CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL WALTER VAN GERVEN
apresentadas em 12 de Junho de 1991 *

Senhor Presidente,
Senhores Juízes,

1. Através do recurso em causa, o Governo italiano pede ao Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 173.° do Tratado CEE, que anule a Decisão 90/224/CEE da Comissão, de 24 de Maio de 1989, relativa aos auxílios concedidos pelo Governo italiano à Aluminia e Comsal, duas empresas da indústria do alumínio integradas no sector público [1] (a seguir «decisão litigiosa»). A decisão litigiosa da Comissão é baseada no artigo 93.°, n.° 2, primeiro parágrafo, do Tratado CEE e dispõe o seguinte:

«*Artigo 1.°*

Os dois auxílios sob a forma de empréstimos isentos de juros a converter em capital no montante de 70 mil milhões de liras italianas e de 30 mil milhões de liras italianas, que o Governo italiano concedeu às empresas Aluminia e Comsal, são incompatíveis com o mercado comum na acepção do n.° 1 do artigo 92.° do Tratado CEE, tendo em conta que foram concedidas em violação do disposto no n.° 3 do artigo 93.° do Tratado CEE e das condições fixadas na decisão da Comissão de 17 de Dezembro de 1986.

Os referidos auxílios devem por conseguinte ser suprimidos e reembolsados pelas empresas beneficiárias.

O Governo italiano não pode converter estes dois empréstimos de 70 mil milhões de liras italianas e de 30 mil milhões de liras italianas em capital.

Artigo 2.°

O Governo italiano informará a Comissão, no prazo de dois meses a partir da data da notificação da presente decisão, das medidas tomadas para lhe dar cumprimento.

....»

Em apoio do seu recurso de anulação, o Governo italiano alega na petição e na réplica, em primeiro lugar, que as intervenções financeiras em causa se situam dentro do limite de 989 mil milhões de LIT, autorizado pela decisão da Comissão de 27 de Dezembro de 1986, em segundo lugar, que é injustificadamente que, na decisão litigiosa, a Comissão qualificou essas intervenções de auxílios de Estado na acepção do artigo 92.°, n.° 1, e, em terceiro lugar, que a decisão litigiosa não está suficientemente fundamentada, dado que a Comissão não examinou se as condições de derrogação à proibição dos auxílios de Estado, referidas

* Língua original: neerlandês.

1 — JO 1990, L 118, p. 42.

no artigo 92.°, n.° 3, alínea c), estavam preenchidas. No decurso da audiência, o Governo italiano desistiu do fundamento citado em primeiro lugar. Deste modo não o analisarei.

Na sequência das minhas conclusões, depois de ter descrito sucintamente os factos (n.os 2 a 4), examinarei, em primeiro lugar, se os empréstimos isentos de juros a converter em capital, concedidos em 1987 à Aluminia e à Comsal, constituem efectivamente, como a Comissão afirma na decisão litigiosa, auxílios de Estado na acepção do artigo 92.°, n.° 1 (n.os 5 a 13). Examinarei, em seguida, se a decisão litigiosa não está suficientemente fundamentada dado que a Comissão não analisou se as condições de derrogação à proibição dos auxílios de Estado, referidas no artigo 92.°, n.° 3, alínea c), estavam preenchidas (n.os 14 a 16).

Os factos

2. Visando o saneamento económico da indústria do alumínio com participação do Estado, o Governo italiano elaborou no decurso da primeira metade do decénio de 1980 um plano de reestruturação dessa indústria. Esse plano (a seguir «plano alumínio») previa para o período compreendido entre 1983 a 1988 auxílios públicos de um montante de 1445 mil milhões de LIT sob a forma de entrada de capital, de subvenções e de empréstimos com bonificação de juros. A Comissão deu início ao processo do artigo 93.°, n.° 2, do Tratado CEE relativamente a esses auxílios, respectivamente, em 5 de Dezembro de 1984 e 20 de Novembro de 1985. Considerava nomeadamente que o montante dos auxílios previstos era nitidamente superior às necessidades do plano alumínio[2]. Ora, depois de o Governo italiano ter feito uma série de alterações ao plano alumínio e aceitado mais especialmente reduzir o auxílio previsto sob a forma de entrada de capital em 200 mil milhões de LIT[3], a Comissão decidiu por termo aos processos iniciados em 1984 e 1985 pela decisão de 17 de Dezembro de 1986 (que foi notificada ao Governo italiano por carta de 13 de Janeiro de 1987). Ao mesmo tempo autorizou o auxílio de um montante de 989 mil milhões de LIT, sob a forma de entrada em capital, e o auxílio de 400 mil milhões de LIT, na de um empréstimo com bonificação de juros, para as actividades do *holding* público EFIM no sector do alumínio[4]. Também autorizou subvenções de um montante de 48,1 mil milhões de LIT e o empréstimo de 7,9 mil milhões de LIT com bonificação de juros à fundição pública de Bolzano[5]. Todavia, a Comissão só autorizou o auxílio previsto no plano alumínio (1983-1988) na condição, expressamente citada na decisão de 7 de Dezembro de 1986, de o Governo italiano não conceder qualquer auxílio suplementar, sob qualquer forma, ao sector público do alumínio antes do fim de 1988.

3. Em 18 de Setembro de 1987, o Governo italiano encarregou (por decisão do CIPE[6]) o *holding* público EFIM de conceder empréstimos de um montante de 100 mil milhões de LIT a duas das suas filiais, isto é, a Aluminia e a Comsal, empresas públicas do sector do alumínio[7].

2 — Decisão litigiosa, parte I, primeiro parágrafo.

3 — Ver o telex do Governo italiano de 21 de Novembro de 1986, anexo II da contestação.

4 — EFIM é a abreviatura de «Ente partecipazioni e finanziamenti industrie manifatturiere».

5 — Decisão litigiosa, parte I, segundo e terceiro parágrafos.

6 — CIPE é a abreviatura de «Comitato interministeriale per la programmazione economica».

7 — Decisão litigiosa, parte I, oitavo parágrafo; ver também o anexo I da petição inicial.

O Governo italiano não notificou antecipadamente esses empréstimos à Comissão, nos termos do artigo 93.°, n.° 3, do Tratado CEE. Foi apenas em resposta a um pedido expresso da Comissão que o Governo italiano a informou, por carta de 28 de Março de 1988, dos empréstimos e das suas modalidades. Sublinhou sobretudo nessa carta que os dois empréstimos eram destinados a financiar investimentos: para modernização, no caso do empréstimo à Aluminia de um montante de 70 mil milhões de LIT, e também para expansão e diversificação da produção no caso do empréstimo à Comsal, de um montante de 30 mil milhões de LIT. Também comunicou à Comissão que os empréstimos tinham um período de carência de quatro anos e deviam ser reembolsados entre 1991 e 1994 [8]. Os juros dos dois empréstimos e os reembolsos do capital ficariam a cargo do Estado, embora os empréstimos fossem transformados, em cada termo do prazo, em capital em benefício do EFIM [9].

4. Com base nestas informações e em outras de fonte pública, a Comissão decidiu, em Setembro de 1988, dar início ao processo do artigo 93.°, n.° 2, relativamente a esses empréstimos. Considerava que o pagamento integral dos juros pelo Estado constituía, evidentemente, um caso de auxílio público [10] e que a conversão dos dois empréstimos em capital constituía uma atribuição de capital susceptível de envolver, à luz das circunstâncias, elementos de auxílio de Estado [11]. Em 24 de Maio de 1989, o processo do artigo 93.°, n.° 2, foi encerrado pela decisão aqui impugnada. Como resulta da parte da decisão litigiosa que foi já citada mais acima, a Comissão considerou que os empréstimos em causa constituíam efectivamente auxílios de Estado incompatíveis com o mercado comum porque não tinham sido notificados antecipadamente à Comissão e tinham sido concedidos em violação das condições previstas pela decisão de 17 de Dezembro de 1986, em especial, a de não conceder auxílio suplementar, sob qualquer forma, ao sector público do alumínio antes do final de 1988 [12]. A Comissão impôs ao Governo italiano que exigisse o reembolso desses auxílios pelas empresas beneficiárias, ou seja, a Aluminia e a Comsal [13], e proibiu expressamente a conversão dos empréstimos em capital [14].

Os auxílios em causa serão auxílios de Estado na acepção do artigo 92.°, n.° 1, do Tratado CEE?

5. Em apoio do seu recurso de anulação da decisão litigiosa, o Governo italiano alega que a Comissão não fundamentou nem suficiente nem correctamente a alegação de que os empréstimos sem juros, a converter em capital, são auxílios de Estado na acepção do artigo 92.°, n.° 1, do Tratado CEE. Sublinha, em especial, que, na apreciação dos empréstimos em questão, a Comissão teve unicamente em consideração a situação financeira e económica muito crítica das empresas beneficiárias durante o período 1985-1987 e não os resultados registados em 1988 [15]. Também a acusa de ter apreciado os empréstimos em causa sem ter em consideração o facto de serem destinados não a co-

8 — Decisão litigiosa, parte II, segundo parágrafo.

9 — Decisão litigiosa, parte II, terceiro parágrafo.

10 — Decisão litigiosa, parte IV, segundo parágrafo.

11 — Decisão litigiosa, parte IV, terceiro, quarto e quinto parágrafos.

12 — Artigo 1.°, primeiro parágrafo, da decisão litigiosa.

13 — Artigo 1.°, segundo parágrafo, da decisão litigiosa.

14 — Artigo 1.°, terceiro parágrafo, da decisão litigiosa.

15 — Em 1988, a Aluminia realizou lucros, ao passo que a Comsal reduziu as suas perdas a metade relativamente a 1987. Ver também a seguir a nota 21.

brir perdas, mas, como já foi dito, a financiar investimentos. No caso da Aluminia, esses investimentos destinavam-se a modernizar a produção e entravam no âmbito do plano alumínio autorizado pela Comissão. No caso da Comsal, esses investimentos eram destinados à modernização, à extensão e à diversificação da produção e entravam no âmbito de um plano de reestruturação elaborado especificamente para essa empresa [16].

Segundo o Governo italiano, foi injustificadamente que, ao não ter em consideração os dados de facto, a Comissão concluiu na decisão litigiosa que um «investidor privado» não teria consentido os empréstimos em causa e que estes constituíam, deste modo, auxílios de Estado.

6. Além disso, o Governo italiano alega que o critério das «possibilidades de a empresa obter as somas em causa nos mercados privados dos capitais», utilizado pela Comissão, é contrário ao princípio da igualdade de tratamento entre as empresas públicas e privadas, extraído do artigo 22.° do Tratado CEE. Observa que as empresas privadas, que fazem parte de um grupo importante, não devem necessariamente procurar novos fundos no mercado dos capitais, mas «podem» contar com a capacidade de financiamento do grupo. Aplicando o citado critério, submetem-se — segundo o Governo italiano — as empresas públicas que fazem parte de um grupo importante a uma «condição» à qual as empresas privadas que fazem parte de um grupo importante não estão sujeitas, o que constitui uma violação do princípio da igualdade de tratamento.

7. Em minha opinião, esta última objecção é baseada numa interpretação errada desse critério. Como o Tribunal já afirmou, em termos claros, nos acórdãos Meura e Boch II e confirmou em acórdãos posteriores, o critério das «possibilidades de a empresa obter as somas em causa nos mercados privados dos capitais» significa que convém apreciar nomeadamente «se, em circunstâncias similares (àquelas em que o Estado fez entrada de novos capitais), um sócio privado teria procedido a essa entrada de capital» [17]. O citado critério coincide com o do «investidor privado». No seu recente acórdão de 21 de Março de 1991, Alfa Romeo, C-305/89, o Tribunal precisou esse critério do investidor privado. O comportamento do investidor privado, a que a intervenção do investidor público deve ser comparada, é, de facto, o de um *holding* privado ou de um grupo privado de empresas da mesma dimensão que o *holding* público em causa, prosseguindo uma política estrutural, global ou sectorial, e guiada por perspectivas de rentabilidade a mais longo prazo (n.os 19 e 20) [18]. O Tribunal observa expressamente que, ao aplicar esse critério, a Comissão não infringe o artigo 222.° do Tratado CEE (n.° 24).

8. Contrariamente ao alegado pelo Governo italiano e como a Comissão observa com razão nas suas observações, para apreciar se os empréstimos em causa constituem um auxílio, não é importante em si mesmo que sejam destinados a financiar investimentos ou entrem no âmbito de um plano de reestrutu-

16 — Petição inicial, p. 7 e 8.

17 — Acórdãos de 10 de Julho de 1986, Bélgica/Comissão dito «Meura», n.° 14 (234/84, Colect., p. 2263); e de 21 de Março de 1990, Bélgica/Comissão, dito «Tubemeuse», n.° 29 (142/87, Colect., p. I-959).

18 — Ver também as minhas conclusões de 10 de Janeiro de 1991 nesse processo, n.os 11 e 12 (Colect., p. I-1616).

ração. O importante é saber se o investidor privado estaria disposto a uma entrada em capital, no caso em apreço sob a forma de empréstimos sem juros a converter em capital, tendo em consideração *todos* os elementos que lhe permitem apreciar a situação económica e financeira da empresa (entre os quais a existência de um eventual plano de reestruturação com credibilidade) [19]. Ora, é evidente que é necessário responder a esta questão à luz da situação económica e financeira das empresas beneficiárias *no momento* da concessão do auxílio. Tentemos ver qual a situação naquele momento.

9. Quando o EFIM concedeu, em Setembro de 1987, os empréstimos em causa à Aluminia e à Comsal, estas duas empresas encontravam-se numa crítica situação económica e financeira. Resulta da decisão litigiosa que a *Aluminia* tinha sofrido perdas de 77,8 mil milhões de LIT em 1985, 57,5 mil milhões de LIT em 1986 e 98,3 mil milhões de LIT em 1987. As dívidas totais da sociedade atingiam 943,3 mil milhões de LIT em 1985, isto é, 155 % do volume de negócios, 989,3 mil milhões de LIT em 1986, isto é, 153 % do volume de negócios, e 1 189,8 mil milhões de LIT em 1987, isto é, 133 % do volume de negócios. A *Comsal* tinha registado perdas de 14,2 mil milhões de LIT em 1985, 10,2 mil milhões de LIT em 1986 e 9,4 mil milhões de LIT em 1987. As dívidas totais da sociedade atingiam 53,1 mil milhões de LIT em 1985, isto é, 1255 % do volume de negócios, 68,2 mil milhões de LIT em 1986, isto é, 156 % do volume de negócios, e 72,8 mil milhões de LIT em 1987, isto é, 142 % do volume de negócios [20].

19 — Ver, nomeadamente, os acórdãos já feridos Meura n. os 15 e 16, Tubemeuse, n.os 26 e 29, e Alfa Romeo, n. os 19 e 20, e o acórdão de 14 de Fevereiro de 1990, França/Comissão (Boussac), n.os 39 e 40 (C-301-87, Colect., p. I-307), e o acórdão de 21 de Março de 1991, Itália/Comissão (ENI-Lanerossi), n.os 20 e 24 (C-303/88, Colect., p. I-1433).

20 — Decisão litigiosa, parte IV, quarto parágrafo.

O Governo italiano não contesta estes números, citados na decisão litigiosa, mas — como já foi dito — alega que, para apreciar se os auxílios em causa constituem um auxílio, é necessário ter em consideração os resultados registados em 1988 [21]. A Comissão contesta esta opinião: sustenta que, para apreciar se há auxílio, se devem apenas ter em consideração os dados económicos e financeiros conhecidos no momento da concessão do auxílio, quer dizer, em Setembro de 1987.

Parece-me que a Comissão tem razão. Dado que o auxílio deveria normalmente ser notificado antecipadamente à Comissão (não o foi no caso em apreço) e que o inquérito da Comissão deveria debruçar-se sobre os factos conhecidos nessa altura, parece-me evidente que, para apreciar um auxílio que não foi notificado, a Comissão deve partir da situação tal como existia no momento da sua concessão. Se tivesse que tomar em consideração dados ulteriores, de que entretanto teve conhecimento, beneficiaria os Estados-membros que não notificam antecipadamente os auxílios [22].

10. Todavia, o Governo italiano alega que os resultados melhores (ou menos maus) de

21 — Resulta da decisão litigiosa que o Governo italiano comunicou à Comissão, no âmbito do processo do artigo 93.°, n.° 2, ou seja, no início de 1989 (ver a seguir o n.° 12), que se previa que o sector público do alumínio, com exclusão da Comsal, realizasse um lucro de 3 mil milhões de LIT em 1988, enquanto se esperava, relativamente à Comsal, perdas de 4,6 mil milhões de LIT relativamente ao mesmo ano (decisão litigiosa, parte III, segundo parágrafo).
Na petição inicial e na réplica, o Governo italiano limitou-se a especificar que em 1988, tanto o sector público do alumínio na sua globalidade como a Aluminia tinham obtido lucros e que a Comsal tinha reduzido as suas perdas em mais de metade (petição inicial p. 16 e réplica p. 14). Outros dados e/ou dados mais precisos relativamente ao estabelecimento das duas empresas não existem.
O Governo italiano declarou na audiência que a Aluminia tinha obtido em 1988 um lucro de 7 a 8 mil milhões de LIT.

22 — No processo Alfa Romeo, o Tribunal também não apreciou os auxílios concedidos em 1985 e 1986 tendo em consideração a renovação sensível do sector automóvel no decurso dos anos seguintes.

1988 eram já *previsíveis* em Setembro de 1987, quer dizer, no momento da concessão do auxílio, e que tanto a Comissão[23] como o Tribunal de Justiça[24] admitiram, várias vezes, que o investidor privado decidirá proceder a uma entrada em capital baseando-se sobretudo nas perspectivas futuras da empresa e na rentabilidade proveniente da entrada de capital.

Esta afirmação do Governo italiano parece-me, em princípio, exacta. Com efeito, para a aplicação do critério do «investidor privado», é necessário efectivamente ter em consideração as perspectivas futuras da empresa em causa. Ora, a questão que se coloca é de saber se a melhoria das prestações da Aluminia e da Comsal, que se delineou em 1988, era já previsível em 1987 *e*, eventualmente, se a melhoria previsível nessa época era susceptível de incitar um investidor diligente a proceder a uma entrada de capital apesar da crítica situação financeira das empresas.

11. É evidentemente difícil provar, *a posteriori*, aquando da apreciação da legalidade de um auxílio já concedido, o que era ou não era previsível no momento da sua concessão. Esta dificuldade não existiria se o Governo italiano tivesse notificado o auxílio atempadamente e comunicado à Comissão todos os elementos que lhe permitiriam, no momento oportuno, fazer uma ideia das perspectivas futuras da Aluminia e da Comsal. Num caso desse tipo, em que o Estado-membro não notifica um auxílio, e embora a Comissão não esteja por isso isenta de uma apreciação profunda do auxílio — apreciação que efectuou no caso em apreço —, compete ao Estado-membro em causa a prova de que eram previsíveis, no momento da concessão do auxílio, eventuais perspectivas futuras favoráveis.

No caso em apreço, competia, assim, ao Governo italiano apresentar, no decurso do processo administrativo referido no artigo 93.°, n.° 2, os elementos factuais que a Comissão em seguida deveria ter em consideração para tomar a decisão litigiosa e que demonstrariam de modo convincente que a melhoria das prestações de Aluminia e de Comsal, que se tinha delineado em 1988, era já previsível em Setembro de 1987 *e* que a melhoria, previsível nessa época, era susceptível de incitar um investidor privado a proceder a uma entrada de capital nessas empresas deficitárias.

12. Os documentos apresentados ao Tribunal não permitem saber se, no âmbito do processo do artigo 93.°, n.° 2, o Governo italiano comunicou à Comissão informações quanto ao carácter previsível das perspectivas futuras favoráveis, que teriam permitido a um investidor privado considerar que a concessão do auxílio era justificada. Resulta apenas da decisão litigiosa que a recorrente informou a Comissão, por cartas de 31 de Janeiro e 17 de Março de 1989, que o sector público do alumínio, à excepção da Comsal, devia realizar em 1988 — pela primeira vez depois de muitos anos — um lucro de 3 mil milhões de LIT, enquanto, em relação à Comsal e para o mesmo ano, se esperava um prejuízo de 4,6 mil milhões de LIT[25]. Em contrapartida, não era referido se esses resultados eram já previsíveis em Setembro de 1987. O Governo italiano não

23 — Ver, entre outras, a decisão litigiosa, parte IV, terceiro parágrafo, e a comunicação da Comissão aos Estados-membros de 17 de Setembro de 1984, *Boletim das CE*, n.° 9-1984, ponto 3.5.1.

24 — Ver, por exemplo, o acórdão Meura, já citado, n.° 14.

25 — Decisão litigiosa, parte III, segundo parágrafo.

alega nem na petição nem na réplica que efectivamente comunicou à Comissão, no decurso do processo do artigo 93.°, n.° 2, os dados específicos relativos à melhoria das perspectivas futuras. Em contrapartida, declarou na audiência que os sinais evidentes de um restabelecimento iminente do sector do alumínio eram perceptíveis desde 1987. Ora, a Comissão contrariou essa declaração e o Governo italiano não apresentou qualquer dado revelador do seu mérito.

Ora, mesmo que tal tivesse sido o caso, não significava que o restabelecimento previsível terá sido suficientemente importante e durável para incitar um investidor privado a proceder a uma entrada de capital em empresas há muito deficitárias. A perspectiva de uma renovação puramente cíclica no sector não é suficiente [26].

13. Tendo em consideração o que precede, posso afirmar que o Governo italiano apenas provou que foi justificadamente que a Comissão não teve em consideração a melhoria das prestações da Aluminia e da Comsal que, segundo o Governo italiano, era já previsível em 1987, o que fez que justificadamente a Comissão considerasse que os empréstimos a converter em capital são auxílios de Estado na acepção do artigo 92.°, n.° 1, do Tratado CEE.

26 — Também não se demonstrou, *a posteriori*, que a renovação anunciada pelo Governo italiano conduziu efectivamente no decurso dos anos posteriores a um restabelecimento durável da Aluminia e da Comsal. Como já foi dito na nota 21, o Governo italiano declarou na audiência que a Aluminia tinha realizado em 1988 um lucro de 7 a 8 mil milhões de LIT, o que não é muito impressionante se se tomar em consideração que essa empresa sofreu perdas de cerca de 1 bilião de LIT durante o período compreendido de 1982 a 1987, e de 98,3 mil milhões de LIT apenas no ano de 1987.

A Comissão deveria ter examinado se o artigo 92.°, n.° 3, alínea c), do Tratado CEE, é aplicável no caso em apreço?

14. O Governo italiano alega também, em apoio do recurso, que a decisão litigiosa não foi suficientemente fundamentada, porque a Comissão não examinou se o auxílio em causa era justificado nos termos do artigo 92.°, n.° 3, alínea c), do Tratado CEE. Observa que a Comissão tinha justificado, nos termos do artigo 92.°, n.° 3, alínea c), do Tratado CEE, o auxílio previsto no âmbito do plano alumínio e, afirmado, quanto a este aspecto, na sua decisão de 17 de Dezembro de 1986 que o plano alumínio contribuía para a reestruturação geral do sector do alumínio [27]. Ora, defende o Governo italiano o auxílio a favor da Comsal e da Aluminia inscreve-se igualmente nesse esforço de reestruturação. É todavia, depois de ter concluído que o auxílio em causa ultrapassava o limite do auxílio já autorizado, a Comissão não examinou se o auxílio em favor da Comsal e da Aluminia podia ainda ser justificado, à semelhança do previsto no âmbito do plano alumínio, nos termos do artigo 92.°, n.° 3, alínea c), do Tratado CEE. O Governo italiano admite que a decisão de 17 de Dezembro de 1986 continha uma apreciação implicitamente negativa quanto à licitude de qualquer novo auxílio, mas considera que a Comissão deveria, no entanto, apreciar o auxílio em causa à luz do artigo 92.°, n.° 3, alínea c), do Tratado CEE. Avança com três argumentos em apoio desta alegação.

O Governo italiano sustenta, em primeiro lugar, que as decisões tomadas nos termos do artigo 93.°, n.° 2, primeiro parágrafo,

27 — Décimo primeiro parágrafo da decisão de 17 de Dezembro de 1986, anexo I da contestação.

tal como a decisão litigiosa, não têm por função declarar o não cumprimento de obrigações resultantes de uma decisão anterior, no caso em apreço a decisão de 17 de Dezembro de 1986. Para essa declaração, a Comissão deve, nos termos do artigo 93.°, n.° 2, segundo parágrafo, recorrer directamente ao Tribunal de Justiça. O Governo italiano pretende, em segundo lugar, que a decisão de 17 de Dezembro de 1986 continha um convite e não uma intimação de não conceder novos auxílios. Acrescenta, em terceiro lugar, que a decisão atrás referida não podia proibir de modo absoluto qualquer auxílio futuro. Com efeito, qualquer novo auxílio deve ser apreciado em relação à sua finalidade e à situação económica e do mercado existente no momento em que for decidido.

15. Antes de examinar estes argumentos, é necessário observar que o Governo italiano nunca pretendeu, no decurso do processo administrativo do artigo 93.°, n.° 2 do Tratado CEE, que o auxílio a favor da Aluminia e da Comsal devia ser apreciado à luz do artigo 92.°, n.° 3, alínea c), do Tratado CEE. Também não apresentou, no âmbito deste processo, elementos do facto que podiam ser importantes e úteis quanto a este aspecto. Ora, segundo a jurisprudência constante do Tribunal, a legalidade de uma decisão litigiosa deve ser apreciada em função dos elementos de informação de que a Comissão podia dispor no momento em que a adoptou [28]. Esta jurisprudência permite já, em si mesma, deduzir que o fundamento, aqui examinado, não pode conduzir à anulação da decisão litigiosa.

16. No entanto, devo examinar ainda, brevemente, os argumentos do Governo italiano e concordar com um determinado número de observações feitas pela Comissão.

No que diz respeito ao primeiro argumento, é necessário assinalar que, nos termos do artigo 93.°, n.° 2, primeiro parágrafo, é da competência e entra nas funções da Comissão declarar se um auxílio é ou não compatível com o mercado comum nos termos do artigo 92.° e que, segundo a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça [29], a Comissão pode pronunciar-se quanto a esta compatibilidade tomando também em consideração o direito comunitário derivado, nomeadamente a decisão de 17 de Dezembro de 1986.

No respeitante ao segundo argumento, é necessário não deixar de ter em consideração que a decisão da Comissão de 17 de Dezembro de 1986 não é uma decisão negativa, mas uma decisão positiva condicional, que teve por este motivo a forma de uma carta dirigida ao ministro italiano dos Negócios Estrangeiros. Estas cartas são evidentemente redigidas numa linguagem diplomática, o que não quer significar que o convite a não conceder o auxílio não deva ser compreendido como uma proibição.

No respeitante ao terceiro argumento, apenas após ter havido um facto novo depois da adopção da decisão de 17 de Dezembro de 1986, deveria a Comissão apreciar o auxílio em favor da Aluminia e da Comsal à luz do artigo 92.°, n.° 3, alínea c) do Tratado CEE, e não à luz das condições previstas pela referida decisão. O Governo italiano sustenta justificadamente que a decisão de 17 de Dezembro de 1986 não pode conter uma proibição absoluta de *todos* os auxílios futuros. Com efeito, pode acontecer

28 — Ver, por exemplo, o acórdão Meura, já citado na nota 17, n.° 16.

29 — Ver, por exemplo, o acórdão de 25 de Junho de 1970, França/Comissão, n.° 7 (47/69, Recueil, p. 487).

um facto novo, caso em que a validade do auxílio deverá ser apreciada à luz desse facto novo. Ora, no caso em apreço, o Governo italiano não provou de modo algum que tenha havido um facto novo. Além disso, mesmo que tivesse havido um facto novo, o Governo italiano não pode ignorar pura e simplesmente a proibição dos novos auxílios. Deveria ainda, também nesse caso, notificar o auxílio a favor da Aluminia e da Comsal à Comissão, apresentando o facto novo, e não deveria conceder o auxílio antes de a Comissão se ter pronunciado sobre a sua validade.

Conclusão

17. Proponho ao Tribunal de Justiça que julgue improcedente o recurso de anulação da decisão em litígio e condene o Governo italiano nas despesas.