DESPACHO DA PRESIDENTE DA QUARTA SECÇÃO ALARGADA DO TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

2 de Abril de 1998 *

No processo T-86/96 R,

Arbeitsgemeinschaft Deutscher Luftfahrt-Unternehmen, associação sem personalidade jurídica, de direito alemão, com sede em Bona, composta pelos seguintes membros:

— **Aero Lloyd Flugreisen GmbH & Co. Luftverkehrs-KG,** sociedade de direito alemão, com sede em Oberursel (Alemanha),

— **Air Berlin GmbH & Co. Luftverkehrs KG,** sociedade de direito alemão, com sede em Berlim,

— **Condor Flugdienst GmbH,** sociedade de direito alemão, com sede em Kelsterbach (Alemanha),

— **Germania Fluggesellschaft mbH,** sociedade de direito alemão, com sede em Berlim,

— **Hapag-Lloyd Fluggesellschaft mbH,** sociedade de direito alemão, com sede em Langenhagen (Alemanha),

* Língua do processo: alemão.

— **LTU Lufttransport Unternehmen GmbH & Co. KG**, sociedade de direito alemão, com sede em Düsseldorf (Alemanha),

e

Hapag-Lloyd Fluggesellschaft mbH, sociedade de direito alemão, com sede em Langenhagen,

representadas por Gerrit Schohe, advogado em Hamburgo, com domicílio escolhido no Luxemburgo no escritório do advogado Marc Baden, 34 b, rue Philippe II,

requerentes,

contra

Comissão das Comunidades Europeias, representada por Paul F. Nemitz, membro do Serviço Jurídico, na qualidade de agente, assistido por Georg Berrisch, advogado em Hamburgo e Bruxelas, com domicílio escolhido no Luxemburgo no gabinete de Carlos Gómez de la Cruz, membro do Serviço Jurídico, Centre Wagner, Kirchberg,

requerida,

que tem por objecto um pedido de medidas provisórias em relação com a Decisão 96/369/CE da Comissão, de 13 de Março de 1996, relativa a um auxílio fiscal na forma de amortização em benefício das companhias aéreas alemãs (JO L 146, p. 42),

A PRESIDENTE DA QUARTA SECÇÃO ALARGADA DO TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS

em substituição do presidente do Tribunal, nos termos dos artigos 106.°, segundo parágrafo, e 9.°, primeiro parágrafo, do Regulamento de Processo,

profere o presente

Despacho

Enquadramento jurídico, factos do caso e tramitação do processo principal

1 Com o presente pedido de medidas provisórias, as requerentes, uma associação de companhias aéreas alemãs e uma empresa membro desta, procuram obter medidas provisórias em relação com uma decisão através da qual a Comissão qualificou como auxílio incompatível com o mercado comum uma regulamentação fiscal alemã que permite efectuar amortizações excepcionais de aeronaves (Decisão 96/369/CE de 13 de Março de 1996, JO L 146, p. 42, a seguir «Decisão»).

2 Para a amortização fiscal de bens cuja duração de utilização ultrapasse um ano, a legislação alemã permite ao contribuinte escolher, em certas condições, entre diferentes sistemas, em especial, entre a amortização de montantes anuais idênticos (a seguir «amortização linear»), por um lado, e a amortização em montantes anuais decrescentes (a seguir «amortização degressiva»), por outro lado.

3 A regulamentação visada pela Decisão e que consta do § 82f do Einkommensteuer--Durchführungsverordnung (regulamento de aplicação relativo ao imposto sobre o rendimento, a seguir «EStDV») é complementar do sistema de amortização linear, excluindo a amortização degressiva. Permite, quanto a categorias determinadas de navios de comércio, barcos de pesca e aeronaves, segundo determinadas modalidades e durante um certo tempo após a aquisição do objecto, proceder a amortizações superiores às previstas no sistema de amortização linear.

4 As aeronaves visadas são aparelhos utilizados para fins comerciais, para transporte internacional de bens e de pessoas ou para outras actividades de prestações de serviços efectuadas no estrangeiro. Deve tratar-se de aeronaves matriculadas na Alemanha, e estas não devem ser objecto de cessão durante um período de seis anos após a sua aquisição. Reunidas estas condições, o § 82f permite proceder, durante o ano da aquisição e no decurso dos quatro anos subsequentes, a uma amortização excepcional de um montante máximo de 30% do custo total da aquisição. O montante desta amortização excepcional pode ser inteiramente utilizado durante o ano da aquisição ou ser distribuído de modo discricionário por todo o período quinquenal acima referido. No caso em apreço, apenas entra em linha de conta este regime relativo às aeronaves.

5 Este remonta a 1965 e não foi objecto de qualquer censura por parte da Comissão, enquanto foi aplicável, após um prolongamento decidido em 1986, até ao fim de 1994. O processo aberto a propósito deste prolongamento foi encerrado (artigo 4.° da Decisão), tendo-o a Comissão aceite *de facto* (secção II, sexto parágrafo, secção IV, primeiro e segundo parágrafos, da Decisão).

6 O presente litígio incide unicamente sobre o prolongamento deste regime para além de 31 de Dezembro de 1994, notificado à Comissão em 8 de Setembro de 1993, depois confirmado em 13 de Setembro seguinte pelos artigos 1.° e 8.° da Standortsicherungsgesetz (lei relativa à melhoria das condições fiscais, para que a Alemanha permaneça, no seio do mercado interno europeu, um lugar de implantação para as empresas; BGBl. I, p. 1569). Este prolongamento devia permitir que os contribuintes envolvidos beneficiassem, desde que respeitassem as condições

acima referidas, de amortizações excepcionais para aeronaves «adquiridas ou construídas antes de 1 de Janeiro de 2000». Este prolongamento só devia, todavia, entrar em vigor, com reserva da aprovação da Comissão (artigo 20.°, n.° 2, da mesma lei).

7 Em 29 de Novembro de 1995, no seguimento do processo administrativo desencadeado contra este segundo prolongamento, a Comissão adoptou a decisão C(95) 3319 final (a seguir «decisão original»). O seu artigo 1.° qualificava-o como auxílio estatal, na acepção dos artigos 92.° do Tratado CE e 61.° do Tratado EEE, incompatível com o mercado comum. Os artigos 2.° e 3.° ordenavam à Alemanha que o suprimisse a partir de 1 de Janeiro de 1995 e que informasse a Comissão, nos dois meses subsequentes à sua notificação, das medidas que tomasse para lhe dar cumprimento.

8 As requerentes interpuseram recurso de anulação desta decisão, inscrito no registo sob o número T-25/96.

9 Em 13 de Março de 1996, a Comissão adoptou a Decisão.

10 Nos termos do seu artigo 5.°, a decisão original é revogada por a versão alemã desta apresentar, de acordo com o último considerando da Decisão, numerosos erros materiais.

11 Na sequência desta revogação e a pedido da Comissão, de 9 de Abril de 1996, o Tribunal (Quarta Secção Alargada) declarou extinta a instância e condenou a Comissão na totalidade das despesas (despacho do Tribunal de Primeira Instância de 14 de Março de 1997, Arbeitsgemeinschaft Deutscher Luftfahrt-Unternehmen e Hapag-Lloyd/Comissão, T-25/96, Colect., p. II-363).

12 Os artigos 1.° a 3.° da Decisão correspondem aos artigos análogos da decisão original. Em especial, o artigo 1.° da Decisão declara que o prolongamento, ora em litígio, do regime alemão constitui um auxílio incompatível com o mercado comum. Os artigos 2.° e 3.° da Decisão contêm as mesmas injunções que os artigos 2.° e 3.° da decisão original (v. n.° 7, *supra*).

13 Por petição entrada na Secretaria do Tribunal em 31 de Maio de 1996, as requerentes interpuseram recurso de anulação da Decisão, na medida em que ela visa esse prolongamento.

14 Por documento entrado em 16 de Setembro de 1996, a Comissão suscitou, simultaneamente com a apresentação da sua contestação, uma questão prévia de inadmissibilidade, que foi junta à questão de mérito por despacho da Quarta Secção Alargada de 8 de Julho de 1997.

15 A fase escrita do processo foi encerrada com a apresentação da tréplica, em 18 de Dezembro de 1997.

Medidas adoptadas pela Alemanha após a introdução do recurso no processo principal

16 Pela Jahressteurgesetz 1997 (a seguir «lei orçamental de 1997»), de 20 de Dezembro de 1996 (BGBl. I, p. 2049), o legislador alemão introduziu uma dupla modificação no § 82f do EStDV. Por um lado, a amortização excepcional passou apenas a poder ser feita em relação a aeronaves adquiridas ou construídas antes de 1 de Janeiro de 1999 (data anterior num ano à data análoga prevista na Standortsicherungsgesetz). Por outro lado, deverá tratar-se de aeronaves cujo contrato de compra ou de construção tenha sido celebrado antes de 25 de Abril de 1996.

17 Uma instrução administrativa de 17 de Fevereiro de 1997 do ministro federal das Finanças dispõe: «Em relação aos aviões, a Comissão Europeia... só autorizou as amortizações excepcionais quando esses aviões tenham sido adquiridos ou construídos antes de 1 de Janeiro de 1995. Amortizações excepcionais em relação a aviões só podem, portanto, ser utilizadas na medida autorizada até ao presente pela Comissão, em derrogação às disposições alteradas pela Jahressteuergesetz 1997.»

O processo de medidas provisórias

18 Por requerimento separado entrado na Secretaria do Tribunal em 10 de Dezembro de 1997, as requerentes apresentaram um pedido de suspensão da execução dos artigos 1.° a 3.° da Decisão ou, subsidiariamente, a adopção de qualquer medida provisória diversa ou suplementar que o juiz das medidas provisórias julgar necessária ou adequada.

19 Nas suas observações escritas entradas na Secretaria do Tribunal em 28 de Janeiro de 1998, a Comissão conclui pelo indeferimento do pedido na sua totalidade.

20 As partes foram ouvidas em alegações orais em 3 de Março de 1998.

21 Durante esta audição, as requerentes desistiram do seu pedido de suspensão da execução da Decisão. Declararam que o seu outro pedido, inicialmente apresentado a título subsidiário, visa a adopção de uma medida positiva pelo juiz das medidas provisórias, com base no artigo 186.° do Tratado CE. Tratar-se-ia de ordenar à Comissão que autorize provisoriamente as autoridades alemãs a aplicarem a medida em litígio, em relação a 1997 e 1998. Esta interpretação resulta dos fundamentos do pedido de medidas provisórias (n.° 55). A título subsidiário, as requerentes pedem que a concessão desta autorização provisória seja ordenada apenas em benefício delas próprias.

22 A Comissão manteve os seus pedidos no sentido do indeferimento.

Questão de direito

23 Nos termos das disposições conjugadas dos artigos 185.° e 186.° do Tratado CE e do artigo 4.° da Decisão 88/591/CECA, CEE, Euratom do Conselho, de 24 de Outubro de 1988, que institui o Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias (JO L 319, p. 1), na redacção dada pela Decisão 93/350/Euratom, CECA, CEE do Conselho, de 8 de Junho de 1993 (JO L 144 p. 21), e pela Decisão 94/149/CECA, CE do Conselho, de 7 de Março de 1994 (JO L 66, p. 29), o Tribunal pode, se entender que as circunstâncias o exigem, ordenar a suspensão da execução do acto impugnado ou as medidas provisórias necessárias.

24 O artigo 104.°, n.° 2, do Regulamento do Processo do Tribunal de Primeira Instância prevê que os pedidos relativos a medidas provisórias devem especificar as razões da urgência, bem como os fundamentos de facto e de direito que, à primeira vista, justificam a adopção da medida provisória requerida. As medidas requeridas devem ter carácter provisório, no sentido de que não devem antecipar a decisão quanto ao mérito (v., em último lugar, despacho do presidente do Tribunal de Primeira Instância de 3 de Março de 1998, Carlsen e o./Conselho, T-610/97 R, Colect., p. II-485, n.° 13).

Argumentação das partes

— Observações preliminares sobre o objectivo do pedido de medidas provisórias

25 Segundo as requerentes, as medidas provisórias solicitadas devem permitir-lhes beneficiar do § 82f do EStDV até ao termo da sua validade, ou seja, para os exercícios fiscais de 1997 e 1998, isto apenas a título provisório, quer dizer, com reserva da recuperação, pela Alemanha, dos montantes indevidamente pagos, se o juiz

comunitário concluir pela existência de um auxílio de Estado. Este objectivo pode ser definitivamente comprometido, dada a duração média dos processos no Tribunal de Primeira Instância e a faculdade de a Comissão interpor recurso do acórdão deste.

— Quanto à admissibilidade do pedido

26 Nas suas observações sobre o pedido de medidas provisórias, a Comissão invoca a inadmissibilidade dos pedidos de adopção de qualquer outra medida provisória ou medida suplementar que o juiz do processo de medidas provisórias considere necessária ou adequada. Não se indicariam de modo suficientemente claro as medidas solicitadas pelas requerentes (v. despacho do presidente do Tribunal de Justiça de 22 de Maio de 1978, Simmenthal/Comissão, 92/78 R, Recueil, p. 1129, n.os 20 e 21), o que impede a Comissão de defender os seus direitos no âmbito das suas observações (artigo 105.°, n.° 1, do Regulamento de Processo) e o juiz do processo de medidas provisórias de verificar se as condições necessárias para a concessão de medidas provisórias estão preenchidas. Na audição, a Comissão acrescentou que os fundamentos alegados não clarificam o teor desses pedidos.

27 Em qualquer caso, através de uma injunção dirigida à Comissão, para que autorize provisoriamente a aplicação do § 82f do EStDV, único meio que permite atingir o objectivo prosseguido pelas requerentes (v. n.° 25, *supra*), o juiz do pedido de medidas provisórias substituir-se-ia erradamente à Comissão e conceder-lhes-ia uma vantagem que as mesmas não podem obter no processo principal (v. despacho do presidente do Tribunal de Primeira Instância de 17 de Dezembro de 1996, Moccia Irme/Comissão, T-164/96 R, Colect., p. II-2261, n.° 29).

28 Na audição, a Comissão manifestou dúvidas quanto à capacidade da autorização provisória requerida para desencadear, à luz do § 20, n.° 2, da Standortsicherungsgesetz (v. n.° 6, *supra*), a aplicação do § 82f, já referido. Esta autorização não poderia obrigar a Alemanha (que, de resto, não submeteu a questão ao juiz de medidas provisórias competente), a aplicar este artigo. O facto de, no estado actual da legislação alemã, as requerentes não poderem pedir a aplicação desta disposição, ainda

que a título provisório ou *a posteriori*, não justifica a apresentação de um pedido dirigido contra a Comissão. Em qualquer caso, a medida pedida deve ser limitada e beneficiar apenas as requerentes.

29 Ainda na audição, as requerentes alegaram, pela sua parte, que o artigo 186.° permite ao juiz do processo de medidas provisórias obrigar a Comissão a adoptar medidas positivas (despacho do presidente do Tribunal de Justiça de 17 de Janeiro de 1980, Pardini/Comissão, 809/79 R, Recueil, p. 139; despacho do presidente da Segunda Secção do Tribunal de Justiça de 5 de Agosto de 1983, CMC/Comissão, 118/83 R, Recueil, p. 2583). O § 20, n.° 2, da Standortsicherungsgesetz e o facto de a Alemanha ter impugnado a Decisão no Tribunal de Justiça (processo C-182/96) mostram que ela aplicará o referido § 82f se a medida solicitada for concedida. Não há justificação para negar, aqui, a protecção jurisdicional, pelo simples motivo de, em conformidade com as disposições aplicáveis, a Alemanha não ter concedido a vantagem em litígio na ausência de uma decisão positiva da Comissão ou de ela própria não ter submetido a questão ao juiz competente para as medidas provisórias.

— Quanto ao *fumus boni juris*

30 Segundo as requerentes, que salientam que o seu recurso no processo principal é admissível, a Decisão é ilegal, em especial, por estar manifestamente viciada de numerosos e graves vícios de fundamentação.

31 Em primeiro lugar, a Comissão não teve em conta três relatórios de peritos que teve ao seu dispor antes da adopção da Decisão, mas que nela não são sequer mencionados. Cada um destes relatórios concluiu, no termo de uma apreciação científica do funcionamento do § 82f do EStDV, que ele não podia conduzir a uma economia de imposto nem a uma vantagem em termos de juros. Estes relatórios constituem, no que diz respeito à qualidade de auxílios do regime instituído por esta disposição, a única fonte de informação científica para a Comissão. Não se

servindo destes relatórios, a Comissão não teve em conta «todos os elementos pertinentes» do caso em apreço (v. acórdãos do Tribunal de Justiça de 13 de Março de 1985, Países Baixos e Leeuwarder Papierwarenfabriek/Comissão, 296/82 e 318/82, Recueil, p. 809, n.° 19, e de 24 de Outubro de 1996, Alemanha e o./Comissão, C-329/93, C-62/95 e C-63/95, Colect., p. I-5151, n.° 32). Esta situação impede os interessados de fazerem valer os seus direitos e o juiz comunitário de fiscalizar a legalidade da Decisão, com um total conhecimento de causa (v., sobre este aspecto, por exemplo, os acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 18 de Setembro de 1995, Tiercé Ladbroke/Comissão, T-471/93, Colect., p. II-2537, n.° 29, e de 28 de Setembro de 1995, Sytraval e Brink's France/Comissão, T-95/94, Colect., p. II-2651, n.° 52).

32 Em segundo lugar, a fundamentação da Decisão está viciada pelo facto de, segundo as requerentes, o § 82f do EStDV ter um efeito «geral» e não «selectivo» e não ser, portanto, constitutivo de um auxílio de Estado na acepção do artigo 92.° do Tratado CE. Todos os cidadãos podem dele beneficiar como investidores, nomeadamente, no âmbito de sociedades alemãs em comandita abertas ao público e cujos resultados fiscais são tributados aos associados (quer dizer, aos comanditários investidores). As mesmas considerações aplicam-se à aquisição de aviões utilizados no transporte remunerado e internacional (por exemplo, a exploração de um «serviço de aviões táxis» transfronteiriço por um particular) e à aquisição de participações sociais em companhias aéreas por pessoas privadas.

33 Em terceiro lugar, as requerentes denunciam, remetendo para a petição e para a réplica no processo principal, outros vícios manifestos de fundamentação, relativos ao facto de a Comissão se ter contentado em fazer afirmações sem as provar, embora o ónus da prova da existência de um auxílio de Estado esteja a seu cargo. Esta questão está sujeita ao pleno controlo do juiz comunitário. Na audição, as requerentes acrescentaram que os relatórios de peritagem acima referidos provam que as disposições alemãs em litígio não são constitutivas desse auxílio.

34 A Comissão considera que o recurso no processo principal é simultaneamente inadmissível e destituído de fundamento. Remete para os seus articulados no processo principal.

— Quanto à urgência

35 As requerentes alegam que a medida requerida é necessária, a fim de lhes evitar um prejuízo grave e irreparável, isto é, a perda definitiva do benefício do § 82f do EStDV.

36 Quanto ao carácter irreparável desse prejuízo, as requerentes expõem que o litígio no processo principal possivelmente só teria uma solução definitiva em 1999. A Comissão, com efeito, poderia retardar esta solução (como já fez retirando a decisão original e adoptando a Decisão, idêntica quanto ao fundo), através de diligências processuais, como pedidos de prorrogação de prazo, e, sobretudo, pela interposição de um recurso.

37 Se, por conseguinte, só se chegasse a uma solução num estádio tão tardio, após o termo do último ano fiscal referido no § 82f do EStDV (v. n.° 25, *supra*), as empresas deixariam definitivamente de poder beneficiar dele, o que retira todo o efeito útil a um eventual acórdão que lhes dê razão.

38 A este respeito, as requerentes alegam, em primeiro lugar, que a escolha entre a amortização degressiva e a amortização linear (única forma que permite recorrer à amortização excepcional) deve ser feita antes de uma certa data. No seu pedido de medidas provisórias, alegam que esta escolha deve ser feita «no ano de aquisição», referindo-se, mais precisamente, à data de encerramento do balanço (31 de Dezembro). Na audição, precisaram, todavia, que a referida escolha se efectua no âmbito da elaboração do balanço fiscal, após o termo do ano da aquisição. A data-limite para a elaboração deste balanço varia segundo o tipo de sociedade em causa. Actualmente, ainda não foi ultrapassada, no que respeita a 1997, em relação a determinadas pequenas sociedades não abertas ao público. Estas sociedades podem, portanto, ainda escolher, em relação a esse ano, entre as duas principais opções em matéria de amortização. Ainda na audição, as requerentes acrescentaram, todavia, que, para poder desempenhar um papel útil na «política» da empresa em matéria de

balanço, esta escolha deve ser feita pela direcção muito antes da data-limite formal, para permitir, em tempo útil, as outras diligências que reflectem esta política.

39 Em segundo lugar, uma vez que a empresa tenha (formalmente) optado por uma amortização degressiva, deixa de poder, segundo a legislação aplicável, passar posteriormente à amortização linear, combinada com a amortização excepcional. O § 82f do EStDV não pode ser aplicado retroactivamente às contas anuais já encerradas e certificadas. Uma correcção retroactiva destas contas seria incompatível com o princípio da sinceridade dos balanços. Do mesmo modo, as requerentes acrescentaram durante a audição que é impossível solicitar a aplicação do referido § 82f de modo provisório. Tal medida contabilística impediria a empresa em questão de obter, em relação ao balanço em causa, o certificado de auditoria necessário. Assim, esta disposição deixou de ter aplicação depois de 1995.

40 Em terceiro lugar, as requerentes não podem ser indemnizadas através da atribuição de um montante em dinheiro, pois a vantagem da aplicação desta disposição não tem, em si mesma, um valor pecuniário. Com efeito, as companhias aéreas em causa não economizam o imposto nem beneficiam de qualquer vantagem em termos de juros no conjunto do período de amortização (os efeitos num único ano não são decisivos, contrariamente à apreciação do Governo alemão desenvolvida no quadro da adopção da lei orçamental de 1997). A referida disposição permite-lhes apenas escolher, em certa medida, a repartição da soma total pelo período de amortização e ter, assim, uma política flexível em matéria de elaboração dos balanços. Estas companhias podem, deste modo, reduzir a variação dos seus resultados anuais, que pode resultar de investimentos em aeronaves, simultaneamente elevados e, devido à sucessão das «gerações» de aparelhos, cíclicos. A presença desses resultados com variações reduzidas constitui um elemento de referência para a confiança que os accionistas, os parceiros sociais e os bancos podem ter na continuidade e na fiabilidade da empresa.

41 A perda desta possibilidade constitui para as empresas em causa um prejuízo económico não apenas irreparável mas também grave e sério.

42 Na audição, as requerentes indicaram que as empresas membros da primeira requerente totalizam, em 1997 e 1998, compras até 50 aeronaves num montante de cerca de 2,5 biliões de USD. A este respeito, precisaram que, embora o *leasing* tenha uma importância cada vez maior na compra de aeronaves, devido à evolução dos preços dos construtores, as empresas alemãs, em especial, os membros da primeira requerente, têm estado, até ao presente, em condições de adquirir eles próprios os aparelhos. Quanto ao resto, não se pode pedir às requerentes que forneçam dados individuais relativamente a cada empresa envolvida, dados que são, aliás, confidenciais e não contribuem utilmente para a decisão a tomar pelo juiz do processo de medidas provisórias. Tal exigência significaria impor-lhes um grau de precisão maior do que o observado na Decisão. De qualquer modo, o que importa no caso em apreço é a perda de um instrumento de flexibilidade.

43 O facto de o pedido de medidas provisórias ter sido apresentado apenas em Dezembro de 1997 explica-se pela perspectiva, então surgida, de perda irremediável do benefício do § 82f do EStDV, tendo em conta o facto de a lei orçamental de 1997 ter reduzido em um ano o seu período de aplicação. A supressão desta vantagem que o termo desse período implica terá, segundo a requerente, consequências muito graves para o sector.

44 Fazendo referência ao princípio da proporcionalidade e ao direito alemão, as requerentes argumentam, finalmente, que as exigências ligadas ao critério da urgência não devem ser fixadas, no caso em apreço, de um modo demasiado severo, pois a ilegalidade da Decisão é manifesta. A este propósito, recordam a primeira argumentação invocada em apoio do *fumus boni juris* do recurso no processo principal (v. n.° 31, *supra*).

45 A Comissão salienta que, segundo uma jurisprudência constante baseada na redacção das disposições aplicáveis, neste caso, o artigo 104.°, n.° 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância, a urgência constitui uma condição essencial e indispensável para a concessão de medidas provisórias (v. despacho do presidente do Tribunal de Justiça de 21 de Março de 1997, Países Baixos/ /Conselho, C-110/97 R, Colect., p. I-1795, n.° 24, e as referências mencionadas; despacho do presidente do Tribunal de Primeira Instância de 19 de Junho de 1997, Chaves Fonseca Ferrão/OHMI, T-159/97 R, Colect., p. II-1049, n.° 11). Estas

disposições são suficientemente claras para proibir todo e qualquer recurso a princípios gerais. Mesmo em direito alemão, o critério da urgência não pode ser eludido, segundo a Comissão, por uma alusão de ordem geral às possibilidades de sucesso no processo principal. De qualquer modo, a Decisão não está viciada de ilegalidade manifesta (v. n.° 34, *supra*).

46 As requerentes não demonstraram o carácter urgente das medidas solicitadas, o que supõe, em especial, a apresentação da prova de que a aplicação da Decisão pode provocar um prejuízo grave e irreparável.

47 Sobre este último ponto, as requerentes deviam ter precisado em que medida foram ou serão adquiridas aeronaves pelas empresas membros da primeira requerente ou pela própria segunda requerente e que, adquiridas ou construídas antes de 1 de Janeiro de 1999 e objecto de contratos de compra ou de construção celebrados antes de 25 de Abril de 1996, correspondem às condições de aplicação do § 82f, já referido. As precisões sumárias feitas na audição não permitem à Comissão assegurar devidamente a sua defesa.

48 Segundo a Comissão, as requerentes deviam, em qualquer hipótese, indicar concretamente, com números, as consequências que provocaria, para cada uma destas empresas e a propósito de cada uma das aeronaves em causa, a perda desta possibilidade. A Comissão contesta que esta exigência possa levantar sérios problemas de confidencialidade, pelo menos no caso da segunda requerente.

49 Na audição, a Comissão alegou ainda que as empresas podem invocar provisoriamente o § 82f, para efeitos do seu balanço fiscal de 1997, para obter a sua aplicação definitiva, pelas autoridades nacionais, após a prolação do acórdão no processo principal.

50 Quanto a 1998, a ocorrência do prejuízo não está iminente a ponto de justificar medidas imediatas (v. despacho do presidente do Tribunal de Primeira Instância de 10 de Maio de 1994, Société commerciale des potasses et de l'azote e Entreprise

minière et chimique/Comissão, T-88/94 R, Colect., p. II-263, n.° 39, e despacho do presidente do Tribunal de Justiça de 19 de Julho de 1995, Comissão/Atlantic Container Line e o., C-149/95 P(R), Colect., p. 2165, n.° 38). A escolha formal entre os dois métodos de amortização só deve ser efectuada, em relação a este ano, no fim do mesmo, devendo a escolha efectiva, tendo em conta a argumentação das requerentes, ser feita durante o último trimestre. Não está excluído, sendo antes provável, que o acórdão no processo principal possa ser proferido antes destas datas. Se acontecer o contrário, as requerentes podem apresentar um novo pedido de medidas provisórias.

51 A este propósito, a Comissão contesta tanto o facto de ter, até ao presente, agido de modo dilatório como o prognóstico das requerentes quanto à sua actuação futura. Em particular, a apresentação de um recurso pela Comissão contra o acórdão do Tribunal de Primeira Instância a ser proferido, mesmo a supor que ele dê razão às requerentes, não é de modo algum automático. A Comissão só tomará a sua decisão após ter examinado cuidadosamente a fundamentação desse acórdão. Em todo o caso, ela própria será obrigada a adoptar as medidas que a execução desse acórdão implique, pois, com reserva das eventuais medidas provisórias a conceder pelo Tribunal de Justiça, um recurso da sua parte não tem efeito suspensivo.

52 A urgência do presente pedido é contrariada pelo facto de as modificações introduzidas pela lei orçamental de 1997 terem tido por fim efectuar economias orçamentais, o que indica que o prejuízo que as requerentes pretendem vir a sofrer tem, na realidade, carácter pecuniário. A urgência é, de resto, contraditada pela falta de qualquer pedido de medidas provisórias no âmbito do processo T-25/96, pelo carácter tardio do presente pedido, no que diz respeito a 1996 e mesmo, em determinados aspectos, a 1997, e pelo facto de a aplicação da regulamentação alemã dever terminar em breve.

— Quanto à ponderação dos interesses

53 As requerentes consideram que, em aplicação do artigo 3.°-B, terceiro parágrafo, do Tratado CE, segundo o qual a acção da Comunidade não deve exceder o necessário para atingir os objectivos do Tratado, há que ter em conta o impacto que uma determinada medida pode ter sobre uma ou outra das partes.

54 No caso em apreço, não se pode pedir às requerentes que sofram o prejuízo referido, renunciando definitivamente (em relação aos dois últimos exercícios fiscais em causa) à possibilidade de proceder à amortização excepcional. Quanto à Comunidade, esta não sofrerá qualquer prejuízo pelo facto de esperar, após a adopção da medida provisória pedida, pelo acórdão no processo principal, ainda que o Tribunal negue provimento ao recurso. Esta negação significará, com efeito, que o § 82f do EStDV confere uma vantagem pecuniária e constitui, portanto, um auxílio de Estado. A Comissão poderá, então, ordenar à Alemanha que recupere este auxílio, recuperação que compensará todo o eventual prejuízo da Comunidade ligado à referida medida provisória. Quanto ao interesse comunitário em que a concorrência não seja falseada no mercado interno [artigo 3.°, alínea g), do Tratado CE], as requerentes alegam que nunca, que seja do seu conhecimento, durante os 25 anos de existência do § 82f, já referido, um concorrente se queixou às autoridades competentes pelo facto de as companhias aéreas alemãs poderem fazer uso dele.

55 Segundo a Comissão, a ponderação dos interesses não pende a favor da concessão da medida pedida. A recuperação de um auxílio *a posteriori* não impede que o pagamento deste provoque uma distorção da concorrência num primeiro tempo e não permite sequer necessariamente eliminar essa distorção retroactivamente.

Apreciação do Tribunal

56 À luz das explicações que as requerentes deram durante a audição, o juiz das medidas provisórias verifica que elas procuram agora obter uma injunção que imponha à Comissão que autorize a medida alemã em litígio, provisoriamente, em relação a 1997 e 1998, ou, a título subsidiário, uma injunção da mesma natureza, limitada, no entanto, a uma autorização apenas em benefício das requerentes.

57 Mesmo admitindo que estas medidas tenham sido pedidas de modo regular, tendo em conta, em especial, o teor do requerimento inicial do presente processo de medidas provisórias, o pedido deve ser rejeitado se não estiverem reunidas as condições que permitam, juridicamente, a concessão das medidas solicitadas.

58 Deve recordar-se que, em virtude de uma jurisprudência bem estabelecida, a condição relativa à urgência, na acepção do artigo 104.°, n.° 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância, deve ser apreciada em relação à necessidade que há de se tomar uma decisão provisória para evitar que um prejuízo grave e irreparável seja causado à parte que solicita a medida provisória. É a esta parte que incumbe fazer a prova de que não pode esperar o resultado do processo principal sem ter que sofrer um prejuízo desta natureza (v., por exemplo, despacho do presidente do Tribunal de Primeira Instância de 7 de Novembro de 1995, Eridania e o./Conselho, T-168/95 R, Colect., p. II-2817, n.° 33).

59 A argumentação das requerentes, convidando o juiz das medidas provisórias a modular as exigências inerentes a este critério, com o fundamento de ser manifesta a ilegalidade da Decisão, não pode, a este respeito, ser acolhida.

60 O conjunto dos argumentos desenvolvidos no pedido de medidas provisórias em apoio do *fumus boni juris* do recurso no processo principal baseia-se em «vícios de fundamentação», incluindo o argumento, particularmente sublinhado no presente contexto, relativo à falta de menção, na Decisão, dos relatórios de peritagem (v. n.^{os} 31 e 44, *supra*). Por natureza, tais vícios, admitindo que estivessem provados, não permitem minimamente excluir que a qualificação feita pela Decisão, segundo a qual a medida alemã constitui um auxílio de Estado incompatível com o mercado comum, seja, quanto ao mérito, justificada à luz do artigo 92.° do Tratado CE. Não são, por conseguinte, susceptíveis de provar a existência de um interesse legítimo particular das requerentes em obter uma injunção que obrigue a Comissão a conceder, em conformidade com a mesma disposição, uma autorização provisória. Em todo o caso, nenhuma das críticas feitas pelas requerentes permite concluir, à primeira vista, que elas tenham sido impedidas, pelo carácter alegadamente lacunar da fundamentação, de se exprimirem utilmente sobre este ponto. Cada uma destas críticas põe em relevo erros que a Comissão teria cometido na análise do procedimento administrativo, ao não utilizar os relatórios de peritagem (primeira crítica), ao concluir pelo carácter selectivo da regulamentação alemã (segunda crítica) ou ainda ao não fazer prova daquilo que afirma (terceira crítica).

61 Quanto à legalidade material da Decisão, as três críticas põem implicitamente em dúvida, tal como o faz explicitamente o terceiro fundamento invocado no processo principal (violação do artigo 92.°, n.° 1, do Tratado CE), a qualificação da medida nacional em litígio como auxílio de Estado. Todavia, a questão assim suscitada só pode ser resolvida após um exame aprofundado pelo juiz do processo principal. Esta consideração aplica-se em especial ao problema de saber se essa medida permite aos contribuintes fazerem economias, nomeadamente, em termos de juros. Na audição, as próprias requerentes salientaram a importância que, em seu entender, era dada às análises económicas contidas nos três relatórios de peritagem apresentados no procedimento administrativo. As partes estão, de resto, em desacordo quanto à escolha do termo de comparação que permita verificar a existência ou a inexistência dessas economias, problema cuja solução necessita, também, de um exame aprofundado do Tribunal no âmbito da sua apreciação do processo principal. O juiz das medidas provisórias não pode antecipar esta apreciação.

62 Nestas condições, há que examinar, em conformidade com a jurisprudência já referida, se a ameaça de um prejuízo grave e irreparável foi suficientemente provada pelas requerentes.

63 A este respeito, há que precisar, em primeiro lugar, que esta ameaça deve afectar interesses que lhes sejam próprios ou, tratando-se especificamente da associação requerente, no mínimo, interesses que ela é chamada a defender (v. despacho do presidente do Tribunal de Primeira Instância de 2 de Outubro de 1997, Eurocoton e o./Conselho, T-213/97 R, Colect., p. II-1609, n.° 46).

64 Em segundo lugar, para poder apreciar se o prejuízo que as requerentes receiam tem um carácter grave e irreparável e justifica, por conseguinte, que se suspenda excepcionalmente a aplicação da Decisão, o juiz das medidas provisórias deve dispor de indicações concretas que permitam apreciar, em relação a cada uma das empresas em causa, as consequências precisas que, provavelmente, resultariam da falta das medidas requeridas.

65 De acordo com estes critérios, as requerentes deviam ter detalhado, em primeiro lugar, com documentos comprovativos, as compras de aeronaves de cada uma das empresas em causa que entram no âmbito da regulamentação alemã em litígio. Deve recordar-se que, devido às alterações introduzidas pela lei orçamental de 1997 (v. n.° 16, *supra*), os contratos relativos a essas compras deviam ter sido celebrados antes de 25 de Abril de 1996 e são, portanto, à primeira vista, identificáveis em relação a todo o período de aplicação residual desta regulamentação.

66 O pedido de medidas provisórias não contém qualquer indicação desta natureza. A simples afirmação, feita na audição, de que todas as empresas membros da primeira requerente adquiriram um número determinado de aviões por um determinado montante, indicado de modo aproximativo, não basta para avaliar o interesse concreto de cada uma das empresas em causa.

67 Essas indicações, precisas, individuais e comprovadas, eram tanto mais necessárias quanto as requerentes reconheceram, na audição, que, a par da compra de aeronaves pelas próprias companhias aéreas, implicando a amortização dos aparelhos na contabilidade própria de cada uma dessas companhias, o *leasing* tem uma importância cada vez maior, devido à evolução dos preços dos construtores.

68 As requerentes deveriam, de resto, expor, tendo em conta os dados relativos a essas compras e concretamente, pelo menos, de uma forma aproximativa e com a ajuda de exemplos, as consequências que esperam da falta de aplicação do § 82f do EStDV, tanto no que concerne à evolução dos balanços das empresas como quanto aos efeitos nefastos prováveis em consequência dessa evolução. As requerentes não afirmaram ser tal demonstração impossível. De resto, o § 82f, já referido, depois de ter sido aplicável entre 1965 e 1994, deixou de o ser após essa data, e não está excluído, à primeira vista, que algumas das empresas pelo menos, cujos interesses são invocados no presente caso, tenham podido comparar as situações sob os dois regimes. Nestas condições, a simples remissão para o interesse que haveria em poderem ter uma política flexível em matéria de balanços, a fim de manterem a confiança de terceiros interessados na continuidade e na fiabilidade da empresa, não constitui uma explicação suficiente.

69 Na medida em que invocam o carácter confidencial dos dados económicos e contabilísticos das empresas em causa (os membros da primeira requerente bem como a segunda requerente), a sua argumentação não pode ser acolhida. Essa confidencialidade não pode ser invocada em relação à Comissão, vinculada, com efeito, pelo segredo profissional (artigo 214.° do Tratado CE). Quanto à confidencialidade nas relações entre as próprias empresas envolvidas, as requerentes não trouxeram qualquer elemento tendente a demonstrar que teria sido impossível preservá-la no âmbito de um processo regular perante o juiz das medidas provisórias, em especial em relação aos direitos de defesa de cada uma delas.

70 Forçoso é, além disso, constatar que a situação específica em que foi feito o presente pedido revela indícios que negam o carácter urgente do mesmo.

71 Há que recordar que o § 82f do EStDV já não era aplicável desde o fim de 1994, por um lado, e que deixará de o ser após 31 de Dezembro de 1998, por outro. Ora as requerentes não souberam explicar como é que a obtenção da vantagem que associam a esta disposição tem um carácter urgente no que concerne à aquisição de aeronaves em 1997 e 1998, nem, em especial, por que é que não fizeram um pedido análogo ao presente em relação aos anos fiscais de 1995 ou 1996, no âmbito do processo T-25/96, nem no âmbito do processo principal no presente caso.

72 Dado que as requerentes explicam a data escolhida para apresentação do seu pedido de medidas provisórias pelo receio de perder essa vantagem definitivamente, na medida em que ela poderia a partir de agora escapar-lhes em relação a todos os anos fiscais previsíveis, a sua argumentação não pode ser acolhida. Segundo as afirmações das próprias requerentes, o presente pedido justifica-se para poderem optar, em relação a 1997 e 1998, antes das datas previstas para esse efeito pelo direito nacional e tendo em conta o carácter irreversível desta opção, pela amortização linear, sem deixar de lhes estar garantida, seguidamente, a possibilidade de efectuarem amortizações excepcionais. Ora, esta justificação poderia ter sido invocada, do mesmo modo, no contexto de datas análogas dos anos anteriores. O facto de a lei orçamental de 1997, já referida, ter avançado em um ano a data-limite para a aquisição de aeronaves não afecta este raciocínio. Quanto à adopção

da lei propriamente dita, ocorrida em Dezembro de 1996, ela não pode, como tal, explicar a apresentação, cerca de um ano mais tarde, do pedido de medidas provisórias.

73 Além disso, a afirmação das requerentes, de que a escolha entre os diferentes tipos de amortização deve ser decidida muito antes da data-limite formal, para poder ter um papel útil na «política» da empresa em matéria de balanço, tende a indicar, *prima facie*, que o presente pedido foi feito demasiado tarde para preservar, em relação a 1997, todas as possibilidades que as requerentes associam à regulamentação alemã.

74 Não estando, assim, preenchida a condição relativa à urgência, a ponderação dos interesses não pode, nas condições do presente caso, pender a favor da medida pedida. Deve recordar-se, por um lado, que as requerentes não apresentaram elementos que suscitem dúvidas particularmente evidentes sobre a validade da qualificação como auxílio de Estado da medida nacional em litígio (v. n.° 61, *supra*). Há que salientar, por outro lado, que os artigos 92.° e 93.° do Tratado CE devem impedir que esses auxílios falseiem a concorrência na Comunidade. O artigo 93.°, n.° 3, último período, garante esta protecção da concorrência de tal modo que impede o pagamento do auxílio antes de a Comissão ter podido assegurar-se da sua compatibilidade com o mercado comum. Este exame implica o exercício de um largo poder de apreciação por parte da Comissão (acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Janeiro de 1997, Espanha/Comissão, C-169/95, Colect., p. I-135, n.° 18), a que o juiz do processo de medidas provisórias não se pode substituir (v. despacho do presidente do Tribunal de Primeira Instância de 21 de Outubro de 1996, Pantochim/Comissão, T-107/96 R, Colect., p. II-1361, n.° 44). No caso em apreço, a Comissão, no âmbito deste poder de apreciação, declarou o auxílio incompatível com o mercado comum. Na falta de elementos bastantes para provar a existência de uma ameaça de prejuízo grave e irreparável, não pode, portanto, o juiz do processo de medidas provisórias afastar a protecção da concorrência, tal como organizada pelos artigos 92.° e 93.° do Tratado CE. Esta apreciação não é afectada pela afirmação das requerentes de que a regulamentação alemã não foi, até ao presente, objecto de nenhuma queixa.

75 Resulta de tudo o que precede que as condições, a que está subordinada, juridicamente, a concessão de medidas provisórias, não estão preenchidas no caso em apreço. O pedido deve, portanto, ser indeferido.

Pelos fundamentos expostos,

A PRESIDENTE DA QUARTA SECÇÃO ALARGADA
DO TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

decide:

1) O pedido de medidas provisórias é indeferido.

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

Proferido no Luxemburgo, em 2 de Abril de 1998.

O secretário — A presidente

H. Jung — P. Lindh