização dos objectivos das disposições do Tratado ao permitir ao beneficiário do auxílio opor-se à recuperação com o fundamento de ter transferido o benefício para os seus clientes através de uma baixa de preços. Em tais circunstâncias, o beneficiário receberia impunemente uma importante vantagem concorrencial.

41. Concluo, portanto, que, nas circunstâncias do presente caso, o direito comunitário impede a aplicação de uma norma como a constante do artigo 818.°, n.° 3, do Bürgerliches Gesetzbuch.

Conclusão

42. De acordo com o exposto, sou de opinião que as questões submetidas pelo Bundesverwaltungsgericht devem receber a seguinte resposta:

«O direito comunitário exige que uma autoridade nacional revogue, de acordo com a decisão final da Comissão que ordena a recuperação de um auxílio estatal, a sua decisão de conceder tal auxílio, mesmo quando, de acordo com a legislação nacional, tal revogação está impedida em razão de a autoridade ter deixado expirar o prazo concedido pela lei nacional ou ser de tal modo responsável pela ilegalidade da decisão que, face ao beneficiário do domicílio, a revogação se mostra contrária à boa fé, ou em razão de a lei nacional considerar que o enriquecimento já não existe.»

23 — NJW 1992, p. 703, especialmente p. 704.