II

(Actos cuja publicação não é uma condição da sua aplicabilidade)

COMISSÃO

DECISÃO DA COMISSÃO

de 31 de Outubro de 1995

relativa a um auxílio de Estado concedido pela Freie und Hansestadt Hamburg à empresa siderúrgica CECA Hamburger Stahlwerke GmbH de Hamburgo

(Apenas faz fé o texto em língua alemã)

(Texto relevante para efeitos do EEE)

(96/236/CECA)

A COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS,

Tendo em conta o Tratado que institui a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço e, nomeadamente, a alínea c) do seu artigo 4º,

Tendo em conta a Decisão nº 3855/91/CECA da Comissão, de 27 de Novembro de 1991, que cria normas comunitárias para os auxílios à siderurgia [1],

Após ter convidado os outros Estados-membros e terceiros interessados a apresentar as suas observações, em conformidade com o nº 4 do artigo 6º da mencionada decisão,

Tendo em conta as observações recebidas,

Considerando o seguinte:

I

Em 6 de Julho de 1994, a Comissão decidiu dar início ao processo previsto no nº 4 do artigo 6º da Decisão nº 3855/91/CECA (Código dos auxílios à siderurgia) relativamente a um conjunto de medidas financeiras tomadas pela Freie und Hansestadt Hamburg (seguidamente designada por «cidade de Hamburgo») a favor da empresa Hamburger Stahlwerke GmbH (designada seguidamente por «HSW»). A Comissão, com base nas informações fornecidas pelo Governo federal, chegara à conclusão de que o empréstimo de 20 milhões de marcos alemães (a seguir designados «marcos») concedido pelo Hamburgische Landesbank Girozentrale (designado seguidamente por «HLB») aos sócios da Protei Produktionsbeteiligungen GmbH & Co. KG (designada seguidamente por «Protei») e a linha de crédito de 130 a 184 milhões de marcos, que inclui um crédito intercalar de 10 milhões de marcos concedido à HSW pelo HLB de 1984 a 1994, eram susceptíveis de constituir auxílios estatais incompatíveis com o Código dos auxílios à siderurgia e com o Tratado que institui a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço.

Por carta de 14 de Julho de 1994, a Comissão informou o Governo alemão da sua decisão de dar início àquele procedimento, tendo-o convidado a apresentar as suas observações e a transmitir as informações complementares que considerasse necessárias. A resposta das autoridades alemãs, de 8 de Setembro de 1994, continha informações suplementares relativas às medidas financeiras em causa, bem como diversos argumentos tendentes a justificar a opinião do Governo federal segundo a qual estas medidas não constituíam auxílios estatais (ver parte III da presente decisão no que diz respeito à posição defendida pelo Governo federal nas suas diversas comunicações).

Com a publicação no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias* [2] da carta pela qual a Comissão informou o Governo federal da sua decisão de dar início ao procedimento, os outros Estados-membros e terceiros interessados foram convidados a apresentar as suas observações.

[1] JO nº L 362 de 31. 12. 1991, p. 57.

[2] JO nº C 293 de 21. 10. 1994, p. 3.

A Comissão recebeu as seguintes observações no quadro do mencionado procedimento:

— o Governo de um Estado-membro indicou que considerava as medidas financeiras descritas na comunicação como auxílios estatais susceptíveis de falsear a concorrência na Comunidade em detrimento dos concorrentes da HSW que operavam no seu território. Este Governo convidou a Comissão a examinar de forma aprofundada todas as operações que ocorreram entre a HSW, o HLW e a cidade de Hamburgo, com vista a verificar a sua compatibilidade com o Código dos auxílios à siderurgia,

— uma importante empresa siderúrgica europeia afirmou que as medidas financeiras descritas na comunicação constituíam um auxílio ilícito à luz do Tratado CECA e do Código dos auxílios à siderurgia. Esta empresa questionou a possibilidade da HSW poder vir a ser alguma vez economicamente viável, mesmo após outras injecções de capital, sendo a sua produtividade, segundo certas fontes, claramente inferior à de empresas alemãs comparáveis,

— uma federação nacional de produtores siderúrgicos sublinhou que o empréstimo de 20 milhões de marcos concedido aos sócios da Protei, que serviu para aumentar o capital inicial da HSW em 1984, era ilegal devido ao facto de não ter sido notificado previamente à Comissão. A mencionada federação considera que os empréstimos concedidos pelo HLB à HSW constituem, pelo menos em parte, auxílios que contribuíram para manter em actividade durante dez anos um importante concorrente de alguns dos seus membros.

Estas observações foram transmitidas ao Governo federal por carta de 5 de Janeiro de 1995, solicitando-lhe que apresentasse as suas observações a este respeito. Por carta do mesmo dia, a Comissão convidou o Governo federal a enviar-lhe informações pormenorizadas relativas a notícias da imprensa segundo as quais o HLB tinha prorrogado a sua linha de crédito à HSW, após o seu vencimento no final de 1994.

Por carta de 11 de Janeiro de 1995, o Governo federal informou a Comissão que a linha de crédito não tinha sido prorrogada e que a HSW tinha sido vendida. Comunicou igualmente outras informações pormenorizadas relativas a esta operação. Por carta de 7 de Fevereiro de 1995, o Governal federal comunicou à Comissão as suas observações relativamente aos comentários emitidos pelos outros Estados-membros e terceiros interessados, tendo-lhe transmitido certas informações relativas à venda de participações na HSW à empresa neerlandesa Venuda Investments BV (designada seguidamente por «Ispat»), que pertence ao grupo Ispat, cuja sede se localiza em Jacarta (Indonésia).

Por carta de 13 de Março de 1995, a Comissão solicitou informações complementares relativamente à venda das participações e às medidas financeiras correspondentes tomadas pelo HLB e pela cidade de Hamburgo. A resposta do Governo federal foi registada em 28 de Abril de 1995. Por carta de 10 de Maio de 1995, a Comissão solicitou diversas informações adicionais, nomeadamente fotocópias de certos documentos, que lhe foram enviados por carta de 15 de Maio de 1995, com excepção de um documento classificado como confidencial e para utilização interna. Em 22 de Maio de 1995, teve lugar em Bruxelas um encontro entre os representantes do Senado de Hamburgo, do Governo federal e da Comissão. Por carta de 14 de Junho de 1995, o Governo federal transmitiu à Comissão certas informações complementares, nomeadamente fotocópia da documentação relativa ao concurso por meio do qual foi realizada a venda da HSW, e apresentou-lhe certos argumentos.

Em 20 de Junho de 1995, realizou-se em Hamburgo um encontro entre os representantes do Senado de Hamburgo, do Governo federal e da Comissão, com vista a discutir certos aspectos da venda da HSW e a trocar pontos de vista sobre a possível apreciação do caso. Por cartas de 25 de Julho e 18 de Agosto de 1995, as autoridades alemãs comunicaram à Comissão informações suplementares relativas ao financiamento da HSW desde 1984 e à utilização dos auxílios autorizados pela Comissão em 1984 e 1985.

II

De acordo com as informações disponíveis, os factos apresentam-se da seguinte forma:

A antiga empresa Hamburger Stahlwerke GmbH foi fundada em 1961 e começou as suas actividades siderúrgicas em 1969. Foi deficitária durante todo o período 1969 a 1982, salvo em 1974 e em 1979.

Até 1981, os prejuízos da ordem de 204 milhões de marcos foram cobertos pelos seus sócios Korf Stahl Ag e Ferrocontor Beteiligungsgesellschaft mbH. Em 1982, a empresa acusou um prejuízo de 172 milhões de marcos, que não foi coberto pelos seus sócios. Em 20 de Janeiro de 1983, o tribunal competente deu início a um processo de concordata. O gestor judicial tentou encontrar um comprador para a empresa a fim de permitir a prossecução da sua actividade. Em 9 de Dezembro de 1983, tendo falhado a concordata, o tribunal deu início ao processo de falência.

O HLB adquiriu participações na antiga empresa Hamburger Stahlwerke GmbH a partir de 1972, tendo desde 1974 detido sempre 49 % das participações a título fiduciário como garantia pelos créditos de tesouraria e investimento que tinham sido concedidos sem garantia ou cobertura financeira equivalente da cidade de Hamburgo. No início do processo de falência, o HLB detinha créditos num montante de 52 milhões de marcos não garantidos pela cidade de Hamburgo. Outros créditos no valor de 129 milhões de marcos estavam garantidos pela cidade de Hamburgo, que possuía assim um direito de regresso sobre a massa falida. O total dos créditos sobre a antiga empresa Hamburger Stahlwerke GmbH detidos pelo HLB e pela cidade de Hamburgo não foi considerado crédito exigível no âmbito do processo de falência, dado que um segundo acórdão proferido por um tribunal de última instância (1) considerara que o HLB era sócio da antiga

(1) *Bundesgerichtshof* (Tribunal Federal de Justiça), acórdão de 19 de Setembro de 1988, ref. II ZR 255/87, em «Der Betrieb» 1988, p. 2141. Decisões precedentes: *Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg* (Tribunal Regional Superior de Hamburgo), acórdão de 24 de Julho de 1987, ref. 11 U 182/86, em «Der Betrieb» 1987, p. 1778, e *Landgericht Hamburg* (Tribunal Regional de Hamburgo), sentença de 15 de Agosto de 1986, ref. 3 O 288/84.

empresa Hamburger Stahlwerke GmbH e agia como empresa fiduciária da cidade de Hamburgo. Esta conclusão do tribunal teve por consequência jurídica que todas as injecções de tesouraria que ocorreram após 1981, se bem que tendo sido formalmente efectuadas sob a forma de empréstimos, deviam ser consideradas como capitais próprios. Estes empréstimos foram considerados como empréstimos participativos. Por conseguinte, os créditos do HLB e da cidade de Hamburgo só teriam sido recuperados se a liquidação da antiga empresa Hamburger Stahlwerke GmbH tivesse dado lugar, no quadro de processo de falência, a um excedente após o pagamento a todos os credores privilegiados e não privilegiados.

Tendo em conta que o gestor judicial, que foi em seguida designado liquidatário judicial já tinha tentado sem sucesso encontrar um comprador para a fábrica no quadro da concordata, o HLB e a cidade de Hamburgo decidiram intervir para assegurar a continuidade da empresa, criando uma nova empresa que adquiriria os activos da antiga empresa Hamburger Stahlwerke GmbH pelo valor de uma empresa em funcionamento. Nesta base, os dois credores tinham expectativas, segundo o Governo federal, de reaver pelo menos uma parte dos seus créditos de mais de 181 milhões de marcos.

O liquidatário judicial e o gestor da empresa elaboraram um plano de reestruturação. Criaram a empresa Protei Produktionsbeteiligungen GmbH & Co. KG e adquiriram, no início de 1984, as actividades e os activos da antiga empresa Hamburger Stahlwerke GmbH por intermédio da empresa recentemente constituída Neue Hamburger Stahlwerke GmbH, filial a 100 % da Protei, rebaptizada no decurso do mesmo ano Hamburger Stahlwerke GmbH (HSW).

A antiga empresa Hamburger Stahlwerke GmbH foi liquidada. O Governo federal indicou que a solução escolhida, a saber, a continuação da exploração pela nova empresa, tinha permitido reduzir os prejuízos resultantes do financiamento da antiga empresa de 52 para menos de 5 milhões de marcos no caso do HLB, isto é, cerca de 90 %, e no caso da cidade de Hamburgo, de 129 para 52 milhões de marcos, uma redução de 77 milhões de marcos, isto é, cerca de 60 %.

O capital social inicial da Protei (20,2 milhões de marcos) foi constituído por um empréstimo de 20 milhões de marcos concedido pelo HLB aos sócios desta empresa, a saber, o liquidatário judicial e o gestor da HSW. A cidade de Hamburgo tinha colocado uma soma de 20 milhões de marcos à disposição do HLB com instruções para a utilizar para cobrir o empréstimo aos sócios da Protei. Somente uma pequena parcela do capital inicial da Protei foi uma contribuição directa dos seus sócios, tendo cada um contribuído com 100 000 marcos. O capital social inicial da HSW, que se elevava igualmente a 20,2 milhões de marcos, foi constituído pelo seu único sócio, a Protei, que utilizou para o efeito os capitais obtidos da cidade de Hamburgo por intermédio do liquidatário judicial, do gestor e do HLB.

O contrato concluído entre o HLB, a Protei, o gestor e o liquidatário judicial previa que o reembolso do capital e o pagamento dos juros só teriam lugar se a HSW obtivesse lucros. A taxa de juro foi fixada à taxa de desconto acrescida de 7,5 %, com um limiar máximo, no entanto, de 15 % ao ano. As partes concordaram que os patrimónios privados do liquidatário judicial e do gestor seriam independentes do empréstimo, do seu reembolso e do pagamento de juros, sendo reembolsados pelo HLB todos os encargos fiscais e outras despesas ocasionadas pela participação da Protei na HSW. A Protei renunciou ao seu direito de participar na distribuição dos lucros da HSW numa proporção equivalente à do valor emprestado relativamente ao capital social total da HSW.

Para além disso, o contrato previa que a Protei devia continuar a exploração da HSW, não podendo, sem o acordo do HLB, colocá-la em liquidação e que as decisões relativas à gestão ou ao conselho de administração ficavam subordinadas ao acordo prévio do HLB. O contrato previa ainda que a Protei não podia vender participações da HSW sem autorização do HLB. Foi acordado que, mediante instruções do HLB, a Protei seria responsável por dar início às negociações com eventuais compradores. O HLB reservou o direito de participar, na qualidade de observador, em eventuais negociações com vista à venda da HSW.

Na sua comunicação de 8 de Setembro de 1994, o Governo federal explicou que o contrato, que confere ao HLB e à cidade de Hamburgo uma influência determinante na gestão da HSW, expõe a cidade, sem que seja proprietária da empresa, a um risco equivalente ao que corre um proprietário que investe capital de risco.

Entre 1984 e 1994, foram reembolsados 2,8 milhões de marcos do capital e pagos juros no valor de 2,7 milhões de marcos ao HLB relativamente ao empréstimo de 20 milhões de marcos. Em 19 de Junho de 1986, a HSW procedeu a um aumento do capital de 11,5 milhões de marcos, mediante recursos próprios.

O plano de reestruturação foi apoiado através de auxílios autorizados pela Comissão (46 milhões de marcos de auxílios ao investimento, ao encerramento, à investigação e desenvolvimento, à cobertura de prejuízos de exploração e uma garantia do Estado sobre 40 milhões de marcos). Finalmente, a HSW recebeu somente 23,5 milhões de marcos de auxílios ao investimento, ao encerramento e à cobertura de prejuízos de exploração. O saldo de 22,5 milhões de marcos não foi pago, dado que o Governo federal recusou pagar a sua parcela das subvenções ao investimento, tendo uma parte dos investimentos apoiados sido já realizados pela antiga empresa HSW e acabando outra parte por não se realizar. O Governo federal recusou-se igualmente a pagar a sua parcela de 15 milhões de marcos, dado que as subvenções destinadas a cobrir prejuízos de exploração eram destinadas aos prejuízos da antiga empresa HSW, que se encontrava em liquidação, e não a encargos da nova empresa. Nunca foram utilizadas as garantias autorizadas sobre 27 milhões de marcos, tendo a HSW escolhido outras formas de financiamento.

Em 1984, quando a HSW iniciou as suas actividades, o HLB concedeu-lhe uma linha de crédito de 130 milhões de marcos com base em contratos anuais renovados regu-

larmente, tendo sido 60 % da linha de crédito (78 milhões de marcos) concedida por ordem da cidade de Hamburgo. Em conformidade com a legislação alemã (§ 778 do Bürgerliches Gesetzbuch, Código Civil, designado seguidamente por «BGB»), a cidade de Hamburgo tem que indemnizar o banco relativamente a todos os encargos em que possa incorrer na execução da ordem, como se o banco tivesse obtido uma garantia para este crédito (§§ 765 e seguintes do BGB). A linha de crédito foi garantida através de uma cedência, a título de caução, do activo circulante e dos créditos da HSW sobre terceiros. O Governo federal informou a Comissão que as cauções tinham sido avaliadas, entre 1984 e 1994, da seguinte forma:

Prazo	Valor das cauções em milhões de marcos alemães	Cauções em percentagem da linha de crédito
30. 12. 1984	144,0	110,7
30. 12. 1985	157,2	120,9
30. 12. 1986	130,0	100,0
30. 12. 1987	144,1	110,8
30. 12. 1988	172,4	132,6
30. 12. 1989	174,7	134,3
30. 12. 1990	204,3	157,1
30. 12. 1991	167,0	128,4
30. 12. 1992	179,1	137,7
30. 12. 1993	208,4	138,9
30. 12. 1994	204,6	117,5

Salvo em quatro exercícios, a HSW incorreu em prejuízos entre 1984 e 1993. Os quadros que seguem demonstram os resultados da actividade normal da empresa (em milhões de marcos):

1984	+ 13,3
1985	− 2,6
1986	+ 1,3
1987	− 16,5
1988	− 5,7
1989	+ 15,7
1990	+ 8,9
1991	− 8,5
1992	− 19,8
1993	− 24,4

Até 1992, a linha de crédito do HLB nunca foi utilizada na totalidade. Nesse ano, a HSW sofreu prejuízos de cerca de 20 milhões de marcos; necessitou de uma prorrogação da linha de crédito, que expirava no final do ano, e de uma linha de crédito suplementar no mesmo montante para se manter em actividade. O HLB, na sua qualidade de banco comercial e exercendo práticas comerciais sãs, recusou a prorrogação da linha de crédito. Sob ordem da cidade de Hamburgo, concedeu finalmente, em Dezembro de 1992, um reforço do crédito de 20 milhões de marcos, com a condição, exigida pela Comissão dos créditos da cidade de Hamburgo, de a empresa apresentar um plano de reestruturação adequado.

Em 1993, a HSW registou prejuízos de 24,4 milhões de marcos. A empresa necessitou de uma prorrogação suplementar da linha de crédito que terminava no final do ano, aumentada de 150 milhões de marcos, bem como de um novo aumento do crédito para prosseguir as suas actividades. A direcção do HLB recusou a prorrogação da linha de crédito. O banco não estava disposto sequer a prorrogar o seu compromisso anterior, num valor de 52 milhões de marcos, que não estava coberto pela ordem de crédito da cidade de Hamburgo. A cidade de Hamburgo ordenou ao HLB que prorrogasse a linha de crédito, com efeito a contar de 1 de Janeiro de 1994, e que concedesse à empresa um crédito suplementar de 24 milhões de marcos juntamente com um crédito intercalar de 10 milhões de marcos. A totalidade da linha de crédito, incluindo o crédito intercalar, estava, por conseguinte, coberta pela obrigação da cidade de Hamburgo de reembolsar o banco por todos os encargos correspondentes. A cidade de Hamburgo assumiu assim a totalidade do risco económico associado aos empréstimos concedidos à empresa.

O relatório de peritos elaborado em Janeiro de 1994, a pedido da Comissão dos créditos da cidade de Hamburgo, indicava que em caso de falência da HSW, a cidade incorreria num prejuízo de cerca de 200 milhões de marcos. Segundo os autores do relatório, a privatização da empresa seria a melhor solução, uma vez que os gastos imputados às finanças municipais seriam então menores «que no caso de um apoio continuado até à completa reestruturação». Foi decidido iniciar negociações com compradores potenciais, a fim de recuperar a prazo, pelo menos, uma parte dos empréstimos.

Em Fevereiro de 1994, a Protei transferiu a sua participação na HSW para o gestor da empresa. Em contrapartida, este responsabilizou-se perante o HLB pelos restantes compromissos no valor de 17,2 milhões de marcos sobre o empréstimo de capital social de 20 milhões de marcos, tendo de pagar um preço de venda de somente 275 000 marcos. Este preço de venda foi pago graças a um empréstimo concedido pelo HLB. Foi igualmente reconhecido o direito do gestor de reembolsar os empréstimos transferindo a sua participação na HSW para o HLB, independentemente do facto de o valor das participações ser ou não suficiente para satisfazer os créditos do banco.

Em Agosto de 1994, pouco antes de a Comissão ter decidido dar início ao presente processo, um banco de investimentos privado, encarregado pela cidade de Hamburgo de organizar e coordenar a venda da HSW, abriu um concurso convidando as empresas siderúrgicas alemãs e internacionais a apresentar propostas para a aquisição da HSW. O processo de concurso informava os candidatos potenciais que o gestor tinha habilitado a cidade de Hamburgo a dispor das participações na HSW e que a cidade, auxiliada pelo banco de investimentos, procedia à venda da empresa.

Mediante contrato de 27 de Dezembro de 1994, a HSW foi comprada pela Ispat. A transferência das participações produziu efeito em 1 de Janeiro de 1995. O preço de venda das participações, de 10 milhões de marcos, foi pago ao gestor, que transmitiu imediatamente este valor ao HLB. Seguindo as instruções do banco, que podia exigir ao gestor a cedência das participações na sociedade, este cedeu as suas participações à Ispat, eliminando desta forma os créditos do banco que resultavam do empréstimo de 20 milhões de marcos de 1984 e do empréstimo de 275 000 marcos que lhe tinha sido concedido para o pagamento do preço de venda das participações na HSW.

No decurso de 1994, a linha de crédito foi utilizada quase totalmente. Em 15 de Setembro de 1994, por exemplo, a HSW utilizou 173,7 milhões de marcos. Em 30 de Dezembro de 1994, a empresa tinha utilizado a linha de crédito num valor de 166,7 milhões de marcos. Em 31 de Dezembro de 1994, o HLB detinha sobre a HSW um crédito de 154,1 milhões de marcos relativo à linha de crédito, totalmente garantido pela ordem da cidade de Hamburgo. O Governo federal não explicou como e porquê a utilização da linha de crédito foi reduzida de 30 para 31 de Dezembro, não tendo informado a Comissão da possível utilização do crédito intercalar de 10 milhões de marcos.

O HLB e a Ispat concluíram um contrato separado, no mesmo dia em que se assinou o contrato entre o gestor da empresa e a Ispat relativo à transferência das participações na HSW. Aquele contrato, que cobre a venda à Ispat dos créditos do HLB sobre a HSW decorrentes da linha de crédito, representa a parte mais importante dos acordos contratuais relativos à venda da HSW. O contrato entre o HLB e a Ispat foi redigido com base num modelo muito próximo dos contrato-tipo que utilizou o Treuhandanstalt, o organismo de direito público encarregado da privatização das antigas empresas estatais da Alemanha Oriental, para as suas privatizações. No preâmbulo do contrato estipula-se que a cidade de Hamburgo «tem o maior interesse em que a HSW continue em funcionamento e, deste modo, se mantenham os postos de trabalho». Acrescenta-se ainda que os capitais próprios da HSW têm um valor negativo e que, «nas actuais circunstâncias, não se prevê uma injecção complementar de meios através do HLB». A HSW aparece, por conseguinte, à beira da falência.

O contrato indica igualmente que os empréstimos concedidos pelo HLB devem ser considerados como empréstimos participativos, isto é, que em caso de falência da empresa não devem ser tratados como créditos exigíveis, mas sim como capitais próprios trazidos para a empresa por um sócio num momento em que a empresa tinha necessidade deste capital suplementar para evitar a falência. Segundo as disposições do contrato, os créditos totais do HLB sobre a HSW são transferidos para a Ispat a um preço a determinar graças a uma fórmula complexa. O produto desta fórmula é designado pelos termos «valor de liquidação e de cessação de actividade». É o montante que a Ispat poderia obter se ela decidisse não continuar a exploração da HSW e realizar directamente todos os bens de equipamento, existências e créditos. Ao preço de venda fixado segundo esta fórmula são deduzidos os encargos resultantes do despedimento de, no máximo, 100 membros do pessoal e da direcção da HSW, os encargos resultantes do encerramento de duas filiais e certos encargos relativos à aplicação do contrato. O contrato estipula igualmente que a Ispat não será responsabilizada pelas obrigações relacionadas com os danos ambientais ocorridos no terreno utilizado pela HSW. O HLB aceitou que os gastos de saneamento do terreno fossem deduzidos do preço de venda, se estas obrigações não fossem anuladas. As autoridades alemãs estimam que o preço de venda, que não foi ainda fixado definitivamente, se situe entre 44 e 74 milhões de marcos (entre 28 % e 48 % do montante utilizado da linha de crédito do HLB). A Ispat não será obrigada a pagar o preço de venda directamente. Será obtido através dum empréstimo do HLB, garantido por uma caução bancária a constituir pela Ispat e que não poderá ser rescindido antes de 31 de Dezembro de 1995.

Segundo as disposições do contrato, o comprador deve prosseguir a exploração da HSW mantendo os níveis de produção médios de 1994. Deve assegurar-se de que a HSW produz basicamente aço de qualidade, realiza investimentos num valor mínimo de 70 milhões de marcos, mantém 630 postos de trabalho, conserva uma participação maioritária na HSW, pelo menos, até ao final de 1999 e amplia o capital social em 30 milhões de marcos. O comprador deve igualmente aceitar que o HLB controle o cumprimento destas obrigações, que caducam no final de 1999, sendo garantidas mediante sanções previstas no contrato.

No que diz respeito ao presente processo, iniciado em Julho de 1994, as partes acordaram em fazer todo o possível para se defenderem, recorrendo aos meios legais disponíveis, de qualquer medida tomada pela Comissão relativamente aos créditos ou à sua garantia pela cidade de Hamburgo e, se necessário, adaptar o contrato para garantir a continuidade da HSW. O HLB tomou nota de que «a Ispat e a HSW não assumirão as obrigações financeiras em que poderiam eventualmente incorrer como resultado de uma decisão».

III

O Governo federal é de parecer que as medidas financeiras tomadas pela cidade de Hamburgo e pelo HLB relativamente à HSW não constituem auxílios estatais.

No que diz respeito ao empréstimo de 20 milhões de marcos concedido para reforço do capital social inicial da HSW, o Governo alemão admite que o Estado assumiu, no caso em apreço, um risco financeiro equivalente ao de um proprietário que investe capital de risco, considerando que, nessa altura, um investidor numa economia de mercado teria agido da mesma forma.

Uma vez liquidados os bens da antiga empresa Hamburger Stahlwerke GmbH, a cidade de Hamburgo e o HLB detinham créditos no valor de 181 milhões de marcos que o tribunal competente considerou corresponderem a empréstimos participativos. Consequentemente, os dois credores só seriam reembolsados após todos os credores, privilegiados e não privilegiados, terem sido indemnizados no quadro do processo de falência. O gestor judicial, que é também o liquidatário judicial, já tinha tentado, sem sucesso, encontrar um comprador que estivesse disposto a prosseguir a exploração. Aquando do início do processo de falência, a cidade de Hamburgo e o HLB decidiram apoiar a compra da empresa na base do seu valor em funcionamento, a fim de aumentar o património em liquidação o suficiente para permitir que, pelo menos, uma parte dos créditos pudesse ser reembolsada definitivamente. As autoridades alemãs pensam que numa tal situação, um investidor privado teria igualmente investido os capitais necessários para assegurar a continuidade da empresa.

Para além disso, o Governo federal pensa que se deve considerar que o empréstimo de 20 milhões de marcos concedido por ordem da cidade de Hamburgo está coberto pelas decisões da Comissão de 1984 e 1985, por força das quais tinham sido autorizadas garantias estatais num valor de 40 milhões de marcos. Nunca foram utilizadas as garantias autorizadas no valor de 27 milhões de marcos, tendo a empresa privilegiado outras formas de financiamento.

No que diz respeito à linha de crédito, as autoridades alemãs sublinham que a mesma esteve sempre coberta pelas garantias que um banco privado teria igualmente considerado suficientes no caso de uma linha de crédito equivalente. Segundo o Governo alemão, o único motivo para a selecção do banco público HLB foi que oferecia melhores condições que os bancos privados devido à sua situação privilegiada. O facto de 60 % da linha de crédito ter sido coberta desde o início pela ordem de crédito da cidade de Hamburgo explica-se pela impossibilidade da HSW constituir garantias imobiliárias, uma vez que não possuía terrenos próprios. O HLB tem a reputação, segundo o Governo federal, de ser um banco muito prudente, que atribui muita importância à exclusão do mais pequeno risco relacionado com as suas operações. O facto de o HLB ter exigido uma garantia suplementar, constituída pela ordem de crédito da cidade de Hamburgo, não é um indício, sempre segundo o Governo alemão, de que um banco privado não teria concedido uma tal linha de crédito sem uma garantia equivalente. Consequentemente, só se deve considerar a ordem de crédito da cidade de Hamburgo como uma transferência do risco do HLB para a cidade, operação que se limitaria a um efeito interno sobre o orçamento da cidade, sendo independente da HSW. É a razão, segundo o Governo federal, pela qual a linha de crédito não constituiu um auxílio estatal, pelo menos, durante o período 1984 a 1992.

Relativamente ao reforço da linha de crédito em 20 milhões de marcos, efectuado em Dezembro de 1992, por ordem da cidade de Hamburgo, sendo o risco totalmente assumido pelos poderes públicos, o Governo federal sublinhou que o HLB estava confrontado com a alternativa seguinte: autorizar o reforço da linha de crédito, necessário para a prossecução da exploração da HSW, ou amortizar a totalidade do seu compromisso, considerando-o como irrecuperável. A ordem de crédito da cidade de Hamburgo, que cobre o compromisso do HLB como uma garantia, deve ser unicamente considerada, segundo o Governo federal, como o auxílio prestado pela cidade de Hamburgo para preservar a HLB, dela dependente, dos riscos decorrentes da jurisprudência em matéria de empréstimos participativos. Não foi a ordem de crédito, afirma o Governo federal, que incitou o banco, em Dezembro de 1992, a prorrogar a linha de crédito. Um banco privado que tivesse a escolha entre, por um lado, prosseguir e alargar o seu compromisso e, por outro, perder a totalidade do seu financiamento, teria, assim o considera, tomado a mesma decisão.

No referente à prorrogação da linha de crédito, em Dezembro de 1993, ao seu reforço em 24 milhões de marcos e à concessão de um crédito intercalar de 10 milhões de marcos, bem como à extensão da ordem de crédito da cidade de Hamburgo à totalidade do financiamento da HSW, o Governo federal considera que este comportamento da cidade se justifica pela necessidade de transferir a empresa para o sector privado em condições comercial e socialmente aceitáveis.

O HLB não estava disposto a prosseguir o seu compromisso financeiro, nomeadamente no que diz respeito ao montante de 52 milhões de marcos que tinha emprestado anteriormente e que estava garantido pelo activo circulante da HSW. O Governo federal explica essa atitude por um novo acórdão (1) relativo aos empréstimos participativos, tendo por consequência a transformação da totalidade dos créditos concedidos pelo HLB neste tipo de empréstimo, que seriam totalmente perdidos em caso de falência.

A cidade de Hamburgo, exposta ao mesmo risco relativamente ao seu compromisso de 98 milhões de marcos, decidiu prestar o financiamento necessário com vista a permitir, pelo menos, o reembolso parcial dos empréstimos e a continuidade da empresa após a transferência organizada da empresa e dos riscos correspondentes para o sector privado. O Governo federal considera que este compromisso da cidade de Hamburgo é comparável a um investimento de alto risco (junk bond), que estaria disponível, segundo certas fontes, a uma taxa de juro de 15 % no mercado financeiro americano. Se a totalidade do financiamento da HSW, após Dezembro de 1993, constituísse um auxílio estatal, o valor em questão estaria limitado, segundo o Governo federal, a esta taxa de juro, tendo tido a empresa a possibilidade de recorrer aos junk bonds americanos para o seu financiamento.

(1) Este acórdão do Tribunal Federal de Justiça, de 13 de Julho de 1992, publicado em 2 de Outubro de 1992 em «Der Betrieb» 1992, p. 2026, referia-se a um processo, sem relação com o presente caso, no qual um credor e um devedor se encontravam numa relação contratual semelhante à do HLB com a HSW.

O Governo federal apresentou complementarmente os mesmos argumentos que utilizou para o reforço da linha de crédito em 20 milhões de marcos em Dezembro de 1992. É de parecer que um banco privado teria agido como a cidade de Hamburgo, uma vez que esta decidiu garantir toda a linha de crédito reforçada em 24 milhões de marcos e um crédito intercalar de 10 milhões de marcos.

IV

A Hamburger Stahlwerke GmbH é uma empresa abrangida pelo artigo 80º do Tratado CECA, uma vez que fabrica produtos enumerados no seu anexo I. Por conseguinte, são aplicáveis no presente processo as disposições contidas no Tratado CECA e no Código dos auxílios à siderurgia.

Um auxílio estatal na acepção da alínea c) do artigo 4º do Tratado CECA consiste, nomeadamente, em qualquer transferência de capitais públicos para empresas siderúrgicas públicas ou privadas sob a forma de aquisições, participação, dotações de capital ou medidas similares, se esta transferência não constituir uma verdadeira dotação de capitais de risco segundo a prática normal de investimento normal na empresa em questão, na perspectiva de obter um proveito ulterior ou outra forma de rendibilidade [1].

Desde a sua fundação em 1984, a Hamburger Stahlwerke GmbH foi de facto uma empresa pública. O Estado detinha a totalidade do capital social que foi investido na empresa por intermédio do HLB, do liquidatário judicial, do gestor e da Protei. O gestor e o liquidatário judicial, os dois únicos sócios que exerciam um controlo sobre a Protei, a única associada da HSW e que assumia igualmente a gestão, estavam limitados por obrigações estritas, decorrentes do contrato concluído com o HLB, privando-os dos direitos básicos que lhes confere normalmente a posição de sócio.

A situação contratual criada em 1984, permitiu que a cidade de Hamburgo detivesse o controlo da HSW por intermédio do HLB. Em conformidade com o seu artigo 83º, o Tratado CECA em nada prejudica o regime de propriedade das empresas submetidas às suas disposições. Os Estados-membros são livres de explorar empresas siderúrgicas públicas.

No que diz respeito ao empréstimo de 20 milhões de marcos concedido pela cidade de Hamburgo à Protei, por intermédio do HLB, com o objectivo de constituir o capital social inicial da HSW, deve-se concluir que este é equivalente à injecção directa de capitais próprios. O contrato concluído entre o banco público, agindo de acordo com instruções da cidade de Hamburgo, e os credores previa que o Estado só obteria o reembolso do capital e dos juros se a HSW obtivesse lucros. Por força destas disposições, somente foram reembolsados 2,8 milhões de marcos a título do capital e 2,7 milhões a título de juros por um período de 10 anos. A venda das participações obtidas a título de indemnização cobriu um montante suplementar de 10 milhões de marcos de tal forma que o prejuízo final da cidade de Hamburgo no quadro do empréstimo do capital social se eleva, sem ter em conta os juros normais, a 4,5 milhões de marcos. As disposições relativas ao reembolso do capital e dos juros do empréstimo de capital social correspondem aos dividendos a que deve aspirar um investidor que invista capitais de risco numa sociedade de responsabilidade limitada. Por conseguinte, o empréstimo deve ser considerado como uma dotação de capitais próprios.

Não é convincente o argumento do Governo federal segundo o qual um investidor privado estaria igualmente disposto a colocar capitais de risco à disposição da HSW com vista à prossecução da exploração da antiga empresa Hamburger Stahlwerke GmbH. A Comissão, sempre que examinou se, num dado caso, a disponibilização de capitais próprios correspondia à prática normal de uma economia de mercado, fundamentou-se sempre no comportamento de investidores privados numa situação rigorosamente idêntica à do Estado. O gestor judicial tentou, durante um ano, sem sucesso, encontrar um investidor privado para retomar as actividades da empresa. As reacções dos investidores contactados, no quadro destas diligências tendentes a encontrar um interessado, demonstram que um investidor privado, que não se encontrasse numa relação especial com a antiga empresa Hamburger Stahlwerke GmbH, não teria injectado capitais de risco para financiar uma empresa em funcionamento.

Quando em 1984, a Comissão examinou os auxílios relacionados com o plano de reestruturação apresentado pelo Governo federal, considerou que a empresa era viável com base na intenção presumida do investidor privado Protei de injectar capitais próprios. Os auxílios, graças aos quais a empresa tinha sido considerada economicamente viável, foram limitados quantitativamente ao montante considerado necessário para a reestruturação da HSW. O facto de ter sido impossível, apesar da perspectiva de obtenção destes auxílios consideráveis (a intenção de conceder estes auxílios tinha sido notificada à Comissão em 1982), encontrar um investidor privado disposto a retomar as actividades da antiga empresa Hamburger Stahlwerke GmbH põe em evidência que um investidor privado não estaria disposto a investir capitais de risco.

O facto de o HLB ter igualmente participado no financiamento da nova empresa HSW não contesta este raciocínio. O banco não concedeu os empréstimos relacionados com a linha de crédito em condições que permitissem ser considerados, desde o início, como equivalentes a capitais

[1] Ver Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, processo C 40/85, Bélgica/Comissão, Colectânea de 1986, pp. 2321 e 2345; processo C 303/88, Itália/Comissão, Colectânea de 1991, pp. I-1433 e I-1476 (acórdão «ENI-Lanerossi»); Decisão nº 3855/91/CECA da Comissão, de 27 de Novembro de 1991, JO nº L 362 de 31. 12. 1991, p. 57, parte II, quinto parágrafo; Comunicação da Comissão aos Estados-membros relativa às empresas públicas, JO nº C 307 de 13. 11. 1993, p. 3, pontos 10 a 21.

próprios. A HSW teve igualmente de pagar juros durante os anos em que não realizou lucros. Para além disso, o banco obteve garantias para a cobertura do seu empréstimo que eram válidas, pelo menos, durante todo o período em que o empréstimo não devia ser considerado como um empréstimo participativo.

Daqui resulta que constitui um auxílio estatal o empréstimo de 20 milhões de marcos concedido pela cidade de Hamburgo por intermédio do HLB e da Protei para a constituição dos capitais próprios iniciais da HSW.

A Comissão autorizou, em 1984 e 1985, garantias estatais a favor da HSW no valor de 40 milhões de marcos. Relativamente a este montante, nunca foram utilizadas as garantias que representam, no máximo, 27 milhões de marcos. Dado que o direito alemão prevê que uma ordem de crédito implica a responsabilidade de quem a emite segundo as disposições aplicáveis às garantias (§§ 778, 765 e seguintes do BGB), a ordem de crédito da cidade de Hamburgo pode ser equiparada a uma garantia. A obrigação a que esta ordem dá origem é a mesma que decorre de uma garantia. A obrigação a que esta ordem dá origem é a mesma que decorre de uma garantia. O auxílio estatal relacionado com o empréstimo de capital social de 20 milhões de marcos está, por conseguinte, coberto pelas autorizações dadas pela Comissão em 1984 e 1985.

No que diz respeito à linha de crédito concedida pelo HLB desde 1984, que está em grande medida coberta pela ordem de crédito da cidade de Hamburgo, parece ser oportuno examinar previamente a natureza das medidas financeiras tomadas em relação à criação da nova empresa HSW, na qualidade de empresa em funcionamento.

Quando se deu início ao processo de falência da antiga empresa HSW, tornou-se evidente que não podiam ser reembolsados os créditos de 52 milhões e de 129 milhões de marcos que, respectivamente, o HLB e a cidade de Hamburgo detinham sobre a empresa.

A causa para tal era que os empréstimos da cidade, assim como os do HLB, tinham sido considerados como participativos, com a consequência que só podiam ser reembolsados no quadro do processo de falência, após a indemnização de todos os credores privilegiados e não privilegiados. O encerramento da empresa teria ocasionado gastos de saneamento do terreno, custos sociais e teria conduzido à venda do património pelo seu valor de liquidação, que é claramente inferior ao valor em funcionamento.

Nestas circunstâncias, o HLB estava disposto a participar, sob a forma de empréstimos, no financiamento da nova empresa HSW, a fim de obter, pelo menos, a recuperação parcial dos seus créditos. Finalmente, foram reembolsados 90 % dos 52 milhões de marcos em dívida. Parece razoável, de um ponto de vista económico, a decisão do HLB de colocar à disposição da empresa, assumindo todo o risco, um empréstimo do mesmo valor, isto é, 52 milhões de marcos, a fim de financiar uma solução que produzisse o mesmo resultado.

A cidade de Hamburgo concedeu, por intermédio do HLB, o empréstimo de capital social de 20 milhões de marcos, garantiu 78 milhões de marcos da linha de crédito para o financiamento das actividades da nova empresa HSW e propôs-se financiar auxílios de cerca de 23,5 milhões de marcos (o saldo restante dos auxílios deveria ser financiado a partir do orçamento federal). Propôs igualmente conceder garantias no valor de 40 milhões de marcos. O total das contribuições da cidade de Hamburgo eleva-se, por conseguinte, a cerca de 121,5 milhões de marcos, exceptuando as garantias.

Decorre destes elementos que a única intenção do HLB e da cidade de Hamburgo era colocar à disposição da empresa um valor correspondente aos seus créditos, com vista a prosseguir a exploração no quadro de uma empresa em funcionamento e, por este meio, encontrar uma solução que permitisse evitar os gastos suplementares relacionados com o encerramento.

O HLB obteve finalmente o reembolso de 90 % e a cidade de Hamburgo de 60 % dos seus créditos atrasados sobre a antiga empresa HSW. Contudo, a diferença essencial entre estes dois credores residia na estrutura das garantias sobre a linha de crédito. O HLB, que era formalmente também o credor da parcela de 78 milhões de marcos da linha de crédito concedida mediante ordem da cidade de Hamburgo, beneficiava da cedência a título de garantia do activo circulante e dos créditos da HSW. Tendo em conta que a ordem de crédito da cidade de Hamburgo a obrigava a cobrir todos os gastos em que incorresse o banco relativamente à parcela de 78 milhões de marcos da linha de crédito, as garantias só teriam coberto esta parcela se o seu valor ultrapassasse o montante do empréstimo concedido pelo HLB por conta própria e, unicamente, num valor equivalente a esta diferença. Tendo estas garantias sido estimadas, ao valor da empresa em funcionamento, entre 144 milhões de marcos em 1984 e 204 milhões em 1994, pode-se supor que o valor de liquidação sempre esteve além de 52 milhões de marcos. O facto de o preço de venda fixado para a Ispat, segundo a fórmula retida no contrato, se situar neste momento entre 44 e 74 milhões de marcos, vem corroborar esta conclusão. O HLB concedeu a linha de crédito com as garantias que lhe asseguravam a satisfação prioritária dos seus créditos, antes de a cidade de Hamburgo poder beneficiar das garantias constituídas.

Entre 1984 e 1992, altura em que a linha de crédito automaticamente renovável tenha sido concedida e era regularmente reconduzida, a nova sociedade HSW não experimentava quaisquer dificuldades financeiras para justificar uma nova injecção de capital pelos seus sócios para evitar a falência. A empresa dispunha de capitais próprios suficientes para cobrir, em parte, as suas actividades deficitárias. Por conseguinte, o HLB não tinha razões para recear perder as garantias em consequência da legislação alemã em matéria de empréstimos participativos, se bem que o sistema de contratos elaborado para a constituição da nova sociedade HSW tivesse constituído uma tentativa manifesta de contornar esta legislação.

Revelou-se exacto o cálculo inicial do HLB e da cidade de Hamburgo no que diz respeito à possibilidade de obter a recuperação dos créditos em dívida detidos sobre a antiga empresa HSW. O HLB obteve o reembolso de 90 % dos seus créditos, que não estavam garantidos pelo património da antiga empresa no processo de falência, tendo substituído estes por um novo crédito, no mesmo valor, com base na linha de crédito concedida por conta própria que, no entanto, estava garantida, nessa altura, pela nova empresa HSW. Só no caso de a nova situação financeira da HSW se ter degradado numa medida tal que requeresse a injecção de novos capitais próprios é que, então, o HLB deveria defrontar dificuldades equivalentes às da falência da antiga empresa, uma vez que seria aplicável a jurisprudência relativa aos empréstimos participativos. Quando o HLB concedeu a linha de crédito, pôde apoiar-se em dois elementos essenciais. Em primeiro lugar, nesse momento ainda não era completamente conhecido que o sistema contratual elaborado para a constituição da nova empresa HSW constituía uma possibilidade de contornar as disposições relativas aos empréstimos participativos, de tal forma que em caso de falência incumbiria ao liquidatário judicial da altura correr o risco de desencadear um processo para o efeito. Em segundo lugar, e trata-se, no caso em espécie, de um elemento ainda mais importante, a cidade de Hamburgo teria claramente dado a conhecer a sua intenção de manter a nova empresa em actividade a fim de garantir os postos de trabalho. O HLB poderia razoavelmente supor que a cidade estaria disposta, em caso de deterioração da situação financeira da HSW, a auxiliar a empresa.

O compartamento da cidade de Hamburgo, em Dezembro de 1992 e em Dezembro de 1993, corrobora estas considerações. Nessa altura, a HSW esteve confrontada com dificuldades financeiras e teve necessidade de uma injecção suplementar de tesouraria para prosseguir as suas actividades. Em Dezembro de 1992, a HSW teve necessidade de um reforço da sua linha de crédito em 20 milhões de marcos, após ter incorrido em prejuízos de 8,5 e 19,8 milhões de marcos, respectivamente, em 1991 e 1992. O HLB e a cidade de Hamburgo tiveram de tomar uma decisão quanto ao pedido de prorrogação e do reforço da linha de crédito. O HLB decidiu, assumindo sozinho o risco sem estar coberto pela ordem de crédito da cidade, prorrogar a linha de crédito de 52 milhões de marcos, mas recusou participar num reforço. A cidade de Hamburgo decidiu não apenas renovar a ordem de crédito relativa à parcela de 78 milhões de marcos, mas ordenar ao HLB que concedesse à empresa o reforço solicitado de 20 milhões de marcos alemães. A cidade elevava desta forma de 60 % para 65,4 % a cobertura do risco associado à linha de crédito.

O comportamento do HLB parece razoável, tendo em conta as considerações relativas às condições em que foi constituída a nova empresa HSW. O HLB declarou-se disposto a mobilizar 52 milhões de marcos da linha de crédito, isto é, o mesmo montante que contava recuperar através da solução, que tinha financiado, para assegurar a continuidade da empresa. Em Dezembro de 1992, oito anos após o início do processo de liquidação judicial do património da antiga empresa HSW, era já óbvio que, até então, os planos do HLB tinham tido sucesso, uma vez que tinha recuperado 90 % dos seus créditos sobre a antiga empresa. Não tinha manifestamente intenção de colocar capitais suplementares à disposição da nova empresa HSW, tendo em conta, especialmente, a situação muito crítica do mercado europeu do aço, tendo, por conseguinte, recusado o reforço da linha de crédito sem estar coberto.

Não é convincente o argumento do Governo federal segundo o qual um banco privado teria concedido o reforço necessário da linha de crédito dado que, caso contrário, a totalidade do empréstimo teria sido perdida. A concessão pelo HLB de uma parcela da linha de crédito à HSW não é comparável, em nenhum momento, a um empréstimo de um banco privado normal que financia as actividades de uma empresa. O comportamento adoptado pelo banco e pela cidade, em Dezembro de 1992, confirma a conclusão exposta anteriormente segundo a qual o HLB se baseava na intenção declarada da cidade de Hamburgo de manter a HSW em funcionamento por constituir uma actividade industrial essencial.

Carece de fundamento o argumento do Governo federal segundo o qual a HSW não beneficiou da ordem de crédito suplementar. As autoridades alemãs explicaram que a empresa necessitava do valor em questão para evitar a ruptura de pagamentos. Tendo em conta que o HLB já tinha conseguido todas as garantias possíveis, a empresa não teria conseguido encontrar um banco privado normal que lhe tivesse concedido os empréstimos suplementares. A cobertura do crédito suplementar de 20 milhões de marcos não constituía uma simples transferência de risco entre o HLB e a cidade de Hamburgo com o objectivo de evitar dificuldades financeiras ao banco. O reforço da linha de crédito foi determinante para a sobrevivência da HSW nessa altura e, por conseguinte, foi concedido em benefício directo da empresa.

Em 1993, a HSW registou de novo um resultado de exploração negativo de 24,4 milhões de marcos, um prejuízo superior a todos os registados desde a sua fundação em 1984. Os peritos encarregados pela Comissão dos créditos da cidade de Hamburgo de preparar a sua decisão verificaram, em Dezembro de 1993 — Janeiro de 1994, que a HSW estava à beira da falência, sendo a privatização da empresa a melhor forma possível de limitar os prejuízos da cidade de Hamburgo e de conservar os postos de trabalho.

O HLB e a cidade tinham novamente de pronunciar-se sobre a recondução da linha de crédito de renovação automática e sobre a atribuição do reforço necessário de 24 milhões de marcos. O HLB decidiu não prorrogar a linha de crédito, que tinha concedido sem estar coberto, e cessar o financiamento da empresa. Por outro lado, a cidade de Hamburgo decidiu assumir a totalidade do risco económico associado à HSW e ordenou ao HLB que colocasse à disposição da empresa, a partir de Janeiro de 1994, uma linha de crédito de 174 milhões de marcos, bem como um crédito intercalar de 10 milhões.

O Governo federal estima que a decisão do banco repousa essencialmente no acórdão que tinha sido publicado recentemente, por força do qual os empréstimos que tinha concedido deviam ser considerados como empréstimos participativos. Esta argumentação não é convincente.

O acórdão em questão já tinha sido publicado em 2 de Outubro de 1992 numa revista especializada em assuntos jurídicos e de larga difusão, isto é, antes da decisão do

HLB de prorrogar a linha de crédito de 52 milhões de marcos, em Dezembro de 1992. Para além disso, é improvável que a administração do HLB não tenha notado que o sistema de contratos concebido em 1984 não era mais do que um tentativa para evitar ter novamente problemas com a legislação relativa aos empréstimos participativos, como o HLB conheceu no processo de falência da antiga empresa HSW. A experiência adquirida com a falência da antiga empresa demonstrou que qualquer financiamento da HSW, numa situação financeira difícil, juntamente com uma certa proximidade com os sócios ou com qualquer posição de sócio de facto, teria por consequência, em caso de falência, equiparar os empréstimos a capitais próprios. O sistema contratual que serviu de base para a constituição da nova empresa HSW induz esta posição de sócio de facto, tendo-se o verdadeiro sócio, a Protei, privado a favor do banco dos seus direitos básicos de sócio. O banco tinha, como se assinala anteriormente, uma influência decisiva sobre o futuro da empresa. A diferença entre esta posição e a de sócio fiduciário é mínima, especialmente tendo em conta as motivações económicas da jurisprudência alemã em matéria de empréstimos participativos.

Este sistema contratual tinha claramente como objectivo alterar as disposições relativas à substituição de capital, se bem que estas estabeleçam medidas preventivas eficazes contra qualquer tipo de fraude. Um liquidatário judicial normalmente diligente teria conseguido demonstrar sem dificuldade esta tentativa de fraude perante um tribunal civil. Por conseguinte, parece razoável admitir que a administração do banco sabia desde o início que, em caso de falência, as garantias estariam, pelo menos, gravemente comprometidas. Em qualquer caso, não esperava confrontar-se com a falência, uma vez que a cidade estava disposta, caso necessário, a manter a empresa em actividade. No entanto, como o relatório dos peritos submetido, em Dezembro de 1993 — Janeiro de 1994, à Comissão dos créditos da cidade de Hamburgo recomendava com insistência que se pusesse fim à intervenção da cidade a favor da HSW, o banco não podia contar com aquela perspectiva. Nestas circunstâncias, o banco deixava de confiar na cidade de Hamburgo para que impedisse, em qualquer caso, a falência. A direcção do HLB decidiu, por conseguinte, cessar o seu compromisso, deixando o financiamento posterior da empresa ao cuidado da cidade de Hamburgo.

O Governo federal considera, por outro lado, que o comportamento do Estado estava justificado pela necessidade de assegurar uma transferência económica e socialmente aceitável para o sector privado.

A Comissão apreciou estes aspectos do processo à luz, nomeadamente, dos acórdãos do Tribunal de Justiça proferidos no processo C-303/88, mencionado anteriormente, e C-305/89 [1]. O Tribunal de Justiça sublinhou nestes acórdãos, nomeadamente, que quando as injecções de capital de um investidor público abstraem de qualquer perspectiva de rendibilidade, mesmo a longo prazo, devem ser consideradas como auxílios. Os empréstimos concedidos pela cidade de Hamburgo por intermédio do HLB, no quadro da linha de crédito, também não são compatíveis com o comportamento de investidores privados normais, tendo em conta os outros aspectos do possível comportamento destes investidores tratados nos acórdãos do Tribunal proferidos nos processos C-303/88 e C-305/89. No presente processo, os factos demonstram claramente que os financiamentos da cidade de Hamburgo nunca obedeceram a critérios de rendibilidade, a curto ou a longo prazo, que um investidor normal deveria ter como objectivo.

Para além disso, é oportuno recordar o acórdão do Tribunal de Justiça nos processos apensos C-278/92, C-279/92 e C-280/92 [2], no qual se estabelece que um investidor privado, na perspectiva e no quadro da venda de uma empresa, não efectuaria injecções de capital suplementares na empresa em questão, dado que a venda lhe retiraria qualquer perspectiva, mesmo a um prazo mais longo, de rendibilidade futura. A cidade de Hamburgo decidiu, em Dezembro de 1993, seguir o conselho dos peritos e privatizar a HSW. O objectivo dos empréstimos era evitar a ruptura de pagamentos e, consequentemente, a apresentação à falência enquanto se preparava a privatização. A cidade não considerou possível a privatização sem a eliminação de uma parcela muito importante dos créditos que detinha sobre a HSW.

A perspectiva de não recuperar os créditos sobre a HSW, em caso de falência da empresa, não era suficientemente determinante para que o HLB prosseguisse o seu compromisso. Graças à prossecução da exploração da antiga empresa HSW pela nova empresa, o banco obteve o reembolso de 90 % dos seus créditos antigos. A cidade de Hamburgo recebeu, graças à mesma solução, o pagamento de 77 milhões de marcos dos seus créditos atrasados, um valor que corresponde a 93,7 % na linha de crédito inicialmente garantida pelo Estado. As outras contribuições financeiras da cidade, aquando da constituição da nova empresa HSW, que, tal como exposto anteriormente, lhe deveria permitir recuperar o saldo dos seus créditos exigíveis sobre a antiga empresa, foram considerados, de qualquer forma, como subvenções a fundo perdido e tinham sido autorizadas na qualidade de auxílios estatais pela Comissão. A apresentação à falência da nova empresa HSW não tinha, por conseguinte, ocasionado qualquer prejuízo suplementar imprevisto. Tendo em conta que, em 1984, a cidade era da mesma opinião que o banco, segundo a qual as contribuições realizadas com vista a garantir a continuidade da HSW estavam economicamente justificadas, dado que permitiam recuperar os créditos exigíveis sobre a antiga empresa, teria sido igualmente razoável cessar o compromisso financeiro a favor da empresa, uma vez obtido o reembolso das antigas dívidas.

À luz de todas estas considerações, não se pode, no entanto, excluir totalmente que o comportamento da cidade de Hamburgo no que diz respeito à linha de crédito concedida à HSW, entre 1984 e 1992, tenha sido compatível com o comportamento que deveria ter tido um investidor privado que se encontrasse numa situação

[1] Ver Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, Itália/Comissão, Colectânea de 1991, p. I-1603 (acórdão «Alfa Romeo»).

[2] Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, Espanha/Comissão, Colectânea de 1994, p. I-4103 (acórdão «Hytasa»); ver Revista Europeia de Direito Comunitário de 1994, p. 694.

comparável. Mesmo a administração do HLB, que se orienta por práticas comerciais sãs, foi incitada pela perspectiva razoável de obtenção de, pelo menos, a recuperação parcial de um crédito irrecuperável, a conceder uma linha de crédito cujo valor correspondia ao crédito detido sobre a antiga empresa HSW. Era muito inabitual a situação na qual se encontravam o HLB e a cidade de Hamburgo na sequência da falência da antiga empresa. Não se pode excluir que as diferenças, descritas anteriormente, que se verificam entre as garantias tenham sido suficientemente limitadas para se poder considerar que o comportamento da cidade de Hamburgo corresponde, no essencial, ao que a administração do HLB considerava razoável. Se tivermos em conta apenas as participações de cada um na linha de crédito, o HLB e a cidade recuperaram a quase totalidade do valor investido. O HLB concedeu 60 % da linha de crédito mediante ordem da cidade de Hamburgo. O banco foi utilizado, no caso em espécie, como instrumento para concessão do crédito; os empréstimos foram concedidos à HSW pela cidade de Hamburgo por intermédio de HLB. Por conseguinte, deve-se considerar os empréstimos concedidos, com base na linha de crédito, como concedidos pela cidade. Consequentemente, a Comissão considera que uma remuneração suplementar, como poderia ser prevista no caso de garantias, não era necessária. Tal é a razão por que a Comissão chega à conclusão que a linha de crédito de 78 milhões de marcos concedida, entre 1984 e o final de 1993, pelo HLB mediante ordem da cidade de Hamburgo não constituiu um auxílio.

No que diz respeito ao reforço da linha de crédito em 20 milhões de marcos, em Dezembro de 1992, deve-se concluir que esta operação teve como resultado uma situação na qual a cidade de Hamburgo pôs em risco um valor superior aos seus créditos iniciais sobre a antiga empresa HSW, de tal forma que as motivações económicas específicas invocadas para justificar a solução de continuidade da empresa não podem explicar este comportamento. Na sequência dos pesados prejuízos incorridos pela HSW, em 1991 e 1992, a empresa encontrava-se numa situação financeira cada vez mais grave. O sector europeu do aço encontrava-se na sua fase mais crítica desde a primeira metade dos anos oitenta. A recessão económica geral e um desequilíbrio importante entre a oferta e a procura, as sobrecapacidades estruturais e a queda consecutiva dos preços eram as causas. Todos estes factores contribuíram para a deterioração da situação financeira de quase todas as empresas siderúrgicas da Comunidade. Neste contexto económico, o HLB hesitou compreensivelmente perante o reforço da parcela da linha de crédito que tinha concedido sem garantia.

No que diz respeito à prorrogação e reforço da linha de crédito em Dezembro de 1993, bem como ao facto de na sequência da recusa do HLB de prosseguir o seu compromisso mesmo ao seu nível precedente, a cidade de Hamburgo ter aceite assumir a totalidade do risco relacionado com o financiamento da HSW, deve-se concluir que o HLB considerou que as condições específicas nas quais tinha intervindo o financiamento inicial da nova empresa HSW deixavam de ser suficientes para justificar o risco económico relacionado com a prossecução da exploração.

A empresa encontrava-se à beira da falência, previam-se novos prejuízos importantes em 1994, a situação no mercado do aço não tinha melhorado sensivelmente, o relatório dos peritos apenas deixava entrever a possibilidade de limitar os prejuízos em caso de privatização. Nestas circunstâncias, a administração do HLB decidiu pôr fim ao seu compromisso e aceitar, caso fosse necessário, a apresentação à falência se a cidade de Hamburgo adoptasse a mesma atitude e cessasse o financiamento. Esta panorâmica demonstra claramente que nenhum investidor privado teria colocado novos capitais à disposição da HSW na situação em que esta se encontrava no final de 1993. A justificação específica que teria podido ser encarada anteriormente para a atribuição da linha de crédito deixou de ser considerada suficiente pelo único parceiro da cidade de Hamburgo, que se encontrava numa situação idêntica, para prosseguir o financiamento da HSW. Por conseguinte, deve-se salientar que o comportamento da cidade de Hamburgo não pode ser comparado ao de um investidor normal numa economia de mercado.

Por conseguinte, o comportamento da cidade de Hamburgo no momento em que ordenou ao HLB para conceder à HSW, no início de 1994, uma linha de crédito de 174 milhões de marcos, juntamente com um crédito intercalar de 10 milhões de marcos, tendo a responsabilidade única pela operação, constitui um auxílio estatal incompatível com o Tratado CECA e com o Código dos auxílios à siderurgia. Não é uma taxa preferencial que constitui o elemento de auxílio destes empréstimos, mas sim a soma emprestada.

Os empréstimos em questão devem ser comparados a injecções directas de capitais próprios, sendo o total dos empréstimos o elemento a considerar, de acordo com as disposições relativa aos empréstimos participativos, como capitais próprios injectados pelo sócio de uma sociedade de responsabilidade limitada em dificuldades económicas.

A alínea c) do artigo 4º do Tratado CECA proíbe os auxílios estatais a favor de empresas siderúrgicas. O Código dos auxílios à siderurgia, adoptado por unanimidade, pelo Conselho de acordo com o artigo 95º do Tratado, prevê que certos tipos de auxílios estatais podem ser considerados compatíveis com o mercado comum, nomeadamente os auxílios à investigação e desenvolvimento (artigo 2º), os auxílios a favor da protecção do ambiente (artigo 3º) e os auxílios ao encerramento (artigo 4º), ou ainda os auxílios a investimentos em certas regiões da Comunidade (artigo 5º) que fazem parte de regimes de auxílios com finalidade regional. Os auxílios concedidos à HSW não caem no âmbito de nenhuma destas categorias. De acordo com o Código dos auxílios à siderurgia, os auxílios de emergência e à reestruturação não podem se considerados como compatíveis com o mercado comum.

A restituição de qualquer auxílio concedido ilegalmente deve ser exigida à empresa beneficiária. O reembolso efectua-se segundo os procedimentos e disposições previstos no direito alemão, incluindo os juros a contar do dia em que os auxílios foram pagos e à taxa de referência utilizada no exame dos regimes de auxílios com finalidade regional.

No que diz respeito ao cálculo do valor dos auxílios, o Governo federal defende a tese segundo a qual a HSW teria igualmente tido a possibilidade de financiar estas actividades recorrendo aos *junk bonds* disponíveis no mercado financeiro americano. Este argumento carece de fundamento, uma vez que a injecção de capitais de risco

numa empresa em dificuldades de um sector industrial tradicional não é comparável com o financiamento privado de investimentos de risco, que são necessários numa economia de mercado caracterizada pela inovação, com vista ao desenvolvimento de novas tecnologias ou à criação ou conquista de novos mercados. Os instrumentos privados de financiamento de risco estão à disposição das empresas que são susceptíveis de se impor nos mercados com muito elevada rendibilidade. É publicamente notório que os resultados financeiros das empresas siderúrgicas são de natureza extremamente cíclica e um investidor com a devida prudência exigiria uma garantia de reembolso baseada nos benefícios ou na margem de autofinanciamento estabelecida para o ciclo económico completo, não colocando à disposição da empresa capital de risco não garantido sem uma expectativa concreta de participar nos lucros de um mercado com futuro prometedor.

Relativamente ao cálculo do auxílio, o Governo federal considera que o valor que a HSW teria podido financiar, em Dezembro de 1993, através de créditos bancários normais deve ser deduzido do valor total posto à disposição da empresa pela cidade de Hamburgo.

É possível que a empresa tivesse podido cobrir uma parte do seu financiamento graças a empréstimos de bancos privados, se o HLB e a cidade de Hamburgo tivessem concedido as garantias necessárias. Um banco privado não teria, no entanto, concedido um empréstimo que cairia no âmbito das disposições relativas aos empréstimos participativos. O Governo federal alegou que todos os empréstimos concedidos no quadro da linha de crédito estavam cobertos por estas disposições. Por conseguinte, as medidas tomadas pela cidade de Hamburgo, nomeadamente as relativas a uma parte indeterminada da linha de crédito, não eram comparáveis a um hipotético empréstimo que um banco teria eventualmente concedido em Dezembro de 1993.

As modalidades de venda da HSW à Ispat incluem o abandono efectivo dos créditos que correspondem aos empréstimos concedidos no quadro da linha de crédito. Para além disso, a Ispat pagará um certo preço de venda pelos créditos. Desde a compra de todas as participações sociais, a HSW encontra-se economicamente integrada no grupo Ispat, de tal forma que os pagamentos da Ispat para a compra dos créditos e, por conseguinte, para a libertação da HSW das suas obrigações podem ser economicamente imputados à HSW. Por conseguinte, no quadro de uma apreciação económica e com o objectivo de não exigir a restituição de um valor superior à vantagem financeira da qual beneficiou indevidamente a HSW, a Comissão decidiu considerar o preço de venda que a Ispat pagaria finalmente com base nos acordos concluídos com o HLB no quadro do contrato de venda, como uma parcela do reembolso dos auxílios.

V

Em síntese, a Comissão conclui que os empréstimos concedidos, em Dezembro de 1992, com base no reforço da linha de crédito em 20 milhões de marcos, bem como os concedidos no quadro da linha de crédito total de 174 milhões de marcos e do crédito intercalar de 10 milhões cuja concessão fo decidida em Dezembro de 1993, constituem por conseguinte, auxílios estatais incompatíves com o Tratado CECA e com o Código dos auxílios à siderurgia. Consequentemente, a restituição do auxílio deve ser exigida. O reembolso efectua-se segundo os procedimentos e disposições previstos no direito alemão, incluindo os juros *pro rata temporis* a contar do dia em que os auxílios foram pagos e à taxa de referência utilizada para o exame dos regimes de auxílios com finalidade regional, deduzindo-se os juros já pagos por força do acordo concluído sobre a linha de crédito. O preço de venda final pago pela Ispat para a cedência dos créditos do HLB será considerado como uma parcela do reembolso do auxílio,

ADOPTOU A PRESENTE DECISÃO:

Artigo 1º

Constitui um auxílio estatal a injecção de 20 milhões de marcos no capital social da Hamburger Stahlwerke GmbH, efectuada sob a forma de um empréstimo concedido pela cidade de Hamburgo por intermédio do Hamburgische Landesbank Girozentrale aos sócios da Protei Produktionsbeteiligungen GmbH & Co. KG e a esta mesma empresa. Este auxílio já tinha sido autorizado pela Comissão em 1984/1985.

Artigo 2º

Constituem auxílios estatais incompatíveis com o Tratado CECA e com o Código dos auxílios à siderurgia os empréstimos concedidos à Hamburger Stahlwerke GmbH, em Dezembro de 1992, no quadro do reforço da linha de crédito em 20 milhões de marcos concedido à empresa pelo Hamburgische Landesbank Girozentrale, mediante ordem da cidade de Hamburgo, e os que foram concedidos à mesma empresa pelo Hamburgische Landesbank Girozentrale, mediante ordem da cidade de Hamburgo, no quadro da linha de crédito total de 174 milhões de marcos e do crédito intercalar de 10 milhões de marcos concedidos em Dezembro de 1993.

Artigo 3º

A Alemanha deve recuperar da empresa beneficiária os auxílios mencionados no artigo 2º O reembolso deve efectuar-se segundo os procedimentos e disposições previstos pelo direito alemão, incluindo os juros *pro rata temporis* a contar do dia em que os auxílios foram pagos e à taxa de referência utilizada no exame dos regimes de auxílios com finalidade regional, deduzindo-se os juros já pagos por força do acordo concluído sobre a linha de crédito. O preço de venda que a Venuda Investments B. V. paga pela cedência dos créditos do Hamburgische Landesbank Girozentrale é considerado como uma parcela do reembolso do auxílio.

Artigo 4º

A Alemanha deve comunicar à Comissão, num prazo de dois meses a contar da notificação da presente decisão, as medidas tomadas para lhe dar cumprimento.

Artigo 5.º

A República Federal da Alemanha é a destinatária da presente decisão.

Feito em Bruxelas, em 31 de Outubro de 1995.

Pela Comissão
Karel VAN MIERT
Membro da Comissão