DESPACHO DO PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

29 de Abril de 2005 *

No processo C-404/04 P-R,

Que tem por objecto um pedido de medidas provisórias nos termos dos artigos 242.º CE e 243.º CE, entrado em 14 de Outubro de 2004,

Technische Glaswerke Ilmenau GmbH, representada por C. Arhold e N. Wimmer, Rechtsanwälte, com domicílio escolhido no Luxemburgo,

requerente,

sendo as outras partes no processo:

Comissão das Comunidades Europeias, representada por V. Di Bucci e V. Kreuschitz, na qualidade de agentes, com domicílio escolhido no Luxemburgo,

recorrida em primeira instância,

* Língua do processo: alemão.

Schott AG, anteriormente Schott Glas, representada por U. Soltész, Rechtsanwalt,

interveniente em primeira instância,

O PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA,

ouvida a advogada-geral C. Stix-Hackl,

profere o presente

Despacho

1 No seu pedido de medidas provisórias, a Technische Glaswerke Ilmenau GmbH (a seguir «requerente») solicita ao presidente do Tribunal de Justiça, a título principal, a suspensão da execução do artigo 2.º da Decisão 2002/185/CE da Comissão, de 12 de Junho de 2001, relativa ao auxílio estatal concedido pela Alemanha a favor da Technische Glaswerke Ilmenau GmbH (Alemanha) (JO 2002, L 62, p. 30, a seguir «decisão recorrida»), até que o Tribunal de Justiça se pronuncie definitivamente sobre o recurso interposto pela requerente, em 22 de Setembro de 2004, no processo C-404/04 P, ou até à data determinada pelo presidente do Tribunal de Justiça, e, subsidiariamente, a tomada de qualquer outra medida ou medida complementar que o presidente do Tribunal de Justiça considere necessária ou apropriada.

Antecedentes do presente pedido de medidas provisórias

2 Na decisão recorrida, a Comissão concluiu que a República Federal da Alemanha tinha concedido à requerente um auxílio incompatível com o mercado comum, num montante de 4 milhões de DEM. No artigo 2.º da referida decisão, ordenou que esse Estado-Membro reclamasse de imediato o reembolso desse auxílio.

3 A requerente pediu ao Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias a anulação da decisão recorrida. No decurso da instância, o presidente do Tribunal de Primeira Instância deferiu, por várias vezes, pedidos de medidas provisórias que tiveram essencialmente por efeito a suspensão da obrigação de reembolsar a soma controvertida até ao fim do processo no Tribunal de Primeira Instância, na condição, no entanto, de a requerente reembolsar parte dessa soma, o que efectivamente fez (v. despachos do presidente do Tribunal de Primeira Instância de 4 de Abril de 2002, Technische Glaswerke Ilmenau/Comissão, T-198/01 R, Colect., p. II-2153, de 1 de Agosto de 2003, Technische Glaswerke Ilmenau/Comissão, T-198/01 R II, Colect., p. II-2895, e de 12 de Maio de 2004, Technische Glaswerke Ilmenau/Comissão, T-198/01 R III, Colect., p. II-0000).

4 Tendo o Tribunal de Primeira Instância negado provimento ao recurso quanto ao mérito por acórdão de 8 de Julho de 2004, Technische Glaswerke Ilmenau/Comissão (T-198/01, Colect., p. II-0000, a seguir «acórdão recorrido»), a requerente interpôs recurso deste acórdão em 22 de Setembro de 2004. É no âmbito deste último recurso que a requerente pede também, essencialmente, a suspensão da decisão recorrida até ao termo do processo no Tribunal de Justiça.

5 Os antecedentes do presente pedido de medidas provisórias resultam, de forma mais detalhada, dos n.os 7 a 28 do acórdão recorrido:

«7 A Technische Glaswerke Ilmenau GmbH é uma sociedade alemã que tem a sua sede em Ilmenau, no *Land* da Turíngia. A sociedade exerce as suas actividades no sector vidreiro.

8 A recorrente foi constituída em 1994 pelo casal Geiß, com o objectivo de retomar quatro das doze linhas de produção de vidro da antiga sociedade Ilmenauer Glaswerke GmbH (a seguir 'IGW'), cuja liquidação fora decidida pelo Treuhandanstalt (organismo de direito público responsável pela reestruturação das empresas da antiga República Democrática Alemã, posteriormente transformado no Bundesanstalt für vereinigungsbedingte Sonderaufgaben, organismo federal para os assuntos relacionados com a reunificação, a seguir 'BvS'). As linhas de produção em causa provinham de bens nacionalizados da Volkseigener Betrieb Werk für Technisches Glas Ilmenau, que era, no período anterior à reunificação alemã, o centro de produção de vidro da antiga República Democrática Alemã.

9 A venda das quatro linhas de produção pela IGW à recorrente foi realizada em duas etapas, a saber, por um primeiro contrato de 26 de Setembro de 1994 [a seguir 'asset deal 1' (acordo de cessão de activos)], aprovado pelo Treuhandanstalt em Dezembro de 1994, e por um segundo contrato de 11 de Dezembro de 1995 (a seguir 'asset deal 2'), aprovado pelo BvS em 13 de Agosto de 1996.

10 Segundo o asset deal 1, o preço de venda das três primeiras linhas de produção ascendia, no total, a 5,8 milhões de marcos alemães (DEM) [2 965 493 euros (EUR)] e devia ser pago em três prestações, cada uma em 31 de Dezembro dos anos de 1997, 1998 e 1999. O pagamento era garantido por uma hipoteca de 4 milhões de DEM (2 045 168 EUR) e por uma garantia bancária de 1,8 milhões de DEM (920 325 EUR).

11 É facto assente que nenhuma dessas três prestações foi paga.

12 Por força do asset deal 2, a quarta linha de produção foi igualmente vendida pela IGW à recorrente pelo preço de 50 000 DEM (25 565 EUR).

13 É igualmente facto assente que a recorrente teve problemas de tesouraria em 1997. Tendo em conta essas dificuldades, encetou negociações com o BvS. Estas conduziram à celebração de um contrato, em 16 de Fevereiro de 1998, pelo qual o BvS aceitou reduzir o preço de venda estabelecido no asset deal 1 em 4 milhões de DEM (a seguir 'dispensa de pagamento').

14 Por carta de 1 de Dezembro de 1998, a República Federal da Alemanha notificou à Comissão diversas medidas destinadas à consolidação financeira da recorrente, entre as quais a dispensa de pagamento. Uma parte desta notificação incidia sobre um plano de reestruturação da recorrente para o período entre o ano de 1998 e o ano de 2000, compreendendo, nomeadamente, a procura de um novo investidor privado que pudesse entrar com uma contribuição no valor de 3 850 000 DEM (1 968 474 EUR).

15 Através da carta SG (2000) D/102831, de 4 de Abril de 2000, a Comissão deu início ao procedimento formal de exame previsto no artigo 88.°, n.° 2, CE. Considerou que as autoridades alemãs tinham possivelmente concedido diversos auxílios estatais no quadro do asset deal 1 e do asset deal 2. Esses alegados auxílios são descritos na comunicação publicada no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias* de 29 de Julho de 2000 [Convite para apresentação de observações, nos termos do n.° 2 do artigo 88.° do Tratado CE, relativamente ao auxílio C 19/2000 (ex NN 147/98) — Auxílio a favor da Technische Glaswerke Ilmenau GmbH — Alemanha (JO C 217, p. 10)], na qual a Comissão concluía

provisoriamente que duas das medidas em questão podiam ser consideradas auxílios incompatíveis com o mercado comum, a saber, a dispensa de pagamento e um empréstimo do Aufbaubank da Turíngia (TAB), no montante de 2 milhões de DEM (1 015 677 EUR), concedido em 30 de Novembro de 1998 à recorrente, ao abrigo do regime de auxílios NN 74/95 [aprovado pela Decisão SG (96) D/1946].

16 Por carta recebida em 7 de Julho de 2000, a República Federal da Alemanha apresentou à Comissão as suas observações relativas ao início do procedimento formal de exame. Em sua opinião, a dispensa de pagamento não constituía um auxílio de Estado, correspondendo, ao invés, ao comportamento de um credor privado que procura cobrar o seu crédito numa situação em que a exigência integral do preço de venda conduziria provavelmente à falência da recorrente.

17 Após ter adquirido conhecimento da comunicação de 29 de Julho de 2000, a recorrente apresentou, em 28 de Agosto de 2000, as suas observações à Comissão. Pediu a esta que lhe desse acesso à parte não confidencial do processo e, em seguida, a possibilidade de apresentar novas observações.

18 Por carta de 11 de Outubro de 2000, o BvS concedeu prazos à recorrente para o pagamento do crédito correspondente ao preço fixado no asset deal 1, a saber, 1,8 milhões de DEM, bem como para o pagamento dos juros vencidos entre 1 de Janeiro de 1998 e 20 de Junho de 2000, que ascendem a 198 800 DEM (101 645 EUR). O BvS fixou os novos prazos de pagamento em 31 de Dezembro dos anos de 2003 a 2005, em relação aos quais não pediu juros suplementares. Foi assim estabelecido que seria reembolsado um montante de 666 600 DEM (340 827 EUR) em cada uma destas datas.

19 Por comunicação de 20 de Novembro de 2000, a República Federal da Alemanha apresentou à Comissão as suas observações em relação às observações apresentadas em 28 de Setembro de 2000 pela empresa Schott Glas, uma concorrente da recorrente, à Comissão, no quadro do procedimento formal de exame.

20 Em 27 de Fevereiro de 2001, a República Federal da Alemanha transmitiu à Comissão, em anexo à sua comunicação, uma cópia do relatório do perito Arnold, técnico de contas, com data de 24 de Novembro de 2000, sobre a situação e as perspectivas de rentabilidade da recorrente (a seguir 'relatório Arnold').

21 Em 12 de Junho de 2001, a Comissão adoptou a decisão [recorrida]. Tendo expressamente renunciado a examinar, no quadro do mesmo procedimento formal de exame, outros potenciais auxílios, como a novação da garantia bancária de 1,8 milhões de DEM, constituída no quadro do asset deal 1, através da sua substituição por uma dívida hipotecária subordinada ('nachrangige Grundschuld') e o diferimento do pagamento do crédito correspondente ao preço de aquisição fixado neste contrato para 2003 (considerandos 42, 64 e 65 da decisão controvertida), a Comissão chegou à conclusão de que a dispensa de pagamento não teria sido aceite por um credor privado, constituindo, ao invés, um auxílio de Estado, na acepção do artigo 87.°, n.° 1, CE, incompatível com o mercado comum.

22 A Comissão considerou, por três ordens de razões (considerandos 76 a 80 da decisão recorrida), que o BvS não agiu como um credor privado ao conceder a dispensa de pagamento. Mesmo que o asset deal 2 estivesse subordinado à dispensa de pagamento, nada indicava, segundo a decisão recorrida, que a operação realizada ao abrigo daquele era menos onerosa do que a que consistiria em exigir o pagamento integral do preço inicialmente acordado com renúncia ao asset deal 2 (considerando 81). Por outro lado, a Comissão rejeitou

o argumento apresentado pela recorrente, segundo o qual, tendo em conta a redução pelo *Land* da Turíngia dos subsídios prometidos, a dispensa de pagamento constituía apenas um ajustamento do contrato de privatização. De facto, a Comissão considerou que o BvS e o *Land* da Turíngia constituíam, para qualquer efeito, pessoas colectivas distintas (considerando 82). A Comissão deduziu deste facto que o BvS não agiu no intuito de preservar os seus interesses financeiros, mas no de assegurar a sobrevivência da recorrente (considerando 83).

23 Segundo a decisão recorrida, a dispensa de pagamento não podia beneficiar de uma derrogação como auxílio *ad hoc* à reestruturação, pois as condições fixadas nas orientações comunitárias relativas aos auxílios estatais de emergência e à reestruturação concedidos a empresas em dificuldade não estavam preenchidas. Em particular, o plano de reestruturação da recorrente não se baseava em hipóteses realistas e o restabelecimento da sua viabilidade a longo prazo era duvidoso (considerandos 92 a 97).

24 A Comissão lembrou a condição imposta aos auxílios à reestruturação segundo a qual o plano de reestruturação deve prever medidas para atenuar, tanto quanto possível, as consequências desfavoráveis que deles podem resultar para os concorrentes (considerandos 98 a 101). Mas, não obstante as observações de um concorrente da recorrente que referem 'a existência de um excedente de capacidade nalguns segmentos de mercado nos quais a [recorrente] opera', concluiu que, segundo as informações de que dispunha, não existia 'um excedente de capacidade no conjunto do mercado' (considerando 101).

25 Finalmente, a Comissão considerou que a condição relativa à proporcionalidade do auxílio não estava preenchida, na medida em que não existia qualquer contribuição de um investidor privado na acepção das orientações acima referidas (considerandos 101 a 107). Além disso, reconhecendo que, segundo o mesmo concorrente, a recorrente vendia sistematicamente produtos abaixo do preço de mercado ou até abaixo do preço de custo e beneficiara, com carácter constante, de injecções de liquidez destinadas a colmatar as suas perdas, a

Comissão afirmou não ser possível excluir que a recorrente tenha aplicado os fundos recebidos em actividades que provocaram distorções de concorrência no mercado e que não estavam ligadas ao processo de reestruturação (considerando 103). A Comissão concluiu que renúncia parcial à cobrança do preço não era, portanto, compatível com o mercado comum (considerando 109).

26 Nos termos dos artigos 1.º e 2.º da decisão recorrida:

'Artigo primeiro

O auxílio estatal concedido pela [República Federal da] Alemanha a favor da Technische Glaswerke Ilmenau GmbH, [sob a forma de uma renúncia parcial à cobrança do preço de aquisição,] no montante de 4 000 000 [DEM], no quadro do asset deal 1, celebrado em 26 de Setembro de 1994, não é compatível com o mercado comum.

Artigo 2.º

1. A [República Federal da] Alemanha tomará todas as medidas necessárias para recuperar junto do beneficiário o auxílio referido no artigo 1.º e [que lhe foi] ilegalmente concedido.

2. A recuperação deve ter lugar de imediato e em conformidade com os procedimentos de direito alemão, desde que estes permitam uma execução imediata e efectiva da presente decisão. O auxílio a recuperar inclui juros [no

período compreendido entre a] data em que foi colocado à disposição do beneficiário até à data da sua recuperação. Os juros são calculados com base na taxa de referência utilizada para o cálculo do equivalente subvenção líquido no âmbito dos auxílios com finalidade regional.'

27 A recorrente reconhece ter tido conhecimento da decisão recorrida em 19 de Junho de 2001, quando os representantes do BvS lhe remeteram uma cópia da mesma.

28 Por carta de 23 de Agosto de 2001, a República Federal da Alemanha informou a Comissão de que, sob reserva do acordo desta, tinha a intenção de diferir a recuperação do auxílio controvertido, a fim de não comprometer as negociações iniciadas entre a recorrente e um potencial novo investidor.»

Tramitação no Tribunal de Justiça e pedidos das partes

6 Na sequência do acórdão recorrido, o BvS, por carta de 8 de Julho de 2004, pediu à requerente o reembolso do montante da dispensa de pagamento, acrescido de juros e deduzidos os pagamentos já efectuados nos termos dos despachos do presidente do Tribunal de Primeira Instância referidos no n.º 3 do presente despacho, ou seja, um montante total de 2 212 027,04 EUR. No entanto, o BvS afirmou que se abstinha de adoptar medidas com vista à execução forçada da obrigação de reembolso até ao indeferimento de um eventual pedido de medidas provisórias com vista à suspensão da execução da decisão recorrida, desde que a requerente apresentasse tal pedido antes de determinada data.

7 Nestas condições, a requerente apresentou por requerimento separado, nos termos dos artigos 242.º CE e 243.º CE, um pedido de medidas provisórias, com vista:

1) À suspensão da execução do artigo 2.º da decisão recorrida,

— até que o Tribunal de Justiça tenha decidido definitivamente o recurso interposto pela requerente, em 22 de Setembro de 2004, no processo C-404/04 P,

— ou até à data determinada pelo presidente do Tribunal de Justiça;

2) Subsidiariamente, à concessão de qualquer outra medida ou medida complementar que o presidente do Tribunal de Justiça considere necessária ou apropriada;

3) A reservar para final a decisão quanto às despesas.

8 A Comissão pede o indeferimento desse pedido de medidas provisórias e a condenação da requerente nas despesas.

9 A Schott, cuja intervenção em apoio dos pedidos da Comissão foi admitida por despacho de 15 de Maio de 2002 do presidente da Quinta Secção alargada do Tribunal de Primeira Instância, pede o indeferimento do referido pedido e a condenação da requerente nas despesas, incluindo as suportadas por esta sociedade; subsidiariamente, pede ao presidente do Tribunal de Justiça que reserve para final a decisão sobre as despesas até que seja proferida decisão quanto ao mérito.

Quanto ao pedido de medidas provisórias

10 Em conformidade com jurisprudência assente, as medidas provisórias só podem ser concedidas pelo juiz das medidas provisórias se se demonstrar, à primeira vista, que a sua concessão se justifica de facto e de direito (*fumus boni juris*) e que são urgentes, no sentido de que é necessário, para evitar que os interesses do requerente sejam prejudicados de forma grave e irreparável, que sejam decretadas e produzam os seus efeitos antes da decisão no processo principal. O juiz das medidas provisórias procede igualmente, sendo caso disso, à ponderação dos interesses em presença (v., designadamente, despacho de 23 de Fevereiro de 2001, Áustria/Conselho, C-445/00 R, Colect., p. I-1461, n.º 73).

11 Os requisitos acima referidos são cumulativos, de modo que as medidas provisórias devem ser recusadas se um deles não estiver preenchido [v., designadamente, despacho de 27 de Setembro de 2004, Comissão/Akzo e Akcros, C-7/04 P(R), Colect., p. I-8739, n.º 28].

Considerações preliminares

12 Em primeiro lugar, há que referir que o facto de as medidas provisórias pedidas terem por objecto a suspensão da decisão recorrida e irem assim para além da suspensão da execução do acórdão recorrido não torna o presente pedido de medidas provisórias inadmissível.

13 Embora seja verdade que, no âmbito do artigo 242.º CE, as medidas pedidas não podem, em princípio, exceder o âmbito formal do recurso em que se enxertam, há

também que referir que, por força de jurisprudência assente, um pedido de suspensão da execução não se concebe, salvo circunstâncias excepcionais, contra uma decisão negativa, uma vez que a concessão da suspensão não pode ter como efeito a modificação da situação do requerente (v. despacho de 21 de Fevereiro de 2002, Front National e Martinez/Parlamento, C-486/01 P-R e C-488/01 P-R, Colect., p. I-1843, n.º 73 e jurisprudência aí referida).

14 Sendo o acórdão recorrido equiparável a uma decisão negativa na medida em que, por seu intermédio, o Tribunal de Primeira Instância negou provimento ao recurso na sua totalidade, e tendo em conta o facto de que a obrigação de reembolso do montante controvertido resulta da decisão recorrida, razões relativas ao direito a uma tutela jurisdicional efectiva, explicadas em detalhe no despacho de 31 de Julho de 2003, Le Pen/Parlamento (C-208/03 P-R, Colect., p. I-7939, n.^{os} 78 a 88), exigem, no caso vertente, que o pedido de suspensão de execução da decisão recorrida da requerente seja admissível.

15 Há que acrescentar que o presente pedido de medidas provisórias se baseia igualmente no artigo 243.º CE, disposição por força da qual o Tribunal de Justiça pode ordenar as medidas provisórias necessárias nos processos submetidos à sua apreciação.

16 No entanto, o facto de o pedido de medidas provisórias ter por objectivo a concessão da suspensão da execução da decisão recorrida, e não a do acórdão recorrido, tem consequências quanto à apreciação da existência de *fumus boni juris*.

17 Com efeito, por muito sólidos que possam ser os fundamentos e argumentos invocados pela requerente contra o acórdão recorrido, não podem bastar para justificar juridicamente, à primeira vista, a suspensão da execução da decisão recorrida. Para demonstrar que o requisito relativo ao *fumus boni juris* está

preenchido, a requerente devia conseguir, além disso, deixar transparecer que os fundamentos e argumentos invocados contra a legalidade da referida decisão, no quadro do recurso de anulação, são susceptíveis de justificar, à primeira vista, a concessão da suspensão pedida (despacho Le Pen/Parlamento, já referido, n.º 90).

18 Em segundo lugar, relativamente aos antecedentes do presente processo, há que indicar que resulta do primeiro dos despachos de pedido de medidas provisórias, referidos no n.º 3 do presente despacho, designadamente dos seus n.^{os} 79, 87 e 88, que o presidente do Tribunal de Primeira Instância declarou que o primeiro e o terceiro fundamento invocados pela requerente no seu recurso principal não parecem desprovidos de fundamento. Além disso, no âmbito da ponderação dos interesses, decidiu, ao mesmo tempo que salientava que o interesse comunitário deve normalmente, se não quase sempre, ter prioridade sobre o do beneficiário do auxílio, de evitar a execução da obrigação de reembolsar esta última antes da prolação do acórdão que conhecerá de mérito, que havia «circunstâncias excepcionais e altamente específicas no presente processo que pendem a favor da concessão das medidas provisórias», tal como resulta do n.º 118 do referido despacho. No entanto, o Tribunal de Primeira Instância, no processo principal, julgou improcedentes todos os fundamentos invocados pela requerente.

19 Por conseguinte, no que respeita ao presente pedido de medidas provisórias, a apreciação do requisito relativo à existência de *fumus boni juris* deve ter em conta a circunstância de que a decisão recorrida já foi analisada, tanto no que respeita à matéria de facto como à questão jurídica, por um órgão jurisdicional comunitário, e que este último decidiu que o recurso interposto dessa decisão não era procedente.

20 Em terceiro lugar, a necessidade de alegar, no âmbito do presente pedido de medidas provisórias, os fundamentos de direito que parecem, à primeira vista, especialmente sérios resulta igualmente do facto de esses fundamentos deverem ser susceptíveis, por um lado, de alterar a apreciação do Tribunal de Primeira Instância quando

decidiu do mérito dos argumentos invocados pela requerente e, por outro, de confirmar a apreciação através da qual o presidente do Tribunal de Primeira Instância admitiu a existência, no presente processo, de circunstâncias excepcionais e muito específicas.

Quanto ao fumus boni juris

21 A requerente agrupou os fundamentos que invoca, em cinco rubricas, a saber, alteração dos pressupostos que estão na base do negócio («Wegfall der Geschäftsgrundlage»), o critério do credor privado, a determinação incorrecta do montante do auxílio, o plano de reestruturação e a inexistência de comunicação à República Federal da Alemanha das respostas da interveniente.

Quanto aos fundamentos relativos à alteração dos pressupostos que estão na base do negócio

22 No âmbito da sua argumentação relativa à alteração dos pressupostos que estão na base do negócio, a requerente invoca sete fundamentos. Qualifica dois deles de fundamentos de mérito, sendo os outros cinco relativos a alegados vícios processuais no Tribunal de Primeira Instância. Pelas razões expostas no n.º 17 do presente despacho, os vícios processuais invocados não serão analisados no âmbito do presente processo de medidas provisórias.

23 Através do primeiro fundamento de mérito, a requerente alega que o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro de direito ao admitir que a fundamentação, enunciada pela Comissão na decisão recorrida, para justificar a não tomada em consideração da alteração dos pressupostos que estão na base do negócio, era conforme às exigências do artigo 253.º CE.

24 Através do segundo fundamento de mérito, alega que o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro de direito ao decidir que a rejeição, na decisão recorrida, da sua argumentação relativa à alteração dos pressupostos que estão na base do negócio, não resultava de um erro de apreciação, à luz do artigo 87.°, n.° 1, CE, cometido pela Comissão.

25 Estes dois fundamentos, que há que analisar em conjunto, são essencialmente baseados num erro que o Tribunal de Primeira Instância terá cometido ao não censurar a Comissão, quando esta última, por um lado, recusou admitir que a dispensa de pagamento era a consequência lógica da alteração dos pressupostos que estão na base do negócio e, por outro, fundamentou insuficientemente a decisão recorrida quanto a esse ponto.

26 No n.° 82 dos fundamentos da referida decisão, a Comissão declarou, no que respeita à alegada alteração dos pressupostos que estão na base do negócio, que o BvS e o *Land* da Turíngia eram pessoas colectivas distintas e daí deduziu que o argumento invocado pela requerente, segundo o qual a dispensa de pagamento apenas constituía, tendo em conta a diminuição dos auxílios prometidos por esse *Land*, um ajustamento do contrato de privatização, não podia ser aceite.

27 No acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância interpretou essa declaração no sentido de que a Comissão considerou que a argumentação da requerente era irrelevante a esse respeito. Referiu que o auxílio alegadamente prometido pelo *Land* da Turíngia era um auxílio ao investimento integrado no 23.° plano-quadro da missão de interesse comum «Melhoria da estrutura económica e regional», a saber, um regime de auxílios ao investimento de carácter regional, ao passo que a dispensa de pagamento não estava integrada neste regime específico e não podia, portanto, ser apreciada pela Comissão à luz das disposições deste último. Além disso, segundo o Tribunal de Primeira Instância, a atribuição deste alegado auxílio ao investimento inclui-se nas competências autónomas do *Land* da Turíngia, e não nas do BvS. Em seguida, o Tribunal de Primeira Instância concluiu que, nestas circunstâncias, não é

possível considerar que a Comissão cometeu um erro de apreciação ao rejeitar o argumento baseado no direito à modificação do asset-deal 1, pelo facto de o BvS e o *Land* da Turíngia serem pessoas colectivas distintas, mesmo que este último tenha efectivamente prometido à requerente o referido auxílio ao investimento (v. acórdão recorrido, n.os 70 a 77).

28 O Tribunal de Primeira Instância acrescentou que, em todo o caso, a requerente não apresentou, nos seus articulados, prova bastante de que o *Land* da Turíngia tinha efectivamente prometido conceder-lhe um auxílio ao investimento no valor de 4 milhões de DEM. Na falta de tal prova, considerou que a premissa em que assentava a argumentação da requerente sobre a existência de uma promessa de auxílio ao investimento do referido *Land* não estava fundada e que, portanto, não era necessário analisar os argumentos da requerente a respeito do conceito de modificação dos contratos em razão da alteração dos pressupostos que estão na base do negócio, nem determinar se esta alegada promessa de auxílio estava integrada no 23.º plano-quadro (v. acórdão recorrido, n.os 78 a 86).

29 No Tribunal de Justiça, a requerente alegou que a questão de saber se o *Land* da Turíngia tinha ou não prometido o referido auxílio não é importante. Na sua opinião, o elemento decisivo reside no facto de que, na celebração do contrato de compra e venda, ambas as partes presumiram que o apoio concedido por esse *Land* seria maior.

30 A Comissão, que qualifica essa argumentação de nova em relação àquela que a requerente tinha apresentado no Tribunal de Primeira Instância, alega que acolher essa argumentação equivale, na prática, a acabar com o sistema de fiscalização dos auxílios de Estado, tal como previsto no Tratado. Com efeito, bastaria que a autoridade pública e o destinatário do auxílio indicassem que tinham ambos partido do princípio de que um terceiro contribuiria financeiramente para a compra e que, no caso mais que provável de esse terceiro não efectuar essa contribuição, procederiam a uma dispensa de pagamento para subtrair esse auxílio do regime de fiscalização previsto no direito comunitário.

31 É certo que excede o âmbito do presente pedido de medidas provisórias decidir quanto à questão de saber se e, sendo caso disso, de que forma um conceito do direito nacional, como o da alteração dos pressupostos que estão na base do negócio, pode ser aplicado ao regime de fiscalização dos auxílios de Estado.

32 No entanto, tal análise não é necessária nesta fase do processo, por não existirem elementos suficientes que permitam concluir, à primeira vista, pela existência de um dos requisitos exigidos para a aplicação, no caso vertente, do conceito de alteração dos pressupostos que estão na base do negócio.

33 Com efeito, segundo os articulados da requerente, a aplicação do referido conceito baseia-se na premissa de que tanto o BvS como a requerente tinham partido do princípio de que seria concedido maior apoio pelo *Land* da Turíngia. Ora, no que respeita ao BvS, não parece que essa premissa esteja demonstrada.

34 A esse respeito, há que referir, tal como o Tribunal de Primeira Instância recordou no n.º 75 do acórdão recorrido, que essa dispensa de pagamento «foi concedida à requerente pelo BvS, um organismo federal de gestão fiduciária, com o objectivo de lhe permitir fazer face às dificuldades financeiras em que se encontrava e de restaurar a sua viabilidade, e não para apoiar a economia regional do *Land* da Turíngia, objectivo prosseguido pelo 23.º plano-quadro».

35 Além disso, o Tribunal de Primeira Instância referiu, no n.º 16 do referido acórdão, que, quando a República Federal da Alemanha apresentou à Comissão as suas observações relativas ao início do procedimento formal de exame, indicou que «a dispensa de pagamento não constituía um auxílio de Estado, correspondendo, ao invés, ao comportamento de um credor privado que procura cobrar o seu crédito numa situação em que a exigência integral do preço de venda conduziria provavelmente à falência da recorrente».

36 Trata-se de questões de facto que não relevam da fiscalização do Tribunal de Justiça. Com efeito, só o Tribunal de Primeira Instância é competente, por um lado, para apurar os factos, salvo no caso de uma inexactidão material das suas conclusões resultar dos elementos do processo que lhe foi submetido, e, por outro, para apreciar esses factos. A apreciação dos factos não constitui, portanto, excepto em caso de desvirtuação dos elementos que lhe foram submetidos, uma questão de direito sujeita, como tal, à fiscalização do Tribunal de Justiça no âmbito do recurso de uma decisão do Tribunal de Primeira Instância (v., designadamente, acórdão de 11 de Fevereiro de 1999, Antillean Rice Mills e o./Comissão, C-390/95 P, Colect., p. I-769, n.º 29, e despacho Front National e Martinez/Parlamento, já referido, n.º 84).

37 Por último, no que respeita à fundamentação exposta pela Comissão na decisão recorrida, há que referir que não se pode pedir a esta instituição que fundamente igualmente a sua decisão de forma detalhada para responder a argumentos que considera irrelevantes ou apenas pouco relevantes.

38 Nestas condições, há que concluir que, através dos fundamentos relativos à alteração dos pressupostos que estão na base do negócio e ao carácter alegadamente insuficiente da fundamentação da decisão recorrida quanto a esse ponto, a requerente não produz a prova que lhe incumbe no que respeita ao *fumus boni juris*.

Quanto ao fundamento relativo ao critério do credor privado

39 Através desse fundamento, a requerente alega, essencialmente, por um lado, que o Tribunal de Primeira Instância afastou, de forma errada, a invocada violação do dever de fundamentação da decisão recorrida no que respeita à resposta dada pela Comissão ao argumento relativo ao comportamento que teria adoptado um credor privado para fazer face às dificuldades encontradas pela requerente e, por outro, que respondeu de forma inadequada à argumentação avançada a este respeito pela requerente.

40 Para além do facto de que a requerente apenas retoma, com este fundamento, em larga medida, argumentos que já apresentou ao Tribunal de Primeira Instância, há que referir que a decisão recorrida contém, nos n.^{os} 76 a 83, uma fundamentação que parece, à primeira vista, ser suficientemente detalhada para deixar transparecer, tal como exige a jurisprudência assente, de forma clara e inequívoca, o raciocínio da instituição, autora do acto, de forma a permitir aos interessados conhecer as razões da medida adoptada e ao órgão jurisdicional competente exercer a sua fiscalização (v., nomeadamente, acórdãos de 2 de Abril de 1998, Comissão/Sytraval e Brink's France, C-367/95 P, Colect., p. I-1719, n.º 63, e de 22 de Março de 2001, França/ /Comissão, C-17/99, Colect., p. I-2481, n.º 35).

41 Tendo em conta esta jurisprudência, não parece que, com o presente fundamento, a requerente produza a prova que lhe incumbe no que respeita ao *fumus boni juris*.

Quanto ao fundamento relativo à errada determinação do montante do auxílio

42 Através deste fundamento, a requerente alega que o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro de direito ao afastar a sua argumentação segundo a qual a Comissão exigiu erradamente a restituição integral do montante da dispensa de pagamento, quando o elemento constitutivo do auxílio, supondo que se trata de um auxílio, era efectivamente inferior ao montante da dispensa de pagamento. O raciocínio seguido pelo Tribunal de Primeira Instância ignora que, se fosse plausível que um credor privado não aceitasse uma dispensa de pagamento comparável à concedida pelo BvS, tal credor teria, de qualquer forma, tomado em consideração a eventualidade da falência da requerente e os custos suplementares que daí resultariam e, portanto, ter-se-ia pronunciado por um ajustamento correspondente, de menor extensão, do preço de compra.

43 Remetendo para a jurisprudência do Tribunal de Justiça, o Tribunal de Primeira Instância referiu, nomeadamente, a esse respeito, que a supressão de um auxílio ilegal mediante recuperação é a consequência lógica da verificação da sua ilegalidade e que, por conseguinte, a recuperação integral de um auxílio ilegalmente concedido, com vista ao restabelecimento da situação anterior, não pode, em princípio, ser considerada uma medida desproporcionada relativamente aos objectivos das disposições do Tratado em matéria de auxílios de Estado (v., designadamente, acórdão de 14 de Janeiro de 1997, Espanha/Comissão, C-169/95, Colect., p. I-135, n.º 47).

44 Por conseguinte, há que concluir que a requerente não produziu, com o presente fundamento, a prova que lhe incumbia relativa ao *fumus boni juris*.

Quanto ao fundamento relativo à não tomada em consideração do plano de reestruturação alterado

45 Através deste fundamento, a requerente alega que o Tribunal de Primeira Instância devia ter censurado a Comissão pelo facto de esta não ter tomado em consideração, quando adoptou a sua decisão, o plano de reestruturação alterado, elaborado em 2001 e que substituiu o de 1998.

46 Contudo, na apresentação que faz do raciocínio seguido pelo Tribunal de Primeira Instância para afastar esse fundamento, a requerente não indica que o Tribunal de Primeira Instância recordou, no n.º 158 do acórdão recorrido, que as autoridades alemãs tinham indicado, na sua comunicação de 27 de Fevereiro de 2001 dirigida à Comissão, que, «todavia, o governo federal parte da ideia de que, com base no comportamento característico de mercado do BvS, a Comissão pode concluir o

procedimento sem examinar as modificações do plano de reestruturação que deverão ainda ser acordadas em pormenor».

47 Nada se opõe, à primeira vista, a que essa constatação de facto seja por si só considerada suficiente para justificar que a Comissão podia, segundo as indicações dadas pelo próprio Governo alemão, basear-se no plano de reestruturação de 1998.

48 Por conseguinte, há que concluir que a requerente não produziu, com o presente fundamento, a prova que lhe incumbia relativamente ao *fumus boni juris*.

Quanto ao fundamento relativo à não comunicação à República Federal da Alemanha das respostas da interveniente

49 Através deste fundamento, a requerente alega que o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro de direito ao decidir que a violação dos direitos de defesa que tinha invocado e que resultava da não comunicação à República Federal da Alemanha das respostas da interveniente não tinha importância bastante para que a inobservância desses direitos fosse susceptível, em si mesma, de conduzir à anulação da decisão recorrida.

50 Ora, nos termos de jurisprudência assente, segundo a qual tal violação dos direitos de defesa só justifica uma anulação se, não se verificando tal irregularidade, o

processo pudesse levar a um resultado diferente (v., designadamente, acórdão de 5 de Outubro de 2000, Alemanha/Comissão, C-288/96, Colect., p. I-8237, n.º 101), e na falta de elementos que permitam concluir, à primeira vista, que a não comunicação dos elementos em causa influiu no teor da decisão recorrida, há que referir que a requerente não produz, com o presente fundamento, a prova que lhe incumbe relativa ao *fumus boni juris.*

51 Resulta do exposto que a requerente não conseguiu demonstrar através de nenhum dos fundamentos invocados a existência de *fumus boni juris* que responda aos requisitos especificados nos n.^{os} 12 a 20 do presente despacho e susceptível de justificar a suspensão da decisão recorrida.

52 Nestas condições, o pedido de suspensão da execução da decisão recorrida ou de concessão de outras medidas provisórias não pode deixar de ser indeferido.

Pelos fundamentos expostos, o presidente do Tribunal de Justiça decide:

1) O pedido de medidas provisórias é indeferido.

2) Reserva-se para final a decisão quanto às despesas.

Assinaturas.