CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL SIR GORDON SLYNN

apresentadas em 2 de Abril de 1987 *

Senhor Presidente,
Senhores Juízes,

Nos processos apensos 67, 68 e 70/85, Van der Kooy e outros contra Comissão, o Tribunal é chamado a pronunciar-se sobre a validade da Decisão 85/215/CEE, de 13 de Fevereiro de 1985 (JO L 97, p. 49). Pelos motivos expostos nas conclusões apresentadas nesses processos (Colect., 1988, p. 219, 240), essa decisão, na minha opinião, não deve ser anulada.

Após a adopção dessa decisão, foi requerida ao Tribunal a suspensão da sua execução. Por despacho de 3 de Maio de 1985, o presidente indeferiu esse pedido. Em 6 de Maio de 1985, a Comissão enviou um telex ao Governo neerlandês, pedindo-lhe que a informasse, tão cedo quanto possível, o mais tardar, no prazo de duas semanas, das medidas efectivamente adoptadas para dar cumprimento à decisão no prazo fixado. Mais de três semanas depois, por telex de 31 de Maio de 1985, o Governo neerlandês respondeu que a Landbouwschap, Gasunie e Vegin tinham acordado, em princípio, uma nova tarifa aplicável à horticultura, informando que tinha aprovado, em princípio, este acordo a fim de não retardar ainda mais a execução da decisão da Comissão, atendendo ao despacho proferido pelo presidente. Por telex de 6 de Junho de 1985, a Comissão solicitou informações complementares acerca da nova tarifa proposta, especificando sobretudo que a mesma devia ser calculada de maneira objectivamente verificável e ser susceptível de adaptação em função da modificação de circunstâncias e observou que o telex de 31 de Maio de 1985 não fazia referência ao período decorrido a partir de 22 de Fevereiro de 1985. O Governo neerlandês, na sua resposta de 11 de Junho de 1985, explicou mais pormenorizadamente a nova tarifa e informou a Comissão de que o acordo de princípio tinha passado a ser uma obrigação contratual.

As modalidades da nova tarifa eram as seguintes. Deviam ser aplicadas a partir de 1 de Junho de 1985. Como anteriormente, a tarifa aplicável à horticultura era em princípio a tarifa D majorada de 0,5 cêntimos. Para o período compreendido entre 1 de Junho e 1 de Outubro de 1985, estava prevista a aplicação de um limite de 45 ct/m^3, que também devia ser aplicado durante todo o período de aquecimento de 1985/1986 (isto é, de 1 de Outubro de 1985 a 30 de Setembro de 1986). Todavia, durante este período de aquecimento, o limite só devia ser aplicado às explorações que utilizavam o gás para todas as suas necessidades de aquecimento. Observo, de passagem, que no primeiro telex do Governo neerlandês dizia-se que essa condição seria aplicada «provisoriamente»; no entanto, nenhuma questão foi levantada a este respeito, devendo pressupor-se que a condição em questão foi efectivamente aplicada. Para o período de aquecimento de 1986/1987, devia ser aplicado o mesmo sistema mas o limite devia ser revisto em função do circunstancialismo existente nessa data. O Tribunal não foi informado de qualquer ajustamento do limite de 45 ct/m^3. O Governo neerlandês não se referiu directamente ao período iniciado em 22 de Fevereiro de 1985, limitando-se a indicar terem sido concluídas rapidamente

* Tradução do inglês.

negociações entre as partes contratantes, na sequência do despacho do presidente, e que a nova tarifa tinha sido introduzida tão cedo quanto possível, tanto do ponto de vista jurídico como técnico, e tinha sido posta em vigor em 1 de Junho, quando, normalmente, só era modificada trimestralmente (em Outubro, Janeiro, Abril e Julho).

A Comissão entende que as medidas que acabo de descrever não correspondem a uma execução completa da sua decisão. Por isso recorre ao Tribunal, nos termos do segundo parágrafo do n.° 2, do artigo 93.° do Tratado CEE. O referido n.° 2 dispõe nos seus dois primeiros parágrafos:

«Se a Comissão, depois de ter notificado os interessados para apresentarem as suas observações, verificar que um auxílio concedido por um Estado ou proveniente de recursos estatais não é compatível com o mercado comum nos termos do artigo 92.°, ou que esse auxílio está a ser aplicado de forma abusiva, decidirá que o Estado em causa deve suprimir ou modificar esse auxílio no prazo que ela fixar.

Se o Estado em causa não der cumprimento a esta decisão no prazo fixado, a Comissão ou qualquer outro Estado interessado podem recorrer directamente ao Tribunal de Justiça, em derrogação do disposto nos artigos 169.° e 170.°»

A decisão da Comissão que foi impugnada no processo Van der Kooy foi notificada ao Governo dos Países Baixos em 22 de Fevereiro de 1985, tendo portanto começado a produzir efeitos nesta data por força do artigo 191.° do Tratado, que dispõe que «as directivas e as decisões serão notificadas aos seus destinatários, produzindo efeito mediante tal notificação». Nos termos do artigo 1.° da decisão em questão:

«O auxílio representado pela tarifa preferencial de gás natural aplicada nos Países Baixos para a horticultura em estufas aquecidas, a partir de 1 de Outubro de 1984, é incompatível com o mercado comum para os efeitos do artigo 92.° do Tratado CEE e deve ser suprimido» (tradução provisória).

O artigo 2.° dispõe:

«Os Países Baixos comunicarão à Comissão, antes de 15 de Março de 1985 as medidas, adoptadas para dar cumprimento ao disposto no artigo 1.°» (tradução provisória).

A nova tarifa, que substituiu a que vigorava a partir de 1 de Outubro de 1984, foi aplicada a partir de 1 de Junho de 1985 com uma condição específica aplicável a partir de 1 de Outubro de 1985 e consistente no facto de o limite de 45 ct/m^3 se aplicar unicamente a horticultores que utilizavam o gás, com exclusão de outras fontes de energia.

A Comissão afirma, em primeiro lugar, que o auxílio que é objecto da Decisão 85/215 já era ilegal antes da adopção desta decisão. Nunca devia ter sido posto em vigor e é recuperável, como consta da notificação enviada ao Governo neerlandês em Dezembro de 1984 e da ressalva incluída no final dos considerandos do preâmbulo da decisão e nos termos da mesma «não prejudica quaisquer consequências que a Comissão pode vir a tirar, se for necessário, no que diz respeito à recuperação do auxílio acima referido junto dos beneficiários, bem como ao financiamento da política agrícola comum pelo Fundo Europeu de Orientação e de Garantia Agrícola». É possível que seja assim, mas a decisão não impõe ao Governo

dos Países Baixos a obrigação de recuperar o auxílio e o facto de o não fazer não pode significar o não cumprimento da decisão em si mesma. A Comissão, acertadamente, não pretende uma declaração de que os Países Baixos não cumpriram as disposições da decisão por não terem recuperado o auxílio pago antes da data da decisão. O facto de a Comissão ter tido a possibilidade de tomar medidas diferentes ou de as poder tomar agora, com vista à recuperação do auxílio em questão, é irrelevante para a presente acção.

A Comissão afirma existir incumprimento da decisão, em primeiro lugar, pelo facto de o próprio auxílio cuja supressão fora imposta ter continuado a vigorar até à primeira semana de Junho de 1985 e, em segundo lugar, pelo facto de a nova tarifa aplicável a partir desta data constituir, ela própria, um auxílio estatal.

A decisão, adoptada segundo o procedimento previsto no n.° 2 do artigo 93.° do Tratado, não especifica, no artigo 1.°, o prazo no qual o auxílio deve ser suprimido. O Tribunal já tem admitido que a data não precisa necessariamente de ser especificada: acórdão no processo 173/73, Itália/Comissão, Recueil 1974, p. 709, em que se afirma:

«... o espírito e o contexto do artigo 93.° implicam que a Comissão, quando verificar que um auxílio foi instituído ou modificado, ao arrepio do disposto no n.° 3, e nomeadamente quando entender que este auxílio não é compatível com o mercado comum nos termos do artigo 92.°, deve ter a possibilidade de decidir que o Estado interessado deve suprimir ou modificar o auxílio em questão, sem estar obrigada a fixar um prazo e conservando a faculdade de recorrer ao Tribunal se o Estado em causa não der cumprimento à decisão com a diligência desejada» (tradução provisória).

No caso de não ser adoptado o processo previsto no artigo 169.° do Tratado (como ocorreu no processo 171/83 R, Comissão/ /França, Recueil 1983, p. 2621) e de não ser fixada nenhuma data ou não se impor ao Estado em questão a recuperação do auxílio pago antes de uma data determinada, penso que o auxílio deve ser suspenso logo que possível. Se estiverem a ser pagas determinadas importâncias, directamente, pelo Estado, este deveria cessar os pagamentos. Quando o auxílio se apresente sob a forma de aprovação de uma tarifa, esta deve ser suprimida, pondo em vigor uma nova; tal procedimento não tem necessariamente que ser posto em prática na data da notificação da decisão da Comissão. Deve efectuar-se, todavia, «com a rapidez exigida» e pondo em movimento as diligências necessárias.

Uma determinação sob a forma adoptada na decisão em causa não significa, tão-pouco, que quaisquer benefícios resultantes da tarifa durante o período necessário para suspender o auxílio com razoável diligência devam ser recuperados pelo Estado sujeito àquela determinação. Incumbia à Comissão ordenar a recuperação ou proceder às diligências necessárias para a recuperação, como prevê o último considerando da fundamentação da mencionada decisão.

Em consequência, entendo que o Governo neerlandês não se encontrava em situação de incumprimento em 22 de Fevereiro por não ter suprimido imediatamente a tarifa ou não ter procurado obter quaisquer recuperações a partir dessa data.

A Comissão argumenta em seguida haver incumprimento da obrigação de suspender o auxílio a partir de 15 de Março de 1985, data em que os Países Baixos deviam comunicar à Comissão as medidas adoptadas para dar cumprimento ao disposto no artigo 1.° da decisão. Esta data não deve ser necessariamente considerada a data em que a tarifa devia ser suprimida definitivamente. Na minha opinião, a Comissão admitiu ser uma

realidade a necessidade de um prazo razoável para suprimir a tarifa e quis saber o que tinha sido feito. Houve incumprimento por parte do Governo dos Países Baixos por não ter comunicado à Comissão quais as medidas adoptadas e, segundo me parece, por não ter tomado quaisquer providências no sentido de suspender o auxílio, mas não necessariamente por não ter suprimido definitivamente a tarifa na referida data.

O Governo neerlandês responde que tinha o direito de esperar pela decisão do seu recurso de anulação da decisão ou, pelo menos, pela decisão do seu pedido de medidas provisórias, que veio a ser indeferido por despacho do presidente de 3 de Maio de 1985. O demandado considera que teria sido ilógico proceder à modificação das tarifas ao mesmo tempo que procurava obter medidas provisórias destinadas a evitar o prejuízo que seria causado ao sector da horticultura e à Gasunie pela majoração da tarifa.

O artigo 185.° do Tratado, no entanto, dispõe que «os recursos perante o Tribunal de Justiça não têm efeito suspensivo». Evidentemente, o Tribunal pode ordenar a suspensão da execução dos actos impugnados e determinar outras medidas provisórias, em conformidade com os artigos 185.° e 186.°: enquanto não tiver sido proferido um despacho nesse sentido, deve obrigatoriamente ser dado cumprimento àqueles actos, por força das disposições conjugadas dos artigos 185.° e 191.° O facto de ser necessário tempo para tal despacho ser proferido não concede um prolongamento automático do prazo ao destinatário de uma decisão. Entretanto devem ser adoptadas medidas para dar cumprimento à decisão. Este argumento do Governo neerlandês deve, por isso, ser rejeitado.

O Governo neerlandês argumenta, em seguida, que o período de duas semanas mencionado no telex da Comissão de 6 de Maio de 1985, a que já me referi, teve o efeito de prolongar o prazo para a comunicação referida na decisão. Não é manifestamente este o caso. O telex da Comissão de 6 de Maio de 1985 só pode ser visto como uma nova advertência ao Governo dos Países Baixos quanto à sua obrigação de dar cumprimento à decisão.

Nos telex que já mencionei e também nas suas alegações, o Governo neerlandês parece considerar, o mesmo acontecendo em relação à Gasunie, ao Landbouwschap e à Vegin, ter actuado com rapidez nas providências tomadas na sequência do despacho do presidente. As partes, aparentemente, necessitaram de um mês (de 3 de Maio a 4 de Junho de 1985) para alcançar um novo acordo e obter a aprovação do Governo. As razões técnicas prendiam-se, em especial, ao facto de ser necessário proceder, no local, à leitura de todos os contadores a fim de aplicar a nova tarifa. As razões jurídicas prendiam-se à necessidade de informar por escrito as empresas distribuidoras e os horticultores da mudança de tarifa, antes que qualquer aumento pudesse ser estabelecido por contrato. Além disso, era impossível aplicar a nova tarifa retroactivamente: isto implicaria expor os fornecedores e distribuidores a riscos jurídicos (muito possivelmente serem processados pelos horticultores).

Estes argumentos não são totalmente convincentes, especialmente porque, se o preço correspondente à tarifa introduzida em Outubro de 1984 devia ser fixo até Outubro de 1985, os riscos jurídicos resultantes da imposição de um aumento retroactivo existi-

riam igualmente em relação ao período compreendido entre 1 de Junho e fim de Setembro de 1985. Além do mais, declarou-se que a tarifa fora acordada em 4 de Junho, produzindo efeitos a partir de 1 de Junho de 1985, isto é, com reduzida retroactividade. De qualquer maneira, foi possível pôr em vigor uma nova tarifa no espaço de um mês; não há nada que permita supor que não podia ter sido posta em vigor no prazo de um mês a partir da notificação da decisão. Na minha opinião, o Governo neerlandês não deu cumprimento à decisão com a devida rapidez pelo facto de ter adoptado medidas que só produziram efeitos a partir de 1 de Junho de 1985; tão-pouco demonstrou ter começado a tomar as providências necessárias imediatamente após ter sido notificado da decisão. Nesta medida, deixou de dar cumprimento à decisão.

A última questão, e a mais importante, consiste em saber se se pode considerar que, ao suprimir a tarifa aplicável a partir de 1 de Outubro de 1984, substituindo-a pela nova tarifa, o Governo dos Países Baixos não deu cumprimento à Decisão 85/215. Não é necessariamente a mesma questão saber se a nova tarifa constitui, em si própria, um auxílio.

Para mim, a resposta depende, em primeiro lugar, da natureza da obrigação imposta. Tratava-se de suprimir qualquer auxílio aos horticultores que utilizam estufas ou de suprimir um auxílio específico? Entendo que se tratava deste último: era «o auxílio representado pela tarifa preferencial do gás natural aplicada... a partir de 1 de Outubro de 1984» que devia ser suprimido. Esta tarifa, conforme constatou a Comissão, a meu ver, com razão, constituía um auxílio. Era esta a tarifa que devia ser suprimida. Não se prescreviam outras medidas, como tinha sido o caso na decisão de 1981, que determinava a supressão do «auxílio representado pela tarifa preferencial para a horticultura... o mais tardar a partir de 1 de Outubro de 1982 mediante um alinhamento da tarifa hortícola pela tarifa industrial».

Foram feitas, de facto, quatro modificações: a) o preço foi fixado em 45 ct/m^3 para o período compreendido entre 1 de Junho e 1 de Outubro de 1985 e, para o período de aquecimento de 1985/1986, o limite foi elevado de 42,5 ct/m^3 para 45 ct/m^3, podendo ser reconsiderado em função da situação para 1986/1987; b) o limite devia ser aplicado durante dois anos em lugar de um; c) devia aplicar-se apenas aos horticultores que utilizavam exclusivamente o gás; d) a cláusula *set-off* ou de compensação que constava do primeiro acordo foi suprimida.

A segunda modificação era especificamente destinada a opor-se à crítica da Comissão de que um ano era um período demasiado curto para obter o efeito necessário quanto ao programa dos horticultores mas tal modificação parece-me ser de importância secundária. Duvido que a terceira modificação possa ter grande significado, uma vez que a grande maioria dos horticultores está abrangida na categoria em questão e, quanto à quarta modificação, talvez não tenha tido grande efeito prático.

A questão, na realidade, diz respeito à primeira modificação. A este propósito, parece-me fundado o argumento segundo o qual o próprio facto de ter adoptado e mantido a tarifa D aplicável aos utilizadores industriais constituía uma medida preferencial em favor dos horticultores, porquanto, com base nos dados comunicados, estes últimos consomem uma quantidade muitíssimo infe-

rior à que deve ser consumida pelos utilizadores industriais para poderem beneficiar da tarifa D. A Comissão, no entanto, não formulou uma crítica específica a este respeito e a tarifa em questão foi admitida como base do acordo concluído para o período a terminar em 1 de Outubro de 1984. A verdadeira crítica da Comissão quanto à tarifa condenada na sua decisão dizia respeito ao facto de o limite de 42,5 ct/m^3 ser inferior ao preço de equilíbrio, em que as condições de concorrência entre o gás e o carvão eram contrabalançadas, sem vantagem ou desvantagem para qualquer deles, ou seja, 43 e 44,3 ct/m^3, e bem inferior ao preço mínimo susceptível de provocar uma significativa conversão ao carvão (isto é, 46,5 ct/m^3 para uma exploração de dimensão média e 47,5 ct/m^3 para uma exploração maior). O novo limite situava-se, porém, entre 2 e 0,7 cêntimos acima do nível considerado como o preço de equilíbrio; por outro lado, era inferior em 1,5 e 2,5 ct/m^3 ao preço susceptível de provocar uma significativa conversão ao carvão, respectivamente, por parte das explorações médias e grandes.

Segundo a Comissão, o preço de 45 ct/m^3 é ainda demasiado baixo relativamente aos de 46,5 e 47,5 ct/m^3 e tendo em conta o facto de, conforme vem alegado, os preços do carvão terem sido aumentados. Afirma que, por conseguinte, o limite de 45 ct/m^3 representa uma vantagem de 5,8 ct/m^3 para o segundo trimestre de 1985 e de 4,3 ct/m^3 para o terceiro trimestre de 1985 comparado ao preço resultante da aplicação da tarifa D majorada de 0,5 cêntimos. O Governo neerlandês não pôde demonstrar terem sido adoptadas medidas comparáveis quanto ao preço aplicável aos utilizadores industriais susceptíveis de se converter ao carvão, nem demonstrar qual era, na realidade, o risco de os utilizadores em questão se converterem ao carvão. Os Países Baixos também não demonstraram a razão pela qual a tarifa aplicável aos utilizadores industriais não podia ser aplicada igualmente aos horticultores. Deste modo, segundo a Comissão, não foram provados quaisquer critérios objectivos para justificar a nova tarifa, que constitui ainda um auxílio. Além do mais, não estava previsto reexaminar o preço limite com suficiente frequência, a fim de tomar em conta a modificação das circunstâncias. Mais ainda, como assinala o Reino Unido, a existência de um preço limite protege os horticultores neerlandeses contra os efeitos de aumentos bruscos dos preços do petróleo e permite-lhes planear a sua produção com mais segurança do que os seus concorrentes dos outros Estados-membros.

Por outro lado, deve observar-se que, na decisão, se calculou que os preços da ordem de 46,5 ct/m^3 para as explorações médias e de 47,5 ct/m^3 para as grandes explorações acarretariam uma substituição, em menos de três anos, de 30 % do gás natural consumido no sector hortícola pelo carvão. O nível de preços não é, portanto, o nível em que os horticultores começariam a converter-se ao carvão, mas o nível em que, por um período de três anos, Gasunie perderia ou correria o risco de perder um terço das suas vendas no mercado hortícola.

A decisão não exige expressamente que o limite seja fixado a esse nível de preço, ou acima do mesmo; também não me parece que deva ser interpretada como impondo implicitamente a fixação de preços nesse nível, ou acima dele, caso em que se previa que a Gasunie perderia uma parte tão substancial das suas vendas.

Admito que a Comissão não é necessariamente obrigada a fixar o nível de preços em que a tarifa deixe de corresponder a um auxílio mas, não o fazendo, no caso de exigir a supressão de um auxílio específico, deve então permitir-se ao Estado-membro que demonstre que, ao suprimir o auxílio específico e ao adoptar um novo nível de preços, deu cumprimento à decisão que o obrigava a suprimir o auxílio específico criticado. Isto não significa que uma modificação simbólica de uma fracção de um cêntimo sem aparente justificação possa constituir uma supressão de boa-fé da tarifa existente. É preciso que haja uma efectiva supressão e que seja fixada uma nova tarifa. Como resulta dos factos, no caso em apreço, a nova tarifa foi fixada acima do preço de equilíbrio admitido pela Comissão e abaixo do preço considerado susceptível de provocar uma diminuição susbtancial das vendas de gás devido à atracção exercida pelo carvão em relação ao sector hortícola. Com base nestes elementos, já que a Comissão reconhece que, em princípio, se pode adoptar uma tarifa diferenciada quando objectivamente justificada, na minha opinião, não se pode, correctamente, dizer que o Governo dos Países Baixos não tenha suprimido a tarifa específica em vigor a partir de 1 de Outubro de 1984. Esta é a única questão a ser apreciada neste processo e, assim, não deve ser satisfeito o pedido da Comissão quanto à declaração que solicita relativamente ao período posterior a 1 de Junho de 1985.

Isto não implica dizer que a nova tarifa não constituía um auxílio. Pelo contrário, certos elementos invocados pela Comissão e pelos dois Estados-membros intervenientes permitem pensar que a nova tarifa constituía realmente um auxílio estatal. Se a Comissão considerava que tinha sido notificado um novo auxílio, poderia ter recorrido ao processo previsto no n.° 2 do artigo 93.°; se o auxílio em questão não tinha sido notificado, poderia ter tomado providências (por exemplo, recorrer ao Tribunal) para impedir que as medidas propostas fossem postas em vigor, em violação do disposto na parte final do n.° 3 do artigo 93.°. Se assim tivesse procedido, outras seriam as considerações que a sua acção suscitaria, comparadas às que devem ser feitas no presente processo, tal como está delimitado, e teria sido necessário ter em conta qualquer eventual modificação de circunstâncias no momento em que a nova tarifa foi posta em vigor.

Obviamente continua a existir para a Comissão a possibilidade de julgar se as importâncias que entende terem sido pagas como auxílio, com graves consequências para os recorrentes de outros Estados-membros devem ser restituídas e se, de acordo com o seu dever de exame permanente dos regimes de auxílios existentes nos termos do n° 1 do artigo 93.°, deve servir-se dos procedimentos e das competências previstos nos n.os 2 e 3 do artigo 93.°

Na minha opinião, portanto, procede o pedido da Comissão, devendo declarar-se verificado que o Governo dos Países Baixos não deu cumprimento com a necessária diligência à decisão em causa ao pôr em vigor uma nova tarifa apenas com efeitos a partir de 1 de Junho de 1985. Quanto aos outros pedidos, proponho-vos que sejam indeferidos. Cada uma das partes e os Estados-membros intervenientes deveriam suportar as respectivas despesas.