CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL GEORGES COSMAS

apresentadas em 11 de Maio de 1999 *

Índice

I — Introdução I-8242

II — Enquadramento jurídico I-8243

A — As disposições do Tratado e a jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa à extensão dos poderes da Comissão I-8243

B — Linhas directrizes para o exame dos auxílios nacionais no sector da pesca e da aquicultura I-8245

III — Os factos I-8247

A — A tramitação antes da adopção da decisão impugnada I-8247

B — Os principais pontos da decisão da Comissão I-8250

IV — Conclusões da partes I-8253

V — Análise dos fundamentos de anulação I-8253

A — Primeiro fundamento: violação dos direitos da defesa I-8254

B — Segundo fundamento: determinação inexacta dos factos I-8257

a) Apresentação de novos dados I-8258

b) Quanto ao mérito I-8258

1) Quanto ao montante do auxílio I-8259

i) Quanto à existência de outras possibilidades de financiamento I-8259

ii) Quanto à existência de outras garantias I-8259

iii) Quanto à redução dos custos de produção I-8260

iv) Quanto ao montante do elemento de auxílio e à taxa de juros do empréstimo I-8261

v) Quanto à evolução do mercado I-8262

vi) Quanto à apreciação global I-8263

2) Quanto à matéria de facto relativa às linhas directrizes I-8263

3) Quanto à matéria de facto relativa à distorção da concorrência I-8264

C — Terceiro fundamento: aplicação incorrecta do artigo 92.°, n.° 1, do Tratado. I-8265

a) Análise da jurisprudência I-8265

* Língua original: grego.

b) Análise das alegações da recorrente I-8268
1) Quanto às linhas directrizes I-8268
2) Quanto à qualificação jurídica dos factos I-8271
i) Quanto à determinação do montante do auxílio I-8271
ii) Quanto à existência de distorção da concorrência I-8272
3) Quanto à obrigação de fundamentação I-8276
i) A jurisprudência do Tribunal de Justiça I-8276
ii) Análise das alegações da recorrente I-8278
D — Quarto fundamento: aplicação incorrecta do artigo 92.°, n.° 3, alínea c), do Tratado I-8280
VI — Conclusão I-8284

I — Introdução

1. Com o recurso interposto para o Tribunal de Justiça nos termos do artigo 173.° do Tratado CE (actualmente, após alteração, artigo 230.° CE), a República Federal da Alemanha solicita a anulação da Decisão 96/563/CE da Comissão, de 29 de Maio de 1996, relativa a um auxílio concedido pelo Estado federado da Baixa Saxónia à empresa JAKO Jadekost GmbH & Co. KG [1] (a seguir «decisão impugnada»).

2. Concretamente, a Comissão considerou nessa decisão que o auxílio concedido em 1994 à empresa JAKO Jadekost GmbH & Co. KG pela República Federal da Alemanha sob a forma de garantia do *Land* da Baixa Saxónia sobre um crédito bancário no valor de 10 688 025 DM era ilícito, visto que foi atribuído em violação das regras processuais fixadas no artigo 93.°, n.° 3, do Tratado CE (actualmente, após alteração, artigo 88.° CE), sendo para além disso incompatível com o mercado comum por força do artigo 92.°, n.° 1, do Tratado CE (actualmente, após alteração, artigo 87.° CE).

3. Este processo suscita, no essencial, três questões.

4. Em primeiro lugar, a questão de saber em que medida a Comissão violou os direitos da defesa ao não comunicar à empresa interessada as cartas das suas concorrentes, quando, durante a fase administrativa que precedeu a adopção da

1 — JO L 246, p. 43.

decisão pela Comissão, essa empresa conhecia o teor das observações de tais concorrentes e estava em condições de sobre elas se pronunciar.

II — Enquadramento jurídico

A — *As disposições do Tratado e a jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa à extensão dos poderes da Comissão*

5. Em seguida, a questão de saber, por um lado, em que medida a obrigação de fundamentação pode depender do facto de certos elementos materiais ou jurídicos não serem contestados no decurso do processo previsto no artigo 93.°, n.° 2, do Tratado. Por outro lado, a questão de saber em que medida os fundamentos e os factos invocados pela recorrente durante essa fase administrativa devem ser idênticos aos invocados no decurso do processo judicial.

6. Finalmente, a questão de saber em que medida existe a presunção de que os auxílios ao funcionamento a) são em princípio contrários ao artigo 92.°, n.° 1, do Tratado, b) distorcem por natureza a concorrência e entravam as trocas comerciais intracomunitárias e c) não podem em princípio ser considerados compatíveis com o mercado comum por força do artigo 92.°, n.° 3, alínea c), do Tratado. Para além disso, em caso de resposta afirmativa, a questão de saber em que medida a Comissão pode não estar vinculada à obrigação de fundamentar a decisão por ela adoptada no âmbito do processo do artigo 93.°, n.° 2, ou em que medida esta obrigação pode ser reduzida à sua expressão mínima.

7. O artigo 92.°, n.^{os} 1 e 3, dispõe o seguinte:

«1. Salvo disposição em contrário do presente Tratado, são incompatíveis com o mercado comum, na medida em que afectem as trocas comerciais entre os Estados-Membros, os auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções.

...

3. Podem ser considerados compatíveis com o mercado comum:

...

c) Os auxílios destinados a facilitar o desenvolvimento de certas actividades ou regiões económicas, quando não alterem as condições das trocas comerciais de maneira que contrariem o interesse comum.»

8. O artigo 93.°, n.° 2, primeiro e segundo parágrafos, e n.° 3, tem a seguinte redacção:

«2. 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.°

...

3. Para que possa apresentar as suas observações, deve a Comissão ser informada atempadamente dos projectos relativos à instituição ou alteração de quaisquer auxílios. Se a Comissão considerar que determinado projecto de auxílio não é compatível com o mercado comum nos termos do artigo 92.°, deve sem demora dar início ao procedimento previsto no número anterior. O Estado-Membro em causa não pode pôr em execução medidas projectadas antes de tal procedimento haver sido objecto de uma decisão final.»

9. O Tribunal de Justiça pronunciou-se, por várias vezes, sobre a extensão dos poderes das instituições comunitárias no âmbito das competências fixadas nas disposições do Tratado relativas à concorrência e sobre a fiscalização que pode exercer quando essas instituições detêm um amplo poder de apreciação.

10. Mais concretamente, a jurisprudência do Tribunal de Justiça integra numerosos acórdãos respeitantes aos poderes da Comissão ao abrigo dos artigos 92.° e 93.°, n.os 2 e 3, do Tratado. Por exemplo, no acórdão Matra/Comissão [2], o Tribunal de Justiça declarou que, «para a aplicação do n.° 3 do artigo 93.° do Tratado, a Comissão goza de um amplo poder discricionário cujo exercício envolve apreciações de ordem económica e social que devem ser efectuadas num contexto comunitário». E acrescentou (n.° 25) que, «no quadro desta fiscalização da legalidade, o Tribunal deve, portanto, limitar-se a examinar se a Comissão não excedeu os limites inerentes ao seu poder de apreciação por uma descaracterização ou um erro manifesto de apreciação

2 — Acórdão de 15 de Junho de 1993 (C-225/91, Colect., p. I-3203, n.° 24).

dos factos, ou por um desvio de poder ou de processo» [3].

11. Assim, o Tribunal de Justiça que não pode, em casos semelhantes, substituir-se na apreciação à instituição que detém o poder de decisão, deverá assegurar-se, na medida do razoável, tendo também em conta os meios de prova fornecidos pelas partes e as respostas dadas pela parte contrária, de que não existe erro quanto aos factos susceptível de afectar a validade da decisão da Comissão [4], nem qualificação jurídica errada desses factos, nem também apreciação manifestamente errada desses mesmos factos.

B — *Linhas directrizes para o exame dos auxílios nacionais no sector da pesca e da aquicultura*

12. Na medida em que têm interesse para a solução do litígio em causa, as linhas directrizes para o exame dos auxílios nacionais no sector da pesca e da aquicultura [5] (a seguir «linhas directrizes») têm a seguinte redacção:

«1. Princípios gerais

1.1. As presentes linhas directrizes dizem respeito a todas as medidas que incluam um benefício financeiro, independentemente da sua forma, que sejam financiadas através de recursos orçamentais de qualquer autoridade pública, nacional, regional, provincial, departamental ou local. Podem, nomeadamente, constituir auxílios as transferências de capital..., os empréstimos com taxa reduzida, as bonificações de juros, determinadas participações públicas nos capitais das empresas, os auxílios financiados por recursos provenientes de imposições especiais, bem como os auxílios concedidos sob a forma de garantia do Estado... sobre empréstimos bancários e sob a forma de redução ou isenção de impostos, incluindo as amortizações aceleradas e a redução dos encargos sociais.

Todas estas medidas são abrangidas pela noção de 'auxílios nacionais' utilizada no presente documento.

3 — V. igualmente as soluções idênticas (no que diz respeito à extensão dos poderes da Comissão ao abrigo do artigo 92.°, n.° 3) que foram dadas nos acórdãos, mais antigos, de 24 de Fevereiro de 1987, Deufil/Comissão (310/85, Colect., p. 901, n.° 18); de 14 de Fevereiro de 1990, França/Comissão (C-301/87, Colect., p. I-307, n.° 49, a seguir «acórdão Boussac»), de 21 de Março de 1990, Bélgica/Comissão (C-142/87, Colect., p. I-959, n.° 56), e de 21 de Março de 1991, Itália/Comissão (C-303/88, Colect., p. I-1433, n.° 34).

4 — V. também a parte A, *in fine*, das conclusões do advogado-geral J. Gand no processo 8/65 (acórdão de 8 de Fevereiro de 1966, Acciaierie e Ferriere Pugliesi/Alta Autoridade, Recueil, p. 1, Colect. 1965-1968, p. 301).

5 — JO 1992, C 152, p. 2.

...

Por conseguinte, são válidos os seguintes princípios:

1.3. A concessão de auxílios nacionais só pode ser prevista no respeito dos objectivos da política comum.

— Os auxílios nacionais não podem prejudicar a aplicação das regras da política comum da pesca. Por conseguinte, em todos os casos, os auxílios à exportação e ao comércio intracomunitário de produtos da pesca são incompatíveis com o mercado comum.

Os auxílios não devem revestir um carácter conservador; devem, pelo contrário, favorecer a racionalização e a eficácia da produção e da comercialização dos produtos da pesca, com vista a fomentar e acelerar o processo de adaptação do sector à nova situação a nível comunitário.

— Os elementos da política comum da pesca que não se possam considerar regulados de forma exaustiva, nomeadamente em matéria de política estrutural, podem ainda justificar auxílios nacionais, desde que estes respeitem os objectivos das regras comuns, de forma a não pôr em causa ou alterar o seu pleno efeito; é esta a razão pela qual os auxílios se devem, se for caso disso, inscrever em programas de orientação previstos na regulamentação comunitária...

Mais concretamente, os auxílios devem estimular a realização de acções de desenvolvimento e de adaptação que não possam ser empreendidas em condições normais de mercado devido à rigidez do sector e às limitadas capacidades financeiras dos operadores. Devem conduzir a melhoramentos duradouros de forma a que o sector da pesca se possa continuar a desenvolver graças, apenas, aos rendimentos do mercado. São, portanto, necessariamente limitados no tempo ao período necessário para realizar os melhoramentos e adaptações pretendidos.

— os auxílios nacionais, concedidos sem impor qualquer obrigação aos beneficiários e destinados a melhorar a tesouraria das suas explorações (sem prejuízo das disposições do ponto 2.6.2 abaixo indicado), ou cujos montantes sejam função da quantidade produzida ou

comercializada, dos preços dos produtos, da unidade de produção ou dos factores de produção e cujo resultado seria uma diminuição dos custos de produção ou a melhoria dos rendimentos do beneficiário são, enquanto auxílios ao funcionamento, incompatíveis com o mercado comum. A Comissão examinará, caso a caso, os auxílios deste tipo que estejam directamente ligados a um plano de reestruturação considerado compatível com o mercado comum.»

III — Os factos

A — *A tramitação antes da adopção da decisão impugnada*

13. A empresa JAKO Jadekost GmbH & Co. KG (a seguir «Jadekost»), com sede em Wilhemshaven, foi constituída em Agosto de 1991. A empresa faz parte do grupo de empresas Nordfrost, pertencente ao gerente da empresa Jadekost.

14. A actividade comercial da empresa consiste no fabrico e na distribuição de produtos congelados (produtos à base de peixe e de carne e pratos pré-cozinhados). Para o efeito, foram construídos dois pavilhões de fabrico, respectivamente para a transformação de peixe e de carne, cada um equipado com diversas linhas de fabrico.

15. A Jadekost iniciou a sua actividade de fabrico de produtos congelados à base de peixe (barras e filetes panados com ou sem recheio) em Junho de 1993. Nessa altura registou-se uma quebra considerável dos preços no mercado em causa.

16. Em virtude das dificuldades de liquidez que enfrentava, a Jadekost esforçou-se por obter do *Land* da Baixa Saxónia uma garantia sobre os créditos de funcionamento concedidos pelo seu banco habitual (o Bayerische Hypotheken-und Wechselbank AG).

17. Em 2 de Fevereiro de 1994, com base numa análise de gestão realizada por esse banco, a qual se lhe revelava favorável, a empresa apresentou um pedido de garantia destinada a caucionar um «crédito de exploração para o fundo de funcionamento».

18. Em 1 de Março de 1994, o Governo do *Land* aprovou a concessão de uma garantia de 80% sobre um crédito de funcionamento no montante de 35 milhões de marcos alemães e declarou-se disposto a cobrir igualmente, de acordo com o plano de liquidez, as necessidades suplementares

de liquidez no valor de 15 milhões de marcos alemães, até Dezembro de 1996, inclusive. Na mesma decisão, era precisado que a aprovação do Ministério do *Land* estava sujeita à decisão da comissão parlamentar dos auxílios regionais e ao acordo da comissão do orçamento do *Landtag*.

19. Em 29 de Março de 1994, a empresa de contabilidade C & L Treuarbeit — Deutsche Revision elaborou um relatório económico e financeiro com base nos dados de gestão da empresa Jadekost, no qual os dados previsionais fornecidos pela empresa eram realistas, embora se reconhecesse, ao mesmo tempo, que era muito alto o risco assumido pelo garante.

20. Em 6 de Abril de 1994, a comissão parlamentar dos auxílios regionais aprovou a concessão da garantia.

21. Por carta de 6 de Abril de 1994 e com base na decisão da comissão do orçamento do *Landtag*, a Bayerische Hypotheken- und Wechselbank, agindo em nome e por conta do Ministério das Finanças da Baixa Saxónia, confirmou a concessão da garantia, tendo transmitido uma definição pormenorizada das condições dela decorrentes. O empréstimo seria concedido por um período de oito anos, não existindo qualquer obrigação de reembolso durante os dois primeiros anos.

22. A comissão do orçamento do *Landtag* declarou o seu acordo em 27 de Abril de 1994.

23. Por carta de 2 de Maio de 1994, o Ministério das Finanças do *Land* comunicou à Jadekost que havia sido dado um seguimento favorável ao seu pedido de concessão de garantia, indicando expressamente que essa garantia se destinava a caucionar «um crédito de funcionamento para capital de exploração» («afectação do crédito: capital de exploração»).

24. A Comissão foi informada por várias concorrentes e agrupamentos estabelecidos na Alemanha, na Dinamarca, em França e no Reino Unido de que o *Land* da Baixa Saxónia havia concedido à empresa Jadekost um auxílio sob a forma de garantia para caucionar um crédito de funcionamento.

25. Por carta de 30 de Junho de 1994, a Comissão convidou a República Federal da Alemanha a apresentar as suas observações e exprimiu as suas reservas quanto ao carácter compatível do auxílio com o disposto no ponto 1.3 das «linhas directrizes».

26. Por carta de 19 de Julho de 1994, a República Federal da Alemanha respondeu, no essencial, que essa garantia, destinada a cobrir unicamente as necessidades inscritas no plano de financiamento, devia ser considerada equivalente a fundos próprios constituídos pela empresa para efeitos de investimento. Se o crédito objecto de garantia tivesse sido aplicado para financiar investimentos, a empresa poderia ter utilizado 32,5 milhões de marcos alemães, dos seus próprios fundos, para as despesas

de funcionamento. O auxílio seria então compatível com as «linhas directrizes».

27. Em 31 de Agosto de 1994, ocorreu um encontro entre representantes da Comissão e do Ministério Federal da Agricultura, bem como do Ministério da Economia, da Tecnologia e dos Transportes e do Ministério da Agricultura e das Florestas do *Land* da Baixa Saxónia.

28. Por carta de 1 de Setembro de 1994, a Comissão solicitou informações mais alargadas, que lhe foram enviadas juntamente com as cartas de 13 de Outubro e de 2 de Novembro de 1994, dentro do prazo de resposta.

29. A Comissão informou posteriormente a República Federal da Alemanha, por carta de 20 de Fevereiro de 1995, que havia decidido dar início ao procedimento previsto no artigo 93.°, n.° 2, do Tratado e convidou-a a comunicar-lhe as suas observações no prazo de um mês.

30. Em 31 de Março de 1995, a empresa Jadekost declarou falência. O pagamento dos créditos tornara-se assim exigível. As partes não cobertas por remissão decorrente da liquidação, incluindo direitos a juros e despesas de caução, foram inscritas no mapa do activo da massa falida.

31. Por carta de 13 de Abril de 1995, a República Federal da Alemanha salientou que deveriam ser consideradas como auxílios autorizados as partes da garantia que não têm de ser exclusivamente atribuídas a sectores específicos, dado que a garantia em questão fora concedida de acordo com as directrizes gerais do *Land* da Baixa Saxónia em matéria de garantia, aprovadas pela Comissão. O *Land* da Baixa Saxónia também declarou que o auxílio concedido deveria ser apreciado segundo uma óptica global, não se devendo proceder a uma dissociação artificial dos créditos. A especificação destes últimos como crédito de investimento e crédito de funcionamento era fortuita, pelo que não deveria ser tida em conta na apreciação do carácter legal do auxílio. Daí que, na opinião do *Land*, fosse necessário analisar se era legal o auxílio destinado a permitir a realização dos investimentos em questão e, em caso afirmativo, determinar qual o volume autorizado do mesmo. Não se tratava pois de um auxílio ao funcionamento, incompatível com o mercado comum, visto que nenhuma das condições previstas no ponto 1.3 das linhas directrizes estava preenchida.

32. Através de uma comunicação nos termos do n.° 2 do artigo 93.° do Tratado CE publicada no Jornal Oficial das Comunidades Europeias [6], a Comissão deu conhecimento dos factos do caso em apreço aos restantes Estados-Membros e às outras partes interessadas, convidando-as a comunicarem-lhe as suas observações no prazo de um mês.

33. A República Federal da Alemanha respondeu a essa comunicação na sua carta

6 — JO 1995, C 201, p. 6.

de 1 de Setembro de 1995, em que remetia para as suas anteriores declarações escritas numa síntese do conteúdo das mesmas e salientava novos aspectos.

34. Em 29 de Maio de 1996, a Comissão adoptou a decisão impugnada relativa ao auxílio concedido pelo *Land* da Baixa Saxónia à empresa Jadekost.

B — *Os principais pontos da decisão da Comissão*

35. Na parte IV da decisão, a Comissão expõe as razões pelas quais considera que a garantia concedida pelo *Land* da Baixa Saxónia à Jadekost era ilegal.

36. A Comissão sublinha, em primeiro lugar, que o auxílio concedido sob a forma de garantia deve ser analisado à luz do artigo 92.°, n.° 1, do Tratado e das linhas directrizes (primeiro e segundo parágrafos).

37. O auxílio concedido à Jadekost é um auxílio ao funcionamento e assim é incompatível com o mercado comum nos termos do artigo 92.°, n.° 1, do Tratado (ponto 1.3 das linhas directrizes). Nem o Governo alemão, nem as outras partes envolvidas no processo contestaram esta apreciação da Comissão. Esta última salienta igualmente que, de acordo com o ponto 1.1 das linhas directrizes, as garantias de Estado concedidas sobre empréstimos bancários devem ser consideradas como auxílios [7] (sétimo e terceiro parágrafos).

38. O montante do auxílio corresponde à totalidade do empréstimo. Graças ao apoio do Governo da Baixa Saxónia, a empresa Jadekost obteve um financiamento que lhe teria sido recusado noutras circunstâncias em virtude das suas dificuldades financeiras. Na medida em que nenhuma instituição financeira aceitaria emprestar dinheiro sem uma garantia do Estado, dada a situação financeira precária da empresa em questão, o montante total do empréstimo deve ser considerado auxílio de Estado. Para além disso, uma vez que era condição prévia para a concessão dos créditos, a garantia constitui um elemento de auxílio inequívoco, que — dado o risco muito alto assumido pelo garante [8] —, corresponde à totalidade do empréstimo concedido. Este auxílio, se bem que concedido pelo *Land* da Baixa Saxónia, deve ser imputado à República Federal da Alemanha (quinto e sétimo parágrafos).

39. O auxílio em causa foi concedido sem impor ao beneficiário qualquer obrigação relativamente à utilização do crédito, nos termos do ponto 1.3 das linhas directrizes (nono parágrafo).

7 — A Comissão explica também (sexto parágrafo) que o elemento de auxílio dessa garantia é, em princípio, igual à diferença entre a taxa de juro que o devedor deveria pagar no mercado e a taxa de juro real que pôde obter através da garantia, descontado o prémio.

8 — Segundo o relatório económico e financeiro da C & L Treuarbeit, de 29 de Março de 1994.

40. A empresa beneficiária não foi, concretamente, obrigada a pagar um prémio que devia ser calculado em função do risco, muito alto, corrido tanto pela instituição bancária que concedeu o empréstimo como pela instância que acordou a garantia [9]. As despesas de requerimento exigidas, no montante de 140 000 DM, e as despesas de gestão da caução, correspondentes a 0,75% do valor da garantia, são consideradas insuficientes para o efeito. Tendo em conta as imposições e os referidos encargos, o equivalente subsídio líquido eleva-se a 98,7% [100% — 0,75% de despesas de gestão da caução e — 0,55% de despesas de requerimento (140 000 DM relativos a 25,6 milhões de marcos alemães)] (décimo parágrafo).

41. O auxílio serve para melhorar os rendimentos da empresa Jadekost, uma vez que, por um lado, a libera de custos que a mesma teria de suportar no âmbito da sua actividade comercial habitual e que, por outro, não é imposta ao beneficiário qualquer obrigação de utilização para fins específicos. Este auxílio conferiu à empresa Jadekost a capacidade de propor os seus produtos a preços que foram mantidos a um nível artificialmente baixo. Nos termos do ponto 1.3 das linhas directrizes, este tipo de auxílio ao funcionamento é, nos seus aspectos fundamentais, incompatível com o mercado comum, não carecendo sequer de um exame dos outros factos constitutivos referidos no n.° 1 do artigo 92.° do Tratado CE (décimo primeiro parágrafo).

42. Para além disso, a Comissão sublinha na decisão impugnada que considera que o auxílio concedido à empresa Jadekost ameaça efectivamente falsear as condições de concorrência, porquanto beneficia uma empresa determinada (a Jadekost) e dá lugar a uma redução dos custos que, pela sua natureza, lhe terá permitido reforçar a sua posição no mercado. Trata-se, pois, de um auxílio que tende a falsear a concorrência no mercado dos produtos de peixe congelados em detrimento de outras empresas concorrentes da Alemanha e dos outros Estados-Membros, que não beneficiam deste tipo de auxílio. Existe, com efeito, neste sector, um mercado concorrencial à escala comunitária, no qual os produtos em causa são objecto de trocas comerciais entre os Estados-Membros. Ao reforçar a posição concorrencial da referida empresa em relação aos seus concorrentes, o auxílio concedido à empresa Jadekost revela-se de natureza a afectar as trocas comerciais entre os Estados-Membros (décimo segundo parágrafo).

43. A Comissão não adopta a «óptica global» defendida pela República Federal da Alemanha, segundo a qual, por um lado, a garantia e o crédito caucionado não podiam ser avaliados independentemente do projecto no seu todo, ou seja, do investimento planeado, e, por outro, poderia perfeitamente ter sido concedido, para as despesas de investimento cobertas sem qualquer apoio estatal, um auxílio sob a forma de garantia do Estado no montante de 32,5 milhões de marcos alemães, de forma a que a empresa Jadekost não tivesse necessidade de uma garantia do Estado para o funcionamento do capital de exploração. Na opinião da Comissão, a apreciação de carácter legal do auxílio deve ter em conta a situação do beneficiário no momento da decisão de concessão do auxílio, tomada, no caso em apreço, na Primavera de 1994. Segundo a Comissão, a garantia foi expressamente requerida e acordada para um crédito de funcionamento e não para um crédito de investimento. A «óptica global» defendida pela República Federal da Alemanha não pode ser aceite, porquanto permitiria tomar em consideração outros financiamentos suplementares (décimo terceiro parágrafo).

9 — *Idem.*

44. Dado que as linhas directrizes apenas são aplicáveis aos produtos da pesca e da aquicultura, e que se torna exigível o reembolso da parte do auxílio que beneficiou o referido sector, impõe-se determinar a percentagem de produtos desses sectores em relação à dos produtos de base de carne e à dos pratos pré-cozinhados (décimo quarto parágrafo).

45. Para o efeito, a Comissão baseia-se nos dados de produção e nos volumes de negócios que figuram nas previsões de vendas de 1994 (ano da concessão do auxílio) e que foram comunicados pelo Governo Federal por carta de 1 de Setembro de 1995. De uma produção total de 20 000 toneladas, 45% devem ser imputados ao fabrico de produtos à base de peixe, 45% ao fabrico de produtos à base de carne e 10% à produção de pratos pré-cozinhados. Em termos de volumes de negócios por sector de produção, verifica-se que 42,3% correspondem à venda de produtos à base de peixe, 50% dizem respeito a produtos à base de carne e 7,7% representam a produção de pratos pré-cozinhados. A Comissão toma por base a percentagem do volume de negócios relativa aos produtos à base de peixe, ou seja 42,3% (décimo quarto parágrafo).

46. Aquando do cálculo do montante a reembolsar, é preciso considerar o facto de que a garantia apenas cobre 80% dos 35 milhões de marcos alemães do empréstimo, e que o empréstimo efectivamente concedido é apenas de 32 milhões de marcos alemães, pelo que 80% deste último montante resulta numa quantia de 25,6 milhões de marcos alemães. Se se aplicar um equivalente subvenção líquido de 98,7%, o montante que se obtém é de 25 267 200 DM, dos quais 10 688 025 (= 42,3%) dizem respeito a produtos à base de peixe (décimo quarto parágrafo).

47. Na parte V da decisão impugnada, a Comissão examinou em que medida podem ser aplicadas ao caso em apreço as excepções previstas nos artigos 92.°, n.° 2, e 93.°, n.° 3, do Tratado. A Comissão chegou à conclusão de que essas excepções não se aplicam no caso em apreço, dada a natureza e os objectivos do auxílio.

48. Nos termos do artigo 1.° da decisão impugnada:

«É ilegal o auxílio concedido pela República Federal da Alemanha à empresa JAKO Jadekost GmbH & Co. KG, em 1994, sob a forma de uma garantia do Estado federado da Baixa Saxónia sobre um crédito no montante de 10 688 025 DM, uma vez que foi concedido em violação das regras processuais previstas no n.° 3 do artigo 93.° do Tratado CE. O referido auxílio é, também, incompatível com o mercado comum nos termos do n.° 1 do artigo 92.° do Tratado CE».

49. O artigo 2.° da decisão impugnada dispõe que:

«A República Federal da Alemanha velará pela supressão e integral restituição, no prazo de dois meses a contar da notificação da presente decisão, do auxílio mencionado no artigo 1.°

...»

50. Nos termos do artigo 3.°, a Alemanha informará a Comissão, no prazo de dois meses a contar da notificação da decisão, das medidas tomadas para lhe dar cumprimento.

51. Finalmente, nos termos do artigo 4.°, a República Federal da Alemanha é a destinatária da decisão.

IV — Conclusões da partes

52. O recurso da República Federal da Alemanha (a seguir «recorrente») deu entrada na secretaria do Tribunal de Justiça em 26 de Agosto de 1996.

53. No recurso, a recorrente concluiu solicitando ao Tribunal de Justiça que se dignasse: anular a Decisão 96/563/CE da Comissão, de 29 de Maio de 1996, relativa a um auxílio concedido pelo Estado federado da Baixa Saxónia à empresa JAKO Jadekost GmbH & Co. KG, e condenar a Comissão nas despesas.

54. A Comissão concluiu pedindo ao Tribunal de Justiça que se dignasse: negar provimento ao recurso da recorrente e condená-la nas despesas.

V — Análise dos fundamentos de anulação

55. A recorrente invoca quatro fundamentos, isto é: a)violação dos direitos da defesa, b) descrição inexacta dos factos, c) aplicação incorrecta do artigo 92.°, n.° 1, do Tratado e violação da obrigação de fundamentação que decorre do artigo 190.° do Tratado CE (actual artigo 253.° CE) e d) aplicação incorrecta, por parte da Comissão, do artigo 92.°, n.° 3, alínea c), do Tratado e violação da obrigação de fundamentação.

A — *Primeiro fundamento: violação dos direitos da defesa*

56. Com o primeiro fundamento, a recorrente alega que a decisão impugnada é ilegal, dado que houve violação do princípio fundamental de protecção dos direitos da defesa. Em especial, é referido que a Comissão não permitiu nem à recorrente, nem ao *Land*, ter conhecimento das observações apresentadas por quatro concorrentes da Jadekost enviadas no decurso da tramitação processual. Assim sendo, a Comissão violou igualmente as formalidades essenciais referidas no artigo 173.°, segundo parágrafo, do Tratado, o que implica a anulação da decisão impugnada.

57. A Comissão afirma que foi por lapso que as cartas das concorrentes da Jadekost não foram comunicadas à recorrente. No entanto, isso só prefiguraria uma violação dos direitos da defesa se, caso não existisse tal irregularidade, se tivesse chegado a resultado diferente. A Comissão considera que essas observações não contêm qualquer elemento, para a apreciação dos factos na perspectiva das regras da concorrência, que não tivesse sido levado pela recorrente ao conhecimento da Comissão durante as várias fases do processo de exame pela Comissão do auxílio controvertido.

58. De acordo com uma jurisprudência constante do Tribunal de Justiça [10], o respeito pelos direitos da defesa, em qualquer processo iniciado contra um terceiro e susceptível de culminar num acto que afecte os seus interesses, constitui um princípio fundamental de direito comunitário e que deve ser garantido, mesmo na falta de regulamentação específica. Este princípio exige que os destinatários de decisões, que afectem de modo sensível os seus interesses, sejam colocados em condições de dar utilmente a conhecer o seu ponto de vista. Noutras palavras, é necessário que «à pessoa contra a qual a Comissão desencadeou um processo administrativo seja dada a possibilidade de, no decurso deste, dar a conhecer, de forma útil, o seu ponto de vista sobre a realidade e pertinência dos factos e circunstâncias alegados e sobre os documentos utilizados pela Comissão em apoio da sua alegação, quanto à existência de uma violação do direito comunitário» [11].

59. Para além disso, o Tribunal de Justiça reconheceu que este princípio exige que ao Estado-Membro em causa seja dada a possibilidade de exprimir o seu ponto de vista sobre as observações apresentadas por terceiros interessados, nos termos do n.° 2 do artigo 93.° do Tratado, e que a Comissão pretende utilizar como base da sua decisão. O Tribunal de Justiça esclareceu que, na medida em que ao Estado-Membro não tenha sido facultado comentar tais observações, a Comissão não as pode ter em conta na sua decisão contra esse Estado [12].

10 — V., a título de exemplo, o acórdão de 24 de Outubro de 1996, Comissão/Lisrestal e o. (C-32/95 P, Colect., p. I-5373, n.° 21).

11 — V., a título de exemplo, o acórdão de 10 de Julho de 1986, Bélgica/Comissão (40/85, Colect., p. I-2321, n.° 28).

12 — V., a título de exemplo, o acórdão Boussac, já referido na nota 3 (n.° 30).

60. Para além disso, o Tribunal de Justiça salientou [13] que «para que tal violação dos direitos da defesa justifique uma anulação, é no entanto necessário que, não se verificando tal irregularidade, o processo tenha levado a um resultado diferente».

61. Recorde-se que, no processo Boussac [14], o Tribunal de Justiça notou que as observações em causa, apresentadas ao Tribunal de Justiça a pedido deste, não continham quaisquer dados informativos novos relativamente àqueles de que a Comissão já dispunha e de que o Governo francês tinha conhecimento. Nestes termos, o facto de o Governo francês não ter tido a possibilidade de comentar as referidas observações não era de natureza a influenciar o resultado do processo administrativo. Em consequência, o Tribunal de Justiça considerou improcedente esse fundamento do Governo francês.

62. Penso que o objectivo dos procedimentos de protecção total dos direitos da defesa não se encontra afectado quando, apesar da falta de comunicação de outros dados à parte recorrida num processo administrativo, esta última teve conhecimento desses dados durante as fases sucessivas de tal processo, tendo tido assim a possibilidade de tomar posição sobre as acusações alicerçadas nesses elementos.

13 — Acórdão Boussac (n.° 31). V. também o acórdão de 11 de Novembro de 1987, França/Comissão (259/85, Colect., p. 4393, n.° 13).

14 — Nesse processo, a República Francesa pediu a anulação de uma decisão da Comissão, relativa aos auxílios concedidos pelo Governo francês ao fabricante de têxteis e de produtos à base de papel Boussac Saint Frères.

63. Para além disso, o acto impugnado só pode ser anulado por tal motivo se, na ausência dessa irregularidade, o processo tivesse chegado a resultado diferente. O ónus da prova a este respeito cabe à parte que considera que certos elementos de informação, constantes de documentos que não foram comunicados em tempo útil, afectariam de forma significativa o conteúdo da decisão impugnada, se tivessem sido apresentados ao Tribunal de Justiça e levados ao conhecimento dessa parte.

64. Em primeiro lugar, resulta dos autos que o conteúdo das observações tomadas em consideração pela Comissão antes de esta publicar a sua comunicação era do conhecimento da recorrente [15], que podia rebater as acusações da Comissão [16]. Para além disso, tal como decorre das cartas enviadas pela Comissão ao Governo alemão [17] e das cartas deste último à Comissão [18], os seus representantes conheciam o enquadramento legal e factual em que se baseava a Comissão para dizer que existia violação do direito comunitário, como vem descrito na quarta parte da decisão impugnada.

15 — É o que decorre do telex enviado pela Comissão ao Governo alemão em 1 de Setembro de 1994 e que constitui o anexo B 3 da contestação. Nesse telex, a Comissão pedia à recorrente que lhe remetesse informações adicionais sobre os preços da concorrência e sobre a cobertura das despesas de exploração da Jadekost.

16 — A Comissão sublinha que os dados constantes das cartas das concorrentes foram examinados com a recorrente nos encontros de 31 de Agosto de 1994 e de 28 de Novembro de 1995.

17 — V., também, as cartas de 30 de Junho de 1994 e de 20 de Fevereiro de 1995, constantes dos anexos B 1 e B 6 da contestação da Comissão.

18 — Cartas datadas de 2 de Novembro de 1994 e de 13 de Abril de 1995, constantes dos anexos B 5 e B 7 da contestação da Comissão.

65. Resulta da comunicação da Comissão (95/C 201/06), publicada em 5 de Agosto de 1995, nos termos do artigo 93.°, n.° 2, e dirigida aos outros Estados-Membros e aos outros interessados, que a Comissão havia comunicado os dados relativos ao enquadramento legal e factual em que se baseava para concluir pela violação do direito comunitário pela República Federal da Alemanha em virtude do auxílio concedido pelo *Land* da Baixa Saxónia à sociedade Jadekost sob a forma de garantia [19].

66. As cartas enviadas à Comissão após a publicação no Jornal Oficial não contêm, em meu entender, qualquer elemento que não tivesse sido levado ao conhecimento da República Federal da Alemanha no âmbito da fase administrativa e que não tivesse sido susceptível de esta invocar em sua defesa [20].

67. Em concreto, verifica-se que, numa carta conjunta de 31 de Agosto de 1995 [21], as sociedades Pickenpack Tiefkühlgesellschaft GmbH & Co. KG e Hussmann & Hahn GmbH & Co., referindo-se a cartas que elas tinham enviado anteriormente, expressaram os seus pontos de vista, nomeadamente, sobre a legalidade do auxílio e alegaram que a Jadekost comercializava os seus produtos a preços inferiores ao preço de custo, causando assim prejuízos significativos às sociedades concorrentes. Também sublinharam que a Jadekost conseguiu receber um crédito sob a forma de garantia concedida pelo *Land*. Também resulta de uma carta da sociedade Nordsee GmbH ao Governo do *Land* da Baixa Saxónia, de 1 de Setembro de 1995, referindo-se a duas cartas anteriores que a mesma sociedade enviara às autoridades do *Land* em 19 de Agosto e 23 de Setembro de 1994, que essa sociedade se queixara junto do Ministério das Finanças da Baixa Saxónia da concorrência catastrófica imposta pela Jadekost aos seus concorrentes [22]. Foi por essa via que ela deu a conhecer as suas dúvidas quanto à legalidade do auxílio, sublinhando que a Jadekost utilizou o apoio financeiro para obter parte do mercado em detrimento dos concorrentes ao praticar preços abaixo do custo. Finalmente, decorre de uma carta enviada em 4 de Setembro de 1995 pela sociedade Nordstern Lebensmittel AG [23] que esta apresentara uma queixa junto da Comissão, alegando que a Jadekost pretendia aumentar de forma significativa a sua parte do mercado na Alemanha e que o seu surgimento no mercado tinha provocado uma queda importante dos preços dos produtos congelados. Na opinião desta sociedade, esta situação teve como efeito levar a Jadekost praticamente desde o início de 1994 à falência [24] (konkursreif) [25]. Para além disso, ela informou a Comissão da evolução dos mercados e do tratamento do caso pelo Parlamento do *Land* da Baixa Saxónia.

19 — Esta comunicação referia-se às linhas directrizes de 1994 e não às de 1992, mas é óbvio que isso não significa que os interessados desconheciam as regras em que se baseava a Comissão para alegar uma violação do direito comunitário.

20 — Alguns elementos dessas cartas figuram na segunda parte, *in fine*, da decisão impugnada.

21 — Essa carta constitui o anexo B 14 da contestação da Comissão.

22 — Essa carta constitui o anexo B 15 da contestação da Comissão.

23 — Essa carta constitui o anexo B 16 da contestação da Comissão.

24 — Recorde-se o processo de falência da sociedade Jadekost foi aberto em 31 de Março de 1995.

25 — Esta sociedade diz na mesma carta que tinha também comunicado ao Governo do *Land*, por carta de 2 de Março de 1994, as suas reservas quanto ao montante da garantia justificada pelo volume de negócios da Jadekost, garantia essa que não devia ultrapassar os 4 a 5 milhões de DM.

68. Em conclusão, penso que os dados constantes dessas cartas eram, no essencial, do conhecimento da recorrente através de cartas anteriores da Comissão ou de encontros realizados com esta última, tendo tido assim a recorrente a possibilidade de tomar posição sobre eles antes da publicação da decisão impugnada. Só muito dificilmente poderia a recorrente persistir em alegação de sentido contrário, tendo em conta os contactos estreitos e demorados entre a Comissão e as autoridades alemãs nas vários fases do processo [26]. Para além disso, considero que a recorrente não fez prova bastante na réplica, quando tomou conhecimento desses elementos constantes das cartas posteriores à publicação da comunicação da Comissão, que, se essa irregularidade não tivesse existido, o processo teria chegado a resultado diferente.

69. Tendo em conta o que precede, o primeiro fundamento de anulação deve ser rejeitado por falta de fundamentação.

B — *Segundo fundamento: determinação inexacta dos factos*

70. Com o segundo fundamento de anulação, a recorrente considera que a Comissão só estabeleceu os factos de modo parcialmente exacto, tendo omitido um certo número de constatações de relevo.

71. Em concreto, no que diz respeito à apresentação de elementos de prova, matéria factual e observações novas, isto é, depois do termo do processo administrativo, a recorrente afirma que o momento da adopção da decisão só é importante se o processo administrativo prévio se tiver desenrolado de maneira regular. Dito de outro modo, se o processo estiver viciado de irregularidades, não se pode exigir à recorrente que respeite uma regra de concordância rigorosa entre os fundamentos invocados no âmbito do processo administrativo e os alegados na pendência do recurso.

72. Segundo a recorrente, a Comissão não diligenciou no sentido de conduzir o processo administrativo de modo a dispor, no seu termo, de todos os dados importantes para tomar a decisão impugnada. Para além disso, na sua opinião, a Comissão sonegou à recorrente matéria importante de facto e de direito, a qual esteve na base da sua decisão.

73. A recorrente considera também que tem o direito de apresentar argumentos, informações e documentos na pendência do recurso, isto é, depois do termo do processo administrativo. A apreciação jurídica da matéria factual pode ocorrer no âmbito do processo (ser tardia), visto que o Estado-

26 — V. o ponto 24 das conclusões do advogado-geral Jacobs no acórdão Boussac, já referido na nota 3.

Membro não está obrigado nem a efectuar uma análise exaustiva e definitiva dos factos, nem a apresentar argumentos jurídicos na fase que decorre junto da Comissão. O direito comunitário também não contém disposições expressas quanto a prazos em matéria de objecções.

a) *Apresentação de novos dados*

74. De acordo com a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça [27], a legalidade de uma decisão em matéria de auxílios deve ser apreciada em função dos elementos de informação de que a Comissão poderia dispor no momento em que a tomou. Como sublinhou o advogado-geral Darmon [28], a própria fiscalização do Tribunal de Justiça restringe-se à legalidade da decisão e não pode implicar a reabertura do exame do projecto de auxílio face a elementos não apresentados durante o processo que conduziu à decisão impugnada.

75. Em certos casos, o Tribunal de Justiça não admitiu pois que factos não levados por um Estado-Membro ao conhecimento da Comissão fossem invocados perante o Tribunal de Justiça quando esse Estado-Membro não deu seguimento a um pedido de informação da Comissão [29].

76. Assim, penso que, na medida em que os factos invocados pela recorrente junto do Tribunal de Justiça são factos novos, não comunicados à Comissão a pedido desta na fase administrativa, esses factos não podem ser tomados em consideração, mesmo que a título complementar e embora a recorrente só se tenha apercebido da sua relevância após a adopção da decisão controvertida. Com efeito, para que o Tribunal de Justiça possa fiscalizar a legalidade da decisão controvertida, é preciso que exista concordância entre os fundamentos invocados no âmbito do processo administrativo e os alegados na pendência do recurso.

b) *Quanto ao mérito*

77. No que diz respeito ao seu teor, o segundo fundamento abrange três acusações. A primeira diz respeito à fixação do montante do auxílio, a segunda à determinação dos factos relativos às linhas directrizes e a terceira à distorção da concorrência.

27 — V. os acórdãos de 26 de Setembro de 1996, França/Comissão (C-241/94, Colect., p. I-4551, n.° 33), de 10 de Julho de 1986, Bélgica/Comissão (234/84, Colect., p. 2263, n.° 16), e de 20 de Março de 1984, Alemanha/Comissão (84/82, Recueil, p. 1451).

28 — V. o n.° 8, *in fine*, das conclusões no acórdão de 14 de Outubro de 1987, Alemanha/Comissão (248/84, Colect., p. 4013).

29 — V., a título de exemplo, o acórdão de 26 de Setembro de 1996, França/Comissão, já referido na nota 27 (n.os 36 e 37).

1) Quanto ao montante do auxílio

78. Com a primeira acusação do segundo fundamento de anulação, a recorrente sustenta que a Comissão cometeu certos erros relativamente à determinação dos factos para efeitos de apreciação tanto da existência como do montante do auxílio. A primeira acusação desdobra-se em dois pontos.

i) Quanto à existência de outras possibilidades de financiamento

79. A recorrente sustenta que Comissão não fez prova de diligência suficiente para saber se existiam outras possibilidades de financiar a Jadekost, o que não tinha sido por ela excluído na fase administrativa.

80. No caso em apreço, resulta dos autos que a Comissão deu cumprimento a todos os actos processuais previstos no artigo 93.°, n.° 2, no que respeita à recolha de todos os elementos necessários à apreciação da caução em causa, comunicada pelo *Land* para garantir o crédito bancário obtido pela Jadekost.

81. Só na pendência do recurso junto do Tribunal de Justiça, e não na fase administrativa, é que a recorrente alegou que a Comissão não tinha diligenciado de forma activa para saber em que medida existiam outras possibilidades de financiamento. Por conseguinte, este fundamento não pode ser tomado em consideração, tendo em conta o que atrás foi dito, em virtude de não ter sido alegado na fase administrativa.

82. Para além disso, como a Comissão se pronunciou com base nos elementos que o Estado-Membro lhe comunicou durante o processo administrativo, penso que não está obrigada a examinar, sempre que seja concedida uma garantia, se existem outras eventuais possibilidades de financiamento, na medida em que o próprio interessado também não o fez.

ii) Quanto à existência de outras garantias

83. A recorrente considera que a Comissão não tomou em consideração a existência de importantes garantias a favor dos bancos credores da Jadekost para definir o montante do auxílio [30].

84. Este argumento não nos convence. Como salientou a Comissão, resulta dos documentos apresentados pela recorrente,

30 — Em concreto, a quarta frase do sexto parágrafo da parte III da decisão impugnada diz que «Dado que esta dispunha, na fase de arranque, de bens de caução apenas muito limitados, esforçou-se por obter uma garantia do Estado sobre os créditos de funcionamento concedidos pelo seu banco habitual — Bayerische Hypotheken- und Wechselbank AG».

da posição do Governo do *Land* e do relatório económico e financeiro da empresa de contabilidade que as garantias eram de valor limitado [31]. Concretamente, a página 30 do relatório económico e financeiro (Entscheidungsvorlage) da C & L Deutsche Revision, enviado à Comissão pela recorrente em anexo à sua carta de 3 de Janeiro de 1996 [32], explica as razões pelas quais o risco assumido pelo garante era muito alto.

85. Para além disso, como indica a Comissão (ponto 46 da contestação), o Governo do *Land* da Baixa Saxónia admitiu o seguinte na sua resposta a uma pergunta que lhe fora colocada pelo Parlamento do *Land*: «É precisamente porque comportava um risco que a garantia foi submetida à apreciação do gabinete ministerial e da comissão do orçamento do Parlamento da Baixa Saxónia... A maioria dos membros do gabinete ministerial e da comissão do orçamento pronunciou-se favoravelmente à garantia. O *Land* devia decidir se concedia um auxílio à empresa para ultrapassar as suas dificuldades ou se provocava a sua falência ao recusar-lhe tal auxílio» [33].

86. Finalmente, penso que a posição da Comissão encontra igualmente conforto nas directrizes gerais em vigor no *Land* da Baixa Saxónia em matéria de garantias, no que diz respeito às condições exigidas para que o *Land* se constitua garante. Mais concretamente, o ponto 3 das directrizes gerais, citado pela Comissão no ponto 120 da contestação, refere o princípio da subsidiariedade, segundo o qual «a garantia só é em princípio concedida se as medidas não puderem ser executadas de outro modo, nomeadamente porque não se encontram disponíveis outras garantias suficientes, não sendo possível obter uma garantia por parte da Niedersächsische Bürgschaftsbank (NBB) GmbH».

iii) Quanto à redução dos custos de produção

87. A recorrente alega que a garantia não constituía uma condição *sine qua non* para a produção. A baixa dos custos de produção não foi de 100%, como declara a Comissão, dado que os custos de produção sofreram um aumento devido ao pagamento de juros pela empresa. Só uma redução da taxa de juros em virtude da garantia permitiria reduzir as despesas da empresa.

88. Considero que, no caso em apreço, basta sublinhar, partilhando assim a opinião da Comissão, que a concessão de uma garantia implica uma redução dos custos para a empresa, não sendo pois manifestamente errada esta afirmação da Comissão. Com efeito, a empresa beneficiária não poderia dar continuidade à sua produção

31 — Tal como sublinha a Comissão, a recorrente declarou na sua carta de 19 de Julho de 1994 (que constitui o anexo B 2 da contestação) que, «para cobrir as necessidades de capital de exploração indispensáveis ao arranque da empresa, os bancos haviam exigido uma garantia de 80% por parte do *Land* da Baixa Saxónia sob a forma de um empréstimo de 35 milhões de marcos alemães».

32 — Esta carta constitui o anexo B 9 da contestação da Comissão.

33 — Nos termos do ponto 1.3 das directrizes já referidas, às quais a Comissão faz referência no ponto 46 da sua contestação, um pedido de garantia deve ser aprovado pela comissão do orçamento do parlamento (local) sempre que haja intenção de introduzir derrogações parciais em relação às directrizes.

sem o crédito em relação ao qual foi constituída a garantia, visto que não poderia recorrer aos créditos necessários para a manutenção da sua actividade. Esta questão será aprofundada mais adiante, ao examinarmos, por um lado, o quarto ponto da primeira acusação do segundo fundamento de anulação e, por outro, o terceiro fundamento de anulação, em especial quando analisarmos a determinação do montante da garantia.

iv) Quanto ao montante do elemento de auxílio e à taxa de juros do empréstimo

89. No que diz respeito ao montante do auxílio e à taxa de juros do empréstimo, a recorrente sustenta, em primeiro lugar, que o risco assumido pelo garante (o *Land* da Baixa Saxónia) não correspondia ao montante global da garantia [34]. A recorrente cita também as directrizes do *Land* relativas à garantia, segundo as quais deve existir uma forte probabilidade de o crédito objecto da garantia ser efectivamente reembolsado. De seguida, sublinha que a taxa de juros do empréstimo concedido à Jadekost era mais alta do que a taxa média praticada no mercado pelos bancos em relação a empréstimos idênticos. A Comissão não diligenciou para que fosse feita uma comparação com as taxas de juros usualmente praticadas em relação aos empréstimos.

90. Em primeiro lugar, gostaria de recordar que, no processo Boussac [35], quando o Tribunal de Justiça procurou apurar se certas medidas [36], que o Governo francês havia tomado a favor da empresa de vestuário e de produtos à base de papel Boussac Saint Frères, revestiam a natureza de auxílios estatais, considerou que devia aplicar-se o critério «baseado nas possibilidades de a empresa obter as importâncias em questão no mercado de capitais». O Tribunal de Justiça sublinhou também (n.° 40) que resultava dos autos que a situação financeira da sociedade no ano em causa não lhe permitia «atendendo ao seu escasso poder de autofinanciamento..., reunir os fundos necessários no mercado de capitais». Para além disso, o Tribunal de Justiça declarou que os primeiros investimentos privados, aliás de montante muito inferior ao das intervenções públicas, apenas foram efectuados depois de estas últimas terem lugar. Daí concluiu que as entradas de capitais na sociedade beneficiária (Boussac) constituíam um auxílio estatal, na acepção do n.° 1 do artigo 92.° do Tratado.

91. Tendo em conta a citada jurisprudência do Tribunal de Justiça, penso que a Comissão tem razão ao declarar que o montante do auxílio é igual ao montante integral da

34 — Na audiência, a recorrente reiterou, citando a comunicação da Comissão (96/C 68/06 relativa aos auxílios *de minimis*; JO 1996, C 68, p. 9), que, quando existem outras garantias significativas, o auxílio não pode atingir 100% do montante em relação ao qual foi concedida a garantia.

35 — Acórdão de 14 de Fevereiro, Boussac, já referido na nota 3 (n.° 39).

36 — Tratava-se de entradas de capitais, de empréstimos com juro bonificado e de reduções de encargos sociais.

garantia. Com efeito, visto o risco para o garante ser muito elevado, como confirmou o relatório económico e financeiro da C & L Deutsche Revision, o crédito não teria sido concedido à Jadekost sem a garantia. Por conseguinte, sem a garantia, a empresa teria deixado de funcionar e de produzir e, consequentemente, teria aberto falência. A concessão da garantia permitiu à Jadekost obter o crédito que lhe deu possibilidade de prosseguir a sua actividade e o montante do auxílio não pode deixar de coincidir com o do crédito concedido; em meu entender, esta afirmação da Comissão não está manifestamente errada [37]. Assim, não é necessário examinar se a taxa de juros do empréstimo concedido comparativamente com as taxas de juro praticadas no mercado durante o período em causa consubstancia um benefício para a empresa Jadekost em relação às suas concorrentes.

v) Quanto à evolução do mercado

92. Segundo a recorrente, a baixa de preços que se registou no sector dos produtos à base de peixe iniciou-se antes da entrada da Jadekost no mercado em Junho de 1993, tendo prosseguido independentemente da sua actividade. A este propósito, a recorrente faz referência ao relatório económico e financeiro da C & L Deutsche Revision, o qual concluía que a Jadekost tinha boas perspectivas para o futuro. Para além disso, alega que nem o grupo Nordfrost nem os seus concorrentes haviam previsto uma saturação do mercado. Considera pois que a Comissão analisou a evolução de mercado em causa de um modo demasiado negativo.

93. Segundo a Comissão, os factos expostos pela recorrente indicam que a Jadekost já só estava em condições de receber fracos dividendos.

94. Considero que esta apreciação da Comissão vai no sentido da constante do relatório económico e financeiro da C & L Deutsche Revision, que chegou à conclusão de que o risco para o garante era muito alto, atendendo à diminuição da capacidade financeira, à evolução dificilmente previsível do Grupo Nordfrost e à evolução do mercado. Isso mesmo foi confirmado pelo facto de ter sido aberto o processo de falência da Jadekost em 31 de Março de 1995. Para além disso, os dados constantes do relatório económico e financeiro

37 — A comunicação da Comissão (96/C 68/06), referida pela recorrente, não é mais do que um conjunto de directivas cuja característica essencial é a de clarificarem a política da Comissão em vários sectores [no que diz respeito ao sentido da directiva, em especial no direito administrativo francês, v. Pavlopoulos, P.: «La directive en droit administratif», Paris, *LGDJ*, 1978 (na série «Bibliothèque de Droit Public», tomo 128, XX e 268 páginas), passim; Boulouis, J.: «Sur une catégorie nouvelle d'actes juridiques: les 'directives'», artigo no *Recueil d'Études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, edição Cujas, 1977 (pp. 191 a 203), e Delvolvé, P.: «La notion de directive», artigo na *AJDA*, 1974 (p. 459 a 473)]. Para além disso, penso que não se pode deduzir dessa comunicação que as declarações e apreciações feitas pela Comissão são manifestamente erradas, visto que, como já foi referido, o risco do garante era considerado muito elevado, atendendo à situação económica da empresa Jadekost.
Recordo que, nesta comunicação, está dito que, no que se refere às garantias de empréstimos, o equivalente subvenção para um determinado ano pode ser calculado, quer da mesma forma que o equivalente subvenção de um empréstimo bonificado, deduzidos os prémios pagos, representando a bonificação de juros a diferença entre a taxa de referência e a taxa obtida devido à garantia estatal, quer como a diferença entre a) o montante garantido em dívida multiplicado pelo coeficiente de risco (probabilidade de não reembolso) e b) qualquer prémio pago, ou seja: (montante garantido × risco) — prémio. No caso vertente, a garantia acordada correspondia a 80% do empréstimo de 35 000 000 DM que foi concedido à Jadekost. Após dedução das despesas de requerimento e de gestão da caução, o equivalente subvenção líquido representava 98,7% do montante de 25 600 000 DM, ao qual correspondia a garantia. Se se aplicar o equivalente subvenção líquido de um montante de 98,7%, obter-se-á 25 267 000 DM. Sobre este montante, 10 688 025 DM (isto é, 42,3%) correspondem aos produtos à base de peixe.

da C & L Deutsche Revision levam, em meu entender, à conclusão de que, no caso vertente, não houve erro de facto ou de apreciação por parte da Comissão, o que implica que este fundamento da recorrente deve ser rejeitado.

vi) Quanto à apreciação global

95. Na opinião da recorrente, existe um nexo entre as necessidades suplementares de liquidez da Jadekost e o projecto global de investimentos. Daí decorre que a garantia concedida pelo *Land* teria também podido ser utilizada para financiar outros investimentos, sendo pois possível que os fundos próprios da Jadekost tivessem sido utilizados para cobrir as suas necessidades de liquidez. A recorrente sublinha que só por uma preocupação de simplificação é que foi decidida a afectação como «crédito de exploração», sem com isso pretender dizer que a garantia foi concedida para efeitos de investimento e não para efeitos de exploração (crédito de funcionamento). No entanto, a recorrente considera que, no âmbito da apreciação global, o essencial é que o montante da totalidade do auxílio concedido à Jadekost não ultrapasse o limite superior de auxílio admitido para o projecto.

96. A Comissão salienta que, até 13 de Abril de 1995, a recorrente qualificou o crédito sob garantia como crédito de exploração (crédito de funcionamento) [38]. Com efeito, esta qualificação resulta também de todos os documentos bancários disponíveis, do pedido feito pela Jadekost junto do Governo da Baixa Saxónia [39], da decisão tomada por este governo em 1 de Março de 1994 [40] e da decisão adoptada em 6 de Abril de 1994 pela comissão parlamentar dos auxílios [41].

97. Em meu entender, resulta do que precede que a Comissão não cometeu, no caso vertente, qualquer erro grave ao estabelecer os factos, em virtude de não ter procedido a uma apreciação do projecto global dos investimentos a realizar pela Jadekost e de apenas ter apreciado a parte respeitante às necessidades financeiras dessa empresa, em relação à qual foi concedido o auxílio.

2) Quanto à matéria de facto relativa às linhas directrizes

98. A segunda parte do segundo fundamento de anulação, invocado pela recorrente, diz respeito à matéria de facto

38 — A Comissão apresenta uma carta de 22 de Julho de 1994, que lhe foi dirigida pela recorrente (anexo B 2 da contestação).

39 — Neste pedido, que constitui o anexo B 19 da contestação da Comissão, esta qualificação vem descrita como utilização prevista do crédito «Betriebsmittelkredit für das Umlaufvermögen».

40 — Citada no sexto parágrafo, *in fine*, da parte III da decisão impugnada.

41 — Esta decisão constitui o anexo B 2 da contestação da Comissão; segundo tal decisão, esta qualificação resulta também da aceitação da garantia em 2 de Maio de 1994.

relativa às linhas directrizes no sector das pescas. Em concreto, a recorrente alega que a Comissão não teve em consideração o facto de a garantia ter sido concedida com a condição de ser respeitado o plano de financiamento elaborado pela Jadekost em 23 de Março de 1994 e actualizado em 18 de Outubro de 1994, o qual previa a afectação dos fundos; o cumprimento deste plano era controlado pelo *Land* da Baixa Saxónia. O plano correspondia ao que havia sido apresentado no relatório económico e financeiro para os anos de 1994 e 1995. Além disso, segundo a recorrente, a decisão impugnada não contém qualquer menção às quantidades produzidas, às unidades de produção ou aos meios de produção.

99. Pelo contrário, a Comissão entende que a decisão impugnada faz referência ao plano de financiamento [42]. Acresce que a decisão impugnada previa uma utilização alternativa dos critérios referidos no ponto 1.3 das linhas directrizes, e assim a Comissão não se encontrava obrigada a examinar se a garantia estava de algum modo associada às quantidades produzidas, etc. Por conseguinte, a alegação de que a Comissão não determinou, no caso vertente, os factos relacionados com as linhas directrizes não tem fundamento.

3) Quanto à matéria de facto relativa à distorção da concorrência

100. Com a terceira parte do segundo fundamento de anulação, a recorrente sustenta que a matéria de facto apresentada sobre a existência de um auxílio falseador do jogo da concorrência ou o alegado aligeiramento dos custos da Jadekost resultante da garantia é insuficiente.

101. No que diz respeito à definição do mercado, a recorrente considera que a mera referência à compra de «produtos congelados à base de peixe» e de «barras e filetes panados com ou sem recheio» não constitui um dado factual suficiente. Para além disso, a Comissão não diligenciou no sentido de examinar o mercado europeu, em especial no que se refere à importância da produção de produtos congelados à base de peixe nos outros Estados-Membros. A Comissão menciona igualmente estatísticas relativas à produção de produtos congelados à base de peixe, segundo as quais a produção destes produtos pela Jadekost apenas corresponde a uma parte ínfima do conjunto da produção no mercado comum.

102. Ora, tal como sublinha a Comissão, a decisão impugnada refere-se expressamente à existência de uma concorrência no mercado dos produtos congelados à base de peixe e no das «barras e filetes panados com ou sem recheio». Para além disso, a Comissão alega a existência de uma concorrência manifesta na Alemanha e na Comunidade, tal como foi verificado na decisão impugnada (primeiro parágrafo da parte I). Acresce que esta verificação resulta também da troca de cartas com as autoridades nacionais, que a recorrente juntou aos autos. Noutras palavras, a decisão impugnada não se dispensa de fazer refe-

42 — Oitavo parágrafo da parte III e nono parágrafo da parte IV da decisão impugnada.

rência à distorção da concorrência. Examinarei adiante, aquando da análise do terceiro fundamento de anulação, a suficiência destas referências.

103. Tendo em conta o que precede, o segundo fundamento de anulação deve ser rejeitado.

C — *Terceiro fundamento: aplicação incorrecta do artigo 92.°, n.° 1, do Tratado*

104. Com o terceiro fundamento de anulação, a recorrente sustenta que a Comissão aplicou, de forma errada, o artigo 92.°, n.° 1, do Tratado. Divide esse fundamento em três partes: a primeira relativa ao uso indevido das linhas directrizes para determinar se as condições previstas no artigo 92.°, n.° 1, quanto à existência do auxílio, estão preenchidas; a segunda relativa à qualificação incorrecta do ponto de vista jurídico da matéria de facto; e, finalmente, a terceira relativa às graves violações da obrigação de fundamentação, prevista no artigo 190.° do Tratado.

105. No entanto, antes de examinar os fundamentos invocados pela recorrente, gostaria de analisar de forma sucinta o conceito de distorção da concorrência na acepção do artigo 92.°, n.° 1, do Tratado.

a) *Análise da jurisprudência*

106. Como decorre do texto do artigo 92.°, n.° 1, basta para que esta disposição seja aplicável que os auxílios em causa «ameacem» falsear a concorrência. Mais concretamente, nos termos do disposto no artigo 92.°, n.° 1, do Tratado, são incompatíveis com o mercado comum os auxílios que falseiam ou ameacem falsear a concorrência, «favorecendo» certas empresas [43]. A existência de um auxílio pressupõe pois que uma vantagem seja, directa ou indirectamente, concedida a uma empresa [44].

107. Dito de outro modo, quando a Comissão identifica uma empresa como destinatária de um auxílio, é preciso determinar qual a vantagem que essa empresa retira da intervenção do Estado, visto que, se essa condição não estiver preenchida, tal intervenção não reveste a natureza de auxílio para a empresa em causa [45].

43 — Recorde-se que, no acórdão de 14 de Novembro de 1984, Intermills/Comissão (32/82, Recueil, p. 3809, n.° 32), o Tribunal de Justiça sublinhou que «... a concessão de auxílios... não pode ser considerada como sendo automaticamente contrária às disposições do Tratado. Independentemente pois da forma que revestem esses auxílios..., cabe à Comissão examinar se esses auxílios são incompatíveis com o artigo 92.°, n.° 1, e, no caso afirmativo, apreciar se eles podem eventualmente ser aceites por força do n.° 3 desse artigo, fundamentando assim a sua decisão».

44 — V. Gavalda, C. e Parléani, G.: *Droit des affaires de l'Union européenne*, Paris, Litec, 2.ª edição, 1998, pp. 394 e segs. (n.° 737).

45 — V. Bellamy & Child: *Common Market Law of Competition*, 4.ª edição, 1993, p. 911, n.° 18-004.

108. A jurisprudência deu uma definição lata ao conceito de distorção da concorrência. Reconheceu assim que há distorção da concorrência na medida em que a intervenção do Estado altera de forma artificial certos elementos do custo de produção de uma empresa e reforça a posição desta empresa em relação a outras suas concorrentes nas trocas intracomunitárias [46]. No acórdão Philip Morris Holland/Comissão [47], o Tribunal de Justiça considerou que o auxílio que havia sido concedido à recorrente «devia contribuir para o aumento da sua capacidade de produção e, por conseguinte, para o acréscimo da sua capacidade de contribuir para os fluxos comerciais, incluindo os existentes entre os Estados-Membros» e que «o auxílio teria aligeirado o custo da transformação das instalações de produção e por isso mesmo teria implicado para a recorrente uma vantagem na concorrência com os fabricantes que realizaram ou têm a intenção de realizar, a suas próprias expensas, um aumento análogo da capacidade de rendimento das suas instalações».

109. Noutro acórdão, relativo aos auxílios concedidos pela República Francesa, o Tribunal de Justiça considerou que «os auxílios projectados permitiriam às empresas beneficiárias reduzir o custo dos seus investimentos, reforçando assim a posição destas empresas em relação a outras que com elas competem na Comunidade» [48]. Esta condição pode igualmente ficar preenchida quando os auxílios permitem às empresas estabelecidas num Estado-Membro manter a capacidade de exportação dos seus produtos para esse Estado, afectando assim as possibilidades oferecidas às empresas estabelecidas noutros Estados-Membros [49].

110. O Tribunal de Justiça também reconheceu que, face à interdependência dos mercados em que operam as sociedades comunitárias, não é impossível que um auxílio possa falsear a concorrência intracomunitária, mesmo que a sociedade beneficiária exporte a quase totalidade da sua produção para fora da Comunidade [50].

111. Como expliquei nas conclusões apresentadas no acórdão Alemanha e o./Comissão [51], esta jurisprudência confirma a posição que o advogado-geral M. Capotorti tinha defendido nas suas conclusões no processo Philip Morris Holland/Comissão [52]. Nestas conclusões (ponto 4), afirma-se que «a distorção da concorrência é uma consequência constante, e necessária, do benefício concedido através do auxílio de Estado a certas empresas ou a certas produções. Esta interpretação encon-

46 — V. os acórdãos de 2 de Julho de 1974, Itália/Comissão (173/73, Colect., p. 357), e de 17 de Setembro de 1980, Philip Morris Holland/Comissão (730/79, Recueil, p. 2671).

47 — Acórdão referido na nota 46 (n.º 11).

48 — Acórdão de 11 de Novembro de 1987, França/Comissão, já referido na nota 13 (n.º 24).

49 — Assim, nos termos do acórdão de 13 de Julho de 1988, França/Comissão (102/87, Colect., p. 4067, n.º 19), o auxílio a uma empresa pode ser susceptível de afectar as trocas comerciais entre os Estados-Membros e de falsear a concorrência mesmo que essa empresa se encontre em concorrência com produtos provenientes de outros Estados-Membros sem que ela própria participe nas exportações. Tal situação pode igualmente verificar-se quando não existe sobrecapacidade no sector em causa.

50 — Acórdão de 21 de Março de 1990, Bélgica/Comissão (já referido na nota 3, n.º 35).

51 — Acórdão de 24 de Outubro de 1996 (C-329/93, C-62/95 e C-63/95, Colect., p. I-5151, n.º 49 das conclusões).

52 — Acórdão já referido na nota 46.

tra confirmação na lógica da economia: uma intervenção exterior de carácter selectivo não pode deixar de alterar o jogo da concorrência. Pode pois partir-se da presunção de que qualquer auxílio público concedido a uma empresa falseia a concorrência — ou ameaça falseá-la se o auxílio é somente projectado e ainda não acordado — a menos que existam circunstâncias excepcionais».

112. No que diz respeito à questão de saber se as trocas comerciais entre os Estados-Membros foram afectadas, o Tribunal de Justiça declarou que, quando um auxílio financeiro concedido pelo Estado reforça a posição de uma empresa em relação às suas concorrentes nas trocas intracomunitárias, estas trocas devem ser consideradas afectadas pelo auxílio [53]. O Tribunal de Justiça confirmou este princípio no acórdão Bélgica/Comissão [54], no qual sublinhou que «a importância relativamente fraca de um auxílio ou a dimensão relativamente modesta da empresa beneficiária não impedem *a priori* a eventualidade de as trocas entre Estados-Membros serem afectadas».

113. O Tribunal de Justiça seguiu estas soluções no acórdão Itália/Comissão [55], no qual declarou que «um auxílio pode ser susceptível de afectar as trocas comerciais entre os Estados-Membros e de falsear a concorrência mesmo que a empresa beneficiária, que se encontra em concorrência com os produtos de outros Estados-Membros, não participe por si própria nas exportações. Com efeito, quando um Estado-Membro concede um auxílio a uma empresa, a produção interna pode, por esse facto, manter-se ou aumentar, com a consequência de as possibilidades de as empresas estabelecidas noutros Estados-Membros exportarem os seus produtos para o mercado desse Estado-Membro ficarem por esse motivo sensivelmente diminuídas. Aliás, os auxílios de importância relativamente pequena são, apesar disso, susceptíveis de afectar as trocas comerciais entre os Estados-Membros quando o sector em questão se caracteriza por uma forte concorrência».

114. Resulta dos acórdãos citados que, quando uma empresa beneficiária de um auxílio opera num mercado em que existe uma real concorrência entre produtores estabelecidos em diferentes Estados-Membros, a Comissão pode razoavelmente admitir que a condição relativa à afectação das trocas comerciais entre os Estados-Membros está preenchida. Concluindo, apenas nos mercados de produtos relativamente aos quais não existe comércio internacional em virtude do custo muito elevado do transporte ou de outras circunstâncias especiais é que se pode ainda conceber um auxílio que não preencha a condição relativa à influência nas trocas comerciais [56].

53 — Acórdão Philip Morris Holland/Comissão, já referido na nota 46 (n.° 11).

54 — Acórdão de 21 de Março de 1990, já referido na nota 3 (n.° 43).

55 — Acórdão de 21 de Março de 1991, já referido na nota 3 (n.° 27).

56 — V. também o n.° 19 das conclusões do advogado-geral W. Van Gerven apresentadas no acórdão de 21 de Março de 1991, Itália/Comissão, já referido na nota 3.

b) *Análise das alegações da recorrente*

1) Quanto às linhas directrizes

115. Com a primeira parte do terceiro fundamento de anulação, a recorrente sustenta que a decisão impugnada está errada do ponto de vista jurídico. Com efeito, esta decisão reconheceu que a garantia controvertida continha elementos de auxílio e se baseava nas linhas directrizes, tendo em vista determinar se os elementos constitutivos da violação do artigo 92.°, n.° 1, do Tratado estavam reunidos, em vez de ter eventualmente procedido a um exame individualizado.

116. Mais concretamente, a recorrente apresenta a este propósito uma série de argumentos: a) a Comissão não pode fixar de modo imperativo e geral os elementos constitutivos da violação do artigo 92.°, n.° 1, do Tratado, baseando-se nas linhas directrizes (terceiro, quarto e décimo parágrafos da parte IV da decisão impugnada); b) a decisão impugnada declara expressamente que a incompatibilidade prevista no ponto 1.3 das linhas directrizes torna supérfluo o exame de outros requisitos constantes do artigo 92.°, n.° 1, do Tratado (décimo parágrafo da parte IV da decisão impugnada); c) a Comissão excedeu as suas competências ao ditar de forma abstracta e vinculativa a maneira como devem ser interpretadas as condições de aplicação do artigo 92.°, n.° 1, do Tratado; d) as linhas directrizes só são importantes para a questão da obrigação de notificação no âmbito do processo do artigo 93.°, n.° 1, do Tratado ou para efeitos da aplicação do artigo 92.°, n.° 3.

117. Penso que as linhas directrizes da Comissão apresentam natureza de directiva, sendo a principal característica a de clarificar a sua política nos diferentes sectores. Apesar de não serem susceptíveis de alterar as condições de aplicação de artigos do Tratado, a Comissão pode, por seu intermédio, dar aos interessados um ponto de referência muito importante, para que eles próprios procedam ao exame do seu comportamento, uma vez que podem prever as eventuais consequências dos seus actos. Isto também fornece à Comissão um elemento importante para o modo de ela exercer o poder de apreciação que o Tratado lhe confere.

118. O Tribunal já se pronunciou sobre a questão do carácter vinculativo das regras emitidas pela Comissão nas linhas directrizes, nomeadamente as de 1988 [57] no sector da pesca, no processo IJssel-Vliet [58]. Este processo dizia respeito ao indeferimento proferido pelo ministro da Economia dos Países Baixos sobre um pedido de auxílio destinado à construção de uma embarcação de pesca apresentado pela sociedade IJssel-Vliet Combinatie BV.

57 — Trata-se das linhas directrizes para o exame dos auxílios nacionais no sector da pesca (88/C 313/09) (JO 1988, C 313, p. 21).

58 — Acórdão de 15 de Outubro de 1996 (C-311/94, Colect., p. I-5023, n.os 36 a 44) e n.os 34 a 52 das conclusões do advogado-geral C. O. Lenz nesse processo.

119. No acórdão, o Tribunal de Justiça observou em primeiro lugar que (n.º 36), «nos termos do artigo 93.º, n.º 1, do Tratado, a Comissão procede, como os Estados-Membros, ao exame permanente dos regimes de auxílios existentes nesses Estados. Propõe-lhes medidas exigidas pelo desenvolvimento progressivo ou pelo funcionamento do mercado comum. Esta disposição implica, assim, uma obrigação de cooperação regular e periódica para a Comissão e para os Estados-Membros, obrigação essa de que nem a Comissão nem o Estado-Membro podem eximir-se por um lapso de tempo indeterminado em função da vontade unilateral de uma ou de outro» [59].

120. Para além disso, no mesmo acórdão IJssel-Vliet, o Tribunal de Justiça recordou (n.º 38) que «as linhas directrizes, que não são as primeiras aplicáveis no domínio em questão, constituem uma actualização das antigas linhas directrizes e inserem-se, portanto, no quadro de um controlo regular e periódico do sector da pesca». E acrescentou (n.º 39) que esse controlo é efectuado em colaboração com os Estados-Membros. Primeiro, estes foram consultados [60] sobre o texto provisório das linhas directrizes e, a seguir, a Comissão, por carta enviada ao Governo neerlandês [61], informou este de que, ao adoptar o texto definitivo das linhas directrizes, tinha tido em conta as observações dos Estados-Membros. Finalmente, o Tribunal de Justiça declarou que pode ver-se por esta última carta (n.º 40) que «o espírito de cooperação entre a Comissão e os Estados-Membros se manteve durante toda a vigência dessas linhas directrizes» [62].

121. Nesse mesmo acórdão, o Tribunal de Justiça concluiu (n.º 41) que resulta dos autos que «a Comissão e o Governo neerlandês estabeleceram, ao abrigo do disposto no artigo 93.º, n.º 1, do Tratado, um quadro de cooperação de que nem uma nem outro podiam retirar-se unilateralmente» [63]. Noutras palavras, o Tribunal reconheceu no essencial que, ao serem consagradas, as linhas directrizes postulam regras vinculativas para a Comissão e os Estados-Membros.

122. No acórdão IJssel-Vliet, o Tribunal de Justiça declarou também (n.º 43) que «a aprovação pela Comissão das modificações

59 — V. também o acórdão de 29 de Junho de 1995, Espanha/Comissão (C-135/93, Colect., p. I-1651, n.º 24). No acórdão IJssel-Vliet, o Tribunal de Justiça sublinhou que (n.º 37) «as linhas directrizes baseiam-se no disposto no artigo 93.º, n.º 1, do Tratado e, portanto, representam um elemento dessa obrigação de cooperação regular e periódica da qual nem a Comissão nem os Estados-Membros podem eximir-se. Por outro lado, as linhas directrizes enquadram-se precisamente — pelo menos no que diz respeito às relações entre a Comissão e o Reino dos Países Baixos — no espírito de cooperação regular e periódica que o referido artigo do Tratado prevê entre a Comissão e os Estados-Membros».

60 — Nesse caso, o Governo neerlandês, pelas cartas de 30 de Março e de 6 de Maio de 1988.

61 — Esta carta é datada de 30 de Novembro de 1988.

62 — O Tribunal de Justiça esclareceu, nesse mesmo n.º 40, que: «Com efeito, a Comissão, nesta carta, convidou o Governo neerlandês a dar-lhe a garantia de que os critérios fixados nas linhas directrizes seriam satisfeitos em relação a todos os auxílios no sector. Em resposta, o Governo neerlandês, por carta de 31 de Janeiro de 1989, confirmou à Comissão que os auxílios concedidos no sector da pesca respeitavam as linhas directrizes... Na altura desta confirmação, o Governo neerlandês aplicava o regime nacional de auxílios e deve considerar-se que é este regime a que se refere a confirmação».

63 — Para além disso, no acórdão de 24 de Março de 1993, CIRFS e o./Comissão (C-313/90, Colect., p. I-1125, n.º 35), o Tribunal de Justiça reconheceu força vinculativa a uma «disciplina» com a mesma natureza jurídica que as linhas directrizes, cujas regras foram aceites pelos Estados-Membros. No caso dessa disciplina, tratava-se de normas aplicáveis aos auxílios concedidos pelos Estados em determinado sector (ao das fibras sintéticas) constantes de comunicação da Comissão relativamente à sua política nesta matéria e aceites pelos Estados-Membros; v. também o acórdão IJssel-Vliet, já referido na nota 58 (n.º 42).

do regime nacional de auxílios só tinha sido acordada porque o auxílio concedido pelo Governo neerlandês à construção de embarcações de pesca respeitava as linhas directrizes. Nestas circunstâncias, este Governo, ao pôr em prática as alterações, aceitou as regras enunciadas pelas linhas directrizes. Estas têm, assim... força vinculativa em relação a esse Estado-Membro». Com efeito, o Tribunal de Justiça sublinhou (n.° 44) que «resulta da obrigação de cooperação decorrente do artigo 93.°, n.° 1, do Tratado, por um lado, e da aceitação das regras enunciadas nas linhas directrizes, por outro, que um Estado-Membro, como o Reino dos Países Baixos, está obrigado a aplicar as linhas directrizes, quando adopta uma decisão a respeito de um pedido de auxílio para a construção de uma embarcação destinada à pesca».

123. No presente processo, como salientou a Comissão sem ser contradita pela recorrente (pontos 90 e 181 e seguintes da contestação), para além de os Estados-Membros terem colaborado na publicação das linhas directrizes, a recorrente participou no processo de adopção dessas mesmas linhas directrizes, tendo-as aprovado. Acresce que estas linhas directrizes constituem um requisito para a aprovação das directrizes do *Land* da Baixa Saxónia para efeitos de garantias.

124. Em meu entender, resulta do que precede que as linhas directrizes vinculam a Comissão, e também a recorrente. Dito de outro modo, as entidades públicas alemãs são obrigadas a aplicá-las, sempre que tiverem de se pronunciar sobre pedidos de auxílios a favor de uma empresa, por exemplo, mediante a concessão de uma garantia de um empréstimo atribuído por instituições bancárias, desde que a empresa actue no sector da pesca.

125. Para além disso, no que diz respeito ao conteúdo das linhas directrizes para o exame dos auxílios nacionais no sector da pesca e da aquicultura, gostaria de sublinhar que o ponto 1.1 indica os casos em que se pode considerar existirem auxílios (a enumeração não é exaustiva, uma vez que se utiliza o advérbio «nomeadamente») e não define os auxílios em sentido contrário ao do artigo 92.°, n.° 1, do Tratado.

126. Tendo em conta esta análise, penso que a Comissão deveria basear-se nas linhas directrizes para determinar se o auxílio concedido à Jadekost podia ser considerado compatível com o mercado comum.

127. A Comissão salienta que a decisão impugnada mostra claramente, por um lado, que foi feito um exame dos factos tendo em vista averiguar se os requisitos do artigo 92.°, n.° 1, estavam reunidos e, por outro lado, que todas as verificações, não contestadas, respeitantes à qualificação jurídica do auxílio, mesmo no âmbito do processo administrativo, se referiam a este artigo.

128. Para além disso, a Comissão precisa que a referência às linhas directrizes na decisão impugnada se deve ao facto de essa decisão dizer respeito à questão de saber em que medida o auxílio, cuja existência foi admitida (no sentido de se ter admitido que esse auxílio existia), podia ser autorizado nos termos do artigo 92.°, n.° 3, do Tratado, tendo em conta as linhas directrizes.

129. A Comissão baseou-se pois, como era seu dever, nas linhas directrizes, para além de se ter baseado no artigo 92.°, n.° 1, como vem expressamente referido no primeiro parágrafo da parte IV da decisão impugnada.

2) Quanto à qualificação jurídica dos factos

130. Com a segunda parte do terceiro fundamento de anulação, a recorrente defende que, mesmo que a garantia concedida pelo *Land* da Baixa Saxónia contenha elementos de auxílio na acepção do artigo 92.°, n.° 1, a decisão impugnada está viciada de erros. A recorrente subdivide esta parte em dois aspectos e considera que a decisão impugnada está errada, por um lado, quanto à determinação do montante do auxílio e, por outro lado, quanto à apreciação da existência de uma distorção da concorrência.

i) Quanto à determinação do montante do auxílio

131. Relativamente ao montante do auxílio, a recorrente sustenta que a Comissão está obrigada a determinar e a avaliar o benefício real e exacto que a garantia implica para o destinatário do auxílio. A Comissão não verificou se a Jadekost podia obter um outro empréstimo (menos elevado) sem garantia. Não diligenciou no sentido de determinar o montante do auxílio, uma vez que não teve em conta a existência de outras garantias e não examinou o respectivo valor e impacto na apreciação do montante do auxílio [64].

132. Em primeiro lugar, a recorrente considera que pagou um prémio de risco que compensava o carácter de auxílio da garantia e que a Comissão não teve em conta esse facto e não determinou o seu valor. De seguida, a recorrente reafirma que a Comissão não tomou em consideração, no momento de avaliar o montante do auxílio, a existência de outras garantias significativas relativas ao empréstimo e cujo valor devia ter sido apreciado na altura da sua constituição, e não na altura em que os empréstimos se tornaram exigíveis, o que implicou a respectiva subavaliação. Com efeito, a existência de outras garantias

64 — A recorrente está em desacordo com a Comissão quando esta afirma que, sem garantia, não pode ser obtido qualquer crédito. Ela considera que a Comissão seguiu de modo confuso (pouco claro) e contraditório duas abordagens distintas. Em primeiro lugar, a Comissão teve em conta a vantagem relativamente aos preços cobrados por essa empresa e, de seguida, determinou se e em que medida a empresa poderia obter outro financiamento, dadas as garantias existentes.

reduz o risco do garante [65]. Finalmente, a recorrente sustenta que a Comissão não examinou em que medida era possível obter outro financiamento.

133. No que diz respeito ao desacordo entre a recorrente e a Comissão quanto ao montante do auxílio e ao respectivo modo de cálculo, como já disse por várias vezes nestas conclusões, resulta da decisão impugnada e dos autos que a Comissão teve razão ao concluir que, sem a garantia, a Jadekost não teria podido obter, face às condições do mercado, o empréstimo de que beneficiou. Este empréstimo foi-lhe concedido porque o *Land* lhe deu uma garantia, e não porque o valor das garantias constituídas garantia o empréstimo. Houve pois um tratamento de favor em relação a uma certa empresa, isto é, registou-se uma intervenção exterior (do Estado) de carácter selectivo em favor de uma determinada empresa. Por conseguinte, a vantagem para a Jadekost corresponde ao montante integral que conseguiu obter.

ii) Quanto à existência de distorção da concorrência

134. Com o segundo aspecto da segunda parte do terceiro fundamento de anulação, a recorrente alega que, quanto à distorção da concorrência na acepção do artigo 92.°, n.° 1, do Tratado, a Comissão concluiu, com base no aligeiramento dos custos de produção, pela existência de um reforço artificial da posição da Jadekost no mercado, apesar de esta constatação não se encontrar alicerçada em nenhum facto. A recorrente considera que nunca ficou provado que a garantia podia ameaçar falsear a concorrência.

135. Os argumentos da recorrente centram-se em dois pontos: a) a Comissão não definiu o mercado em causa e a existência de uma concorrência no mercado; b) para além disso, a Comissão, ao basear-se no acórdão Siemens/Comissão [66], não tem razão quando afirma que existe uma presunção geral de que a concessão de um auxílio ao funcionamento falseia pela sua própria natureza o jogo da concorrência. Resulta dos termos das linhas directrizes que os auxílios ao funcionamento podem ser considerados compatíveis com o mercado comum. É pois sempre necessário examinar os dados factuais que estão na origem de cada caso concreto [67].

65 — A recorrente estabelece uma distinção entre, por um lado, uma questão de princípio, isto é, a importância da existência de outras garantias para determinar o montante do auxílio, e, por outro, as questões respeitantes ao valor concreto das garantias existentes. Com efeito, ao fim ao cabo, a vantagem de que beneficia o devedor em caso de caução é menos elevada do que aquela de que beneficia o titular de uma subvenção.

66 — Acórdão de 8 de Junho de 1995 (T-459/93, Colect., p. II-1675).

67 — Para além disso, a recorrente sustenta que: c) o argumento da Comissão de que a concessão da garantia implicou um decréscimo dos custos de produção da ordem dos 100% está destituído de pertinência; e d) a Comissão não tem razão ao considerar que a garantia do *Land* falseou a concorrência pelo facto de a Jadekost ter passado a oferecer os seus produtos a preços artificialmente mais baixos do que os do mercado. O surgimento da Jadekost, que produzia pequenas quantidades, não influenciou a tendência constante para a baixa dos preços dos produtos congelados à base de peixe, a qual se tinha iniciado muito antes nesse mercado. Devido à baixa percentagem representada pela produção da Jadekost ao nível europeu, a distorção da concorrência não se perfilava no horizonte. A recorrente considera que a sua parte na produção total dos Estados-Membros é inferior a 24%, não ultrapassando a sua parte 1,5% no mercado europeu.

136. Estes argumentos da recorrente não são convincentes. Como desenvolverei adiante, penso que existe, pelo menos, uma ameaça de distorção de concorrência. Em primeiro lugar, como sublinha com razão a Comissão, o mercado em causa encontra-se definido de maneira precisa no terceiro parágrafo da parte III da decisão impugnada. Trata-se do mercado de produtos congelados à base de peixe (barras e filetes de peixe com ou sem recheio). A Comissão salienta que a definição do mercado corresponde àquela que foi dada pela recorrente na fase administrativa.

137. A existência de uma concorrência no mercado está expressamente referida no sexto parágrafo da parte III da decisão impugnada. Tal como salienta justamente a Comissão, existe uma concorrência nesse mercado ao nível europeu. É por isso mesmo que existem uma organização de mercado destes produtos desde 1971 [68] e as linhas directrizes para o exame dos auxílios nacionais no sector da pesca e da aquicultura [69].

138. Para além disso, na jurisprudência, a noção de distorção da concorrência tem sido alvo de uma interpretação lata. Há distorção da concorrência na medida em que a intervenção do Estado altera de maneira artificial certos elementos do custo de produção de uma empresa e reforça a sua posição em relação a outras empresas que são suas concorrentes no mercado intracomunitário [70].

139. Penso que a concessão à Jadekost de um auxílio ao funcionamento [71] falseia a concorrência e que existe, em todo o caso, uma ameaça de distorção da concorrência. Com efeito, a concessão dessa garantia favorece uma determinada empresa e a sua produção, colocando-a numa posição mais favorável face às suas concorrentes.

140. Pode por isso afirmar-se que existe uma presunção geral de proibição dos auxílios ao funcionamento?

141. Em primeiro lugar, segundo o acórdão Siemens/Comissão [72], os auxílios ao funcionamento são os que «correspondem precisamente ao tipo de encargos gerais de exploração que uma empresa deve suportar

68 — Estas questões regem-se pelo Regulamento (CEE) n.º 3759/92 do Conselho, de 17 de Dezembro de 1992, que estabelece a organização comum de mercado no sector dos produtos da pesca e da aquicultura (JO L 388, p. 1).

69 — A Comissão considera que isso pode também resultar do facto de a decisão impugnada falar de indicações fornecidas por numerosas empresas concorrentes e por organizações profissionais dos Estados-Membros.

70 — V. os acórdãos de 2 de Julho de 1974, Itália/Comissão e Philip Morris Holland/Comissão, já referidos na nota 46.

71 — Décimo e décimo primeiro parágrafo da parte IV do texto da decisão impugnada na versão francesa e décimo segundo, décimo terceiro e décimo quarto parágrafos da parte IV da decisão impugnada na versão alemã, que é a única a fazer fé.

72 — Acórdão de 15 de Maio de 1997 (C-278/95 P, Colect., p. I-2507, n.º 18).

no âmbito das suas actividades normais» [73]. Dito de outro modo, destinam-se a isentar a empresa de despesas que ela deveria efectuar no âmbito da gestão corrente das suas actividades normais.

142. Segundo uma jurisprudência constante do Tribunal de Justiça [74], os auxílios ao funcionamento não podem em caso algum ser considerados, nos termos do artigo 92.°, n.° 3, alínea c), do Tratado, compatíveis com o mercado comum quando implicam, pela sua própria natureza, um risco de alteração das condições das trocas comerciais de maneira que contrariem o interesse comum [75].

143. A linhas directrizes definiram (ponto 1.3, quarto parágrafo, terceiro travessão) a noção de auxílios ao funcionamento (no sector da pesca). Estes auxílios são auxílios nacionais concedidos sem exigir uma obrigação por parte dos beneficiários e destinados a melhorar a tesouraria das suas explorações ou cujos montantes são função da quantidade produzida ou comercializada, dos preços dos produtos, da unidade de produção ou dos meios de produção e cujo resultado seria uma diminuição dos custos de produção ou um melhoramento dos rendimentos do beneficiário. As linhas directrizes sublinham expressamente que os auxílios deste tipo são, enquanto auxílios ao funcionamento, incompatíveis com o mercado comum.

144. Resulta dos acórdãos do Tribunal de Justiça e da redacção das linhas directrizes que, como já foi referido, vinculam a Comissão e os Estados-Membros, que os auxílios ao funcionamento falseiam pela sua própria natureza a concorrência, sem prejuízo da aplicação do n.° 2 do artigo 92.° do Tratado, como declara a nota ao ponto 1.3, *in fine*, das linhas directrizes. Nos termos do artigo 92.°, n.° 2, «são compatíveis com o mercado comum: a) os auxílios de natureza social atribuídos a consumidores individuais com a condição de serem concedidos sem qualquer discriminação relacionada com a origem dos produtos; b) os auxílios destinados a remediar os danos causados por calamidades naturais ou por outros acontecimentos extraordinários; c) os auxílios atribuídos à economia de certas regiões da República Federal da Alemanha afectados pela divisão da Alemanha» [76].

73 — O Tribunal de Justiça considerou assim como correcto o raciocínio do Tribunal de Primeira Instância que havia admitido no acórdão de 8 de Junho de 1995, Siemens/Comissão (nota 66), que (n.° 77) quer os auxílios para campanhas de publicidade e estudos de mercado quer os destinados à aquisição de equipamento para locação «destinam-se à comercialização dos produtos Siemens». O Tribunal de Primeira Instância acrescenta que «sendo esta uma actividade normal e corrente das empresas, estes auxílios constituem auxílios ao funcionamento da empresa que, por um lado, não facilitam o 'desenvolvimento' de qualquer sector económico e, por outro, proporcionam à recorrente um apoio financeiro artificial que falseia de forma durável o mecanismo da concorrência e afecta as trocas comerciais em medida contrária ao interesse comum».

74 — V., a título indicativo, o acórdão de 6 de Novembro de 1990, Itália/Comissão (C-86/89, Colect., p. I-3891, n.° 18), e o acórdão Boussac, já referido na nota 3 (n.° 49).

75 — No acórdão Boussac, já referido na nota 3, o Tribunal de Justiça admitiu (n.° 54), no que respeita às intervenções financeiras do Governo francês a favor da sociedade Boussac, que elas visaram prolongar artificialmente a sua actividade quando essa empresa se encontrava numa situação de falência e que, num futuro próximo, não era de esperar que esta empresa funcionasse em termos viáveis. As intervenções em causa também não se destinavam a modernizar a empresa nem a restabelecer a sua competitividade perdida desde há anos. O Tribunal de Justiça concluiu (n.° 57) que esses auxílios não podiam beneficiar das derrogações previstas no n.° 3 do artigo 92.° do Tratado.

76 — Esta disposição acrescenta que estes auxílios são compatíveis com o mercado comum, desde que sejam necessários para compensar as desvantagens económicas causadas por esta divisão. Depois da reunificação da Alemanha, este preceito só tem um interesse histórico.

145. Noutras palavras, o ponto 1.3 das linhas directrizes consagra a presunção de que os auxílios ao funcionamento no sector da pesca, que são os que nos interessam no caso vertente, falseiam pela sua própria natureza a concorrência, na medida em que não estão associados a uma reestruturação da empresa, nem estão abrangidos por nenhum dos casos referidos no artigo 92.°, n.° 2, do Tratado.

146. O ponto 1.3, *in fine*, das linhas directrizes prevê que a Comissão examinará, caso a caso, os auxílios deste tipo, isto é, os auxílios de desenvolvimento, mas isto quando «estejam directamente ligados a um plano de reestruturação considerado compatível com o mercado comum». Como disse o advogado-geral F. G. Jacobs nas conclusões apresentadas no processo Boussac [77], retomando a análise feita pela Comissão, o conceito de reestruturação consiste na reorganização fundamental de uma empresa com vista à manutenção ou restabelecimento da sua competitividade, através de alterações fundamentais no domínio da mão-de-obra, dos meios e do processo de produção, da capacidade de produção e outros aspectos da actividade da empresa.

147. A existência de uma presunção é importante para o ónus da prova e implica que a Comissão se deve limitar a demonstrar se existe um auxílio ao funcionamento, caso em que se presume também que este auxílio falseia a concorrência, uma vez que não pode ser considerado compatível com o mercado comum ao abrigo do artigo 92.°, n.° 3. Esta presunção pode evidentemente ser ilidida.

148. No entanto, para além das qualificações dadas pelo Estado-Membro ou pela Comissão aos auxílios concedidos, a existência da presunção não significa ser necessário examinar caso a caso em que medida há auxílio e em que medida esse auxílio é efectivamente um auxílio ao funcionamento, isto é, se existe uma qualificação incorrecta efectuada pela Comissão. Se o auxílio foi correctamente qualificado de auxílio ao funcionamento, a presunção poderá intervir, isto é, esse auxílio será considerado incompatível com o mercado comum porque pode falsear a concorrência, dado o modo como foi concedido e as consequências que implica para o mercado e para as trocas comerciais intracomunitárias.

149. Decorre desta análise que o auxílio concedido pela recorrente à Jadekost através da garantia de um empréstimo bancário é um auxílio ao funcionamento, dado que tinha como objectivo libertar essa empresa de encargos a que estava obrigada no âmbito da gestão corrente das suas actividades normais [78]. Aliás, não foi alegado que a concessão desse auxílio estava direc-

77 — N.° 67, acórdão já referido na nota 3.

78 — V. o acórdão de 15 de Maio de 1997, Siemens/Comissão, já referido na nota 72 (n.° 18).

tamente ligada a um plano de reestruturação, considerado compatível com o mercado comum. É precisamente por esta razão que julgo que, de acordo com a presunção consagrada nas linhas directrizes, este auxílio não pode ser considerado compatível com o mercado comum, dado que falseia pela sua própria natureza as condições de concorrência no sector relativamente ao qual foi concedido e é susceptível de afectar as trocas comerciais intracomunitárias.

3) Quanto à obrigação de fundamentação

150. Com a terceira parte do terceiro fundamento, a recorrente alega que a ausência de certas verificações na decisão impugnada consubstancia uma violação das formalidades essenciais e uma falta de fundamentação na acepção do artigo 190.° do Tratado.

i) A jurisprudência do Tribunal de Justiça

151. Em primeiro lugar, recordarei que, nos termos do artigo 190.° do Tratado, os actos das instituições comunitárias serão fundamentados e que a fundamentação exigida neste preceito [79] «deve ser adaptada à natureza do acto em causa. Deve revelar, de modo claro e inequívoco, o raciocínio da instituição autora do acto, de modo a permitir aos interessados conhecer as justificações da medida tomada, e ao Tribunal exercer a sua fiscalização».

152. Para além disso, segundo uma jurisprudência constante do Tribunal de Justiça [80], «... A exigência de fundamentação deve ser apreciada em função das circunstâncias do caso em apreço, nomeadamente do conteúdo do acto, da natureza dos fundamentos invocados e do interesse que os destinatários ou outras pessoas directa e individualmente interessadas pelo acto, na acepção do segundo parágrafo do artigo 173.° do Tratado, podem ter em receber esclarecimentos».

153. Mais precisamente, no sector dos auxílios de Estado, o Tribunal de Justiça tem vindo a considerar que a fundamentação não se pode limitar a uma mera repetição dos requisitos do artigo 92.°, n.° 1, sendo necessário que contenha uma

79 — V., a título de exemplo, os acórdãos de 14 de Julho de 1994, Grécia/Conselho (C-353/92, Colect., p. I-3411, n.° 19); de 13 de Outubro de 1992, Portugal e Espanha/Conselho (C-63/90 e C-67/90, Colect., p. I-5073, n.° 16), e de 9 de Novembro de 1995, Atlanta Fruchthandelsgesellschaft e o. (C-466/93, Colect., p. I-3799, n.° 16).

80 — Acórdão de 13 de Março de 1985, Países Baixos e Leeuwarder Papierwarenfabriek/Comissão (296/82 e 318/82, Recueil, p. 809, n.° 19).

referência aos factos concretos [81], de modo a permitir à Comissão exercer o seu controlo e aos interessados dar a conhecer de modo útil o seu ponto de vista sobre a realidade e a pertinência dos factos e circunstâncias alegados [82].

154. Por conseguinte, deduz-se que há pelo menos fundamentação suficiente se as considerações constantes da decisão impugnada se revelarem pertinentes e corroborarem as conclusões da Comissão no sentido de as duas condições do artigo 92.°, n.° 1, estarem preenchidas [83]. Estas considerações devem incidir sobre a empresa beneficiária do auxílio e sobre a situação do mercado em causa, a parte desta empresa nesse mercado, a posição das empresas concorrentes, as correntes de trocas comerciais dos produtos em causa entre os Estados-Membros e as exportações da empresa [84].

155. No entanto, considero que a jurisprudência do Tribunal de Justiça pode constituir uma ajuda para a resolução da questão de saber em que medida a Comissão pode eximir-se da obrigação de fundamentar em pormenor a decisão por ela adoptada no âmbito do processo do artigo 93.°, n.° 2, no caso dos auxílios ao funcionamento, e isto por força da presunção consagrada no ponto 1.3 das linhas directrizes, ou em que medida uma fundamentação sucinta, não detalhada, é suficiente.

156. Mais precisamente, penso que o acórdão Bélgica/Comissão [85] nos fornece ele-

81 — A jurisprudência citada aquando da análise de fundamentos relativos à distorção da concorrência e à afectação das trocas comerciais intracomunitárias leva à conclusão de que se deve presumir que um auxílio é susceptível de falsear a concorrência e de afectar as trocas comerciais intracomunitárias [v. a este propósito Biancarelli, J.: *Le contrôle de la Cour de justice des Communautés européennes en matière d'aides publiques, L'actualité juridique — Droit administratif*, 1993 (pp. 412 a 436), na p. 412 e, em especial, na p. 422, e Blumann, C.: «Régime des aides d'État: jurisprudence récente de la Cour de justice», 1989-1992, *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, n.° 361, 1992 (pp. 721 a 739), p. 726]. Isto, porém, não quer dizer que a apreciação quanto ao preenchimento destas duas condições não deva ser fundamentada de acordo com o artigo 190.° do Tratado. Foi assim que no acórdão Intermills/Comissão, já referido na nota 43 (n.° 38), o Tribunal de Justiça considerou que a decisão da Comissão devia ser anulada porque, no que diz respeito à distorção da concorrência no interior do mercado comum, «os considerandos a ela respeitantes limitavam-se a registar as objecções suscitadas pelos Governos de três Estados-Membros, duas organizações profissionais e uma empresa do sector interessado. Para além desta referência, a decisão não dá qualquer indicação concreta sobre a natureza da afectação feita à concorrência». No acórdão Países Baixos e Leeuwarder Papierwarenfabriek/Comissão, já referido na nota 80, o Tribunal de Justiça anulou a decisão da Comissão que não incluía qualquer fundamentação relativamente à apreciação da questão de saber se o auxílio em causa afectava as trocas comerciais entre Estados-Membros e falseava ou ameaçava falsear a concorrência ao favorecer certas empresas ou certas produções. Como observou (n.° 23), «os considerandos da decisão, depois de terem recordado as preocupações expressas pelos Governos de dois Estados-Membros e por duas organizações profissionais do sector, relativas às distorções da concorrência que decorreriam da intervenção do Governo neerlandês, limitam-se a uma mera repetição do texto do artigo 92.°, n.° 1, do Tratado, e não integram qualquer indicação factual». No mesmo acórdão (n.° 24), o Tribunal de Justiça admitiu que as próprias circunstâncias em que o auxílio foi concedido podem indicar se este era susceptível de afectar as trocas comerciais entre Estados-Membros e de falsear, ou ameaçar falsear, a concorrência. Todavia, segundo o Tribunal de Justiça, «à Comissão cabe pelo menos referir essas circunstâncias nos fundamentos da sua decisão. No caso vertente, a Comissão não o fez, visto que a decisão impugnada não incluía a mínima indicação quanto à situação do mercado em causa, à parte da LPF (beneficiária do auxílio) no mercado, às correntes das trocas comerciais dos produtos em questão entre os Estados-Membros e às exportações da empresa».

82 — V. o acórdão Países Baixos e Leeuwarder Papierwarenfabriek/Comissão, já referido na nota 80 (n.os 19 e segs.), e o acórdão Alemanha e o./Comissão, já referido na nota 51 (n.° 52).

83 — V., igualmente, o acórdão de 8 de Março de 1988, Exécutif régional wallon e Glaverbel/Comissão (62/87 e 72/87, Colect., p. 1573, n.° 18).

84 — V. o acórdão Alemanha e o./Comissão, já referido na nota 51 (n.° 53).

85 — Acórdão de 18 de Maio de 1993 (C-356/90 e C-180/91, Colect., p. I-2323).

mentos para resolver esta questão. Este acórdão dizia respeito à anulação de decisões da Comissão [86], adoptadas ao abrigo do artigo 93.°, n.° 2, do Tratado com base na Directiva 87/167/CEE [87]. Estas decisões prendiam-se com créditos, isto é, auxílios, que as autoridades belgas haviam concedido a armadores para efectuar diferentes trabalhos no sector naval (compra e construção de embarcações). O Tribunal de Justiça [88] precisou (n.° 31) que, no que respeita aos auxílios à produção a favor da construção e da transformação navais, o critério consagrado é o de não ser ultrapassado o limite máximo comum, previsto no n.° 1 do artigo 4.° da directiva [89]. E acrescentou (n.° 32) que a observância do limite controvertido surge como condição essencial para que um auxílio à construção naval possa ser considerado compatível com o mercado comum e para que a circunstância de ser ultrapassado não implique *ipso facto* a sua incompatibilidade. O Tribunal de Justiça concluiu (n.° 33) que, «neste contexto, o papel da Comissão se limita à verificação da observância da referida condição».

157. Para além disso, no mesmo acórdão, o Tribunal de Justiça examinou e desatendeu um fundamento de anulação acessório relativo à violação do artigo 190.° do Tratado, que havia sido apresentado pelo Governo belga. Este último sustentara que as decisões em causa estavam viciadas de ausência de fundamentação, por a Comissão não ter minimamente demonstrado que a concessão dos auxílios controvertidos tinha ignorado a finalidade da directiva, a saber, evitar o aumento da capacidade de produção dos estaleiros navais da Comunidade. O Tribunal de Justiça observou que esse fundamento estava intimamente ligado à argumentação principal sobre o alcance do limite controvertido. Dado que esta argumentação foi desatendida, «não se pode acusar a Comissão de não ter levado a cabo investigações para além da verificação da observância do limite. Nestes termos, não há necessidade de outra fundamentação, que não seja a verificação de que o limite foi ultrapassado...».

ii) Análise das alegações da recorrente

158. Segundo a recorrente, tanto o destinatário do acto como as concorrentes têm um interesse legítimo na fundamentação detalhada para poderem compreender e fiscalizar a decisão da Comissão. Daí resulta que nem o facto de o destinatário da decisão ter participado na elaboração dessa decisão, nem a possibilidade para o Estado-Membro de apresentar as suas observações, nem a circunstância de este Estado ter participado nas deliberações para a adopção das linhas directrizes no sector da pesca, nem a referência a «factos

86 — Tratava-se da Decisão 90/627/CEE da Comissão, de 4 de Julho de 1990, relativa aos créditos concedidos pelas autoridades belgas a um armador para a aquisição de um navio LPG de 34 000 m3 e de dois navios refrigerados (JO L 338, p. 21), e da Decisão 91/375/CEE da Comissão, de 13 de Março de 1991, relativa aos créditos atribuídos pelas autoridades belgas a diferentes armadores para a construção de nove navios (JO L 203, p. 105).

87 — Directiva do Conselho de 26 de Janeiro de 1987, relativa aos auxílios à construção naval (JO L 69, p. 55).

88 — O Tribunal de Justiça sublinhou, em primeiro lugar (n.° 30), que «o Conselho, de acordo com a *ratio* do n.° 3 do artigo 92.°, partindo da verificação da incompatibilidade dos auxílios à construção naval, teve em conta uma série de exigências de ordem económica e social, que o levaram a fazer uso da faculdade, reconhecida pelo Tratado, de os considerar, não obstante, compatíveis com o mercado comum, desde que correspondam aos critérios de derrogação contidos na directiva», isto é, a Directiva 87/167.

89 — O Tribunal de Justiça precisou, ainda no n.° 31, que este limite constitui aquilo que o Conselho considerou ser o ponto de equilíbrio entre as exigências contraditórias do respeito das regras do mercado comum e da manutenção de um nível suficiente de actividade nos estaleiros navais europeus e da sobrevivência de uma indústria de construção naval europeia eficiente e competitiva.

não contestados» justificam uma fundamentação que se limite ao mínimo dos mínimos. Para além disso, a recorrente considera que a decisão impugnada deve ser anulada por fundamentação insuficiente, dado que se limita a emitir presunções e suposições, em vez de determinar os factos que são susceptíveis de corresponder às condições referidas no artigo 92.°, n.° 1, do Tratado [90].

159. Como também foi admitido pela Comissão, a fundamentação da decisão impugnada poderia ter sido mais clara e pormenorizada. No entanto, julgo que está suficientemente alicerçada em todos os seus elementos e que preenche as condições enunciadas pelo Tribunal de Justiça na sua jurisprudência, como tive ocasião de expor em considerações anteriores, o que implica que é suficiente e exaustiva. Para além disso, não contém contradições que justifiquem a sua anulação.

160. Sou levado a esta conclusão depois de ter analisado, por um lado, as linhas directrizes e, por outro, os fundamento baseados na distorção da concorrência e na afectação das trocas comerciais intracomunitárias. Este exame conduziu-me à constatação de que é necessário presumir que os auxílios ao funcionamento não podem ser considerados compatíveis com o mercado comum. Este elemento é muito importante para determinar o alcance da obrigação de fundamentação da Comissão, que pode assim contentar-se com uma fundamentação sucinta, sem que a decisão impugnada esteja por isso viciada.

161. Julgo que, dado que o auxílio concedido à Jadekost não pode, enquanto auxílio ao funcionamento, ser considerado compatível com o mercado comum, nos termos do ponto 1.3 das linhas directrizes, o qual consagra uma presunção a este propósito, a natureza sucinta da fundamentação da decisão impugnada não revela qualquer problema, mesmo que estejam ausentes alguns elementos (relativos à distorção da concorrência e à afectação dos trocas comerciais intracomunitárias) sobre a empresa beneficiária do auxílio. Penso também que não era necessário expor com pormenor esses elementos, os quais, de acordo com o que atrás foi dito, estão abrangidos pela presunção em causa, não porque a recorrente tenha participado no processo que levou à adopção da decisão impugnada [91], mas porque, segundo esta presunção, o auxílio concedido é por natureza, enquanto auxílio ao funcionamento, incompatível com o mercado comum.

90 — Mais precisamente, a recorrente sublinha que a decisão impugnada não inclui qualquer verificação relativa aos seguintes elementos importantes: a) o montante de um prémio proporcional ao risco corrido e os seus efeitos na fixação do montante do auxílio, b) as garantias constituídas para a concessão do empréstimo que são determinantes para a apreciação do montante do elemento do auxílio em questão, c) a existência de uma outra possibilidade de financiamento, apesar de a Comissão admitir a ideia de prémio de risco.

91 — É preciso recordar que, de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, relacionada com as condições específicas de adopção de decisões relativas ao apuramento das contas, quando o Estado-Membro foi associado a todas as fases do processo administrativo que levou à decisão tomada contra ele, basta que a fundamentação seja sucinta, isto é, não pormenorizada, e isto precisamente em virtude da natureza do alcance desta participação; v., a título indicativo, o acórdão de 14 de Janeiro de 1981, Alemanha/Comissão (819/79, Recueil, p. 21, n.os 20 e 21), respeitante a uma decisão relativa ao apuramento das contas apresentadas pela República Federal da Alemanha a título de despesas financiadas pelo Fundo Europeu de Orientação e de Garantia (FEOGA), secção «garantia». V. também o acórdão Alemanha e o./Comissão, já referido na nota 51 (n.° 31).

162. Estes elementos de análise que não podem implicar a anulação da decisão impugnada, conforme o que já foi dito, apesar de não constarem da fundamentação desta decisão, fora certas referências de ordem geral, incidem sobre a situação do mercado comum em causa, a parte detida nesse mercado pela empresa, a posição das empresas concorrentes, os fluxos de trocas dos produtos em causa entre os Estados-Membros e as exportações da empresa [92].

163. Por conseguinte, tendo em conta a presunção de que os auxílios ao funcionamento são incompatíveis com o mercado comum, penso que a Comissão não violou as suas obrigações ao abrigo do artigo 190.° do Tratado e que a sua decisão está suficientemente fundamentada. Recorde-se que esta possibilidade de fundamentação sucinta apenas diz respeito aos elementos abrangidos pela presunção, isto é, a distorção da concorrência e a afectação das trocas comerciais intracomunitárias, e não a outros aspectos, como a existência de um auxílio e mesmo de um auxílio ao funcionamento, em relação aos quais a Comissão está obrigada a fundamentar a sua decisão de modo exaustivo e suficiente.

164. Daí decorre que, no caso dos auxílios ao funcionamento, a Comissão pode limitar-se a uma fundamentação sucinta, não pormenorizada, da decisão por ela adoptada no âmbito do processo do artigo 92.°, n.° 2, do Tratado, no que diz respeito à distorção da concorrência e à afectação das trocas comerciais intracomunitárias.

165. Por conseguinte, proponho que o terceiro fundamento de anulação seja desatendido na sua totalidade.

D — *Quarto fundamento: aplicação incorrecta do artigo 92.°, n.° 3, alínea c), do Tratado*

166. Com o seu quarto e último fundamento de anulação, a recorrente defende que, partindo do pressuposto de que as condições do artigo 92.°, n.° 1, do Tratado estão preenchidas, a Comissão deveria ter declarado que o auxílio controvertido era compatível com o mercado comum por força do artigo 92.°, n.° 3, alínea c), do Tratado. Neste ponto, a fundamentação não obedece às exigências relativas a uma fundamentação exaustiva e suficiente consagradas no artigo 190.° do Tratado.

167. A recorrente divide em seguida este fundamento em duas partes. Por um lado, alega que a Comissão não reconheceu a importância das linhas directrizes no sector da pesca quando exerceu o seu poder de apreciação. A aplicação correcta das linhas directrizes teria levado a um resultado diferente. Por outro, a recorrente sustenta que a Comissão não teve razão ao considerar que as condições de aplicação do

92 — Recorde-se que a ausência destes elementos levou o Tribunal de Justiça a considerar que a fundamentação de uma decisão da Comissão era insuficiente nos processos apensos C-329/93, C-62/95 e C-63/95, Alemanha e o./Comissão; v. o acórdão já referido na nota 51 (n.os 53 e 54).

artigo 92.°, n.° 3, alínea c), do Tratado não estavam preenchidas [93].

168. Já foi referido que as linhas directrizes vinculam não só a Comissão como os Estados-Membros e que, em princípio, os auxílios ao funcionamento são por natureza incompatíveis com o mercado comum. É preciso acrescentar que a derrogação prevista no artigo 92.°, n.° 3, alínea c), enquanto derrogação à proibição geral do artigo 92.°, n.° 1, deve ser interpretada de modo restritivo e aplicada nesse espírito. Finalmente, como disse o Tribunal de Justiça no acórdão Philip Morris Holland/ /Comissão [94], no domínio do artigo 92.°, n.° 3, do Tratado, a Comissão dispõe de um amplo poder de apreciação, cujo exercício envolve apreciações de ordem económica e social que devem ser efectuadas num contexto comunitário.

169. Decorre da parte V da decisão impugnada que a Comissão examinou de forma correcta em que medida o auxílio controvertido podia ser autorizado com base no artigo 92.°, n.° 3, alínea c). Dado que a Comissão dispõe de um amplo poder de apreciação, o exame que efectuou não está, em meu entender, manifestamente errado. Sou levado a esta conclusão depois de ter examinado as etapas do raciocínio da Comissão.

170. Mais precisamente, penso que é preciso distinguir em que medida a Jadekost podia beneficiar de um auxílio, por um lado, em virtude da região em que operava e, por outro lado, em virtude do seu sector de actividade, como sublinha aliás a Comissão.

171. No que diz respeito à região, apesar de a Jadekost exercer a sua actividade numa região que podia beneficiar de auxílios ao desenvolvimento, o ponto 1.6, segundo período, das linhas directrizes estipula que os elementos dos regimes de auxílios com finalidade regional relativos ao sector da pesca serão examinados com base nas referidas linhas directrizes. Dito de outro modo, estas linhas directrizes postulam princípios de coordenação a aplicar pela Comissão no que respeita aos programas regionais de auxílio ou aos programas a executar nas regiões da Comunidade. Daí resulta que a Comissão exerce o seu poder de apreciação com base nos princípios enunciados por ela própria, em cooperação com os Estados-Membros, nas linhas directrizes e, assim, as alegações em contrário apresentadas pela recorrente devem ser afastadas por não fundamentadas.

93 — Em apoio das suas alegações, a recorrente sublinha o seguinte: a) a Jadekost exercia a sua actividade numa região que podia beneficiar de auxílios ao desenvolvimento, enquanto região com um baixo produto interno bruto por habitante e com uma taxa de desemprego elevada; b) tendo em conta o ponto de vista da recorrente quanto a uma abordagem/apreciação global do auxílio concedido, a condição relativa ao desenvolvimento da região económica, exigida no artigo 92.°, n.° 3, alínea c), do Tratado estava preenchida no caso da Jadekost. A garantia destinava-se a assegurar o financiamento de uma nova empresa e não a manutenção de uma empresa que existia há muito tempo; c) a concessão da garantia à Jadekost não alterou as condições das trocas comerciais de modo contrário ao interesse comum.

94 — Acórdão já referido na nota 46. V., também, o n.° 39 do acórdão Boussac, já referido na nota 3.

172. No que diz respeito ao sector de actividade em relação ao qual o auxílio foi concedido, este auxílio não preenche, na opinião da Comissão, as condições consagradas nas linhas directrizes no sector da pesca e nada indica que a Comissão tenha exercido o seu poder de apreciação de modo incorrecto, no sentido de a sua apreciação ser manifestamente errada.

173. Visto tratar-se de um auxílio ao funcionamento, recordo que, de acordo com uma jurisprudência constante do Tribunal de Justiça [95], os auxílios ao funcionamento não podem em caso algum ser considerados, nos termos do artigo 92.°, n.° 3, alínea c), do Tratado, compatíveis com o mercado comum, dado que são susceptíveis, pela sua própria natureza, de alterar as condições das trocas comerciais de maneira que contrariem o interesse comum. Para além disso, em conformidade com o ponto 1.3 das linhas directrizes, os auxílios ao funcionamento são incompatíveis com o mercado comum.

174. De seguida, a recorrente alega que, apesar de se referir às linhas directrizes de 1992, a Comissão aplicou as de 1994 [96], como decorre do texto da decisão impugnada. Invoca também que resulta da versão alemã que as condições aí previstas (ponto 1.3) devem estar preenchidas cumulativamente e não alternativamente para se poder determinar se existe auxílio ao funcionamento. Com efeito, a conjunção disjuntiva «ou» não consta da versão alemã, figurando apenas na edição de 1994 [97].

175. Penso ser mais correcto dizer, como decorre também da finalidade deste texto [98], que basta estarem preenchidas de forma alternativa as condições. Para além de as outras versões linguísticas [99] estipularam que basta que estas condições estejam preenchidas de forma alternativa, isso

95 — V., a título indicativo, os acórdãos de 6 de Novembro de 1990, Itália/Comissão, já referido na nota 74 (n.° 18), e Boussac, já referido na nota 3 (n.° 49).

96 — Publicadas no JO 1994, C 368, p. 12.

97 — O texto alemão de 1994 utiliza a abreviatura «bzw», isto é, «beziehungsweise», o que corresponde a «ou».

98 — O Tribunal de Justiça sublinhou que «as diversas versões linguísticas de um texto comunitário devem ser interpretadas de modo uniforme, pelo que, em caso de divergência entre as várias versões, a disposição em questão deve ser interpretada atendendo à economia geral e à finalidade do conjunto de regras a que pertence»; v., a título indicativo, os acórdãos de 28 de Março de 1985, Comissão/Reino Unido (100/84, Recueil, p. 1169, n.° 17); de 17 de Outubro de 1991, Comissão/Dinamarca (C-100/90, Colect., p. I-5089, n.° 8); e de 7 de Dezembro de 1995, Rockfon (C-449/93, Colect., p. I-4291, n.° 28).

99 — Esta diferença na versão alemã existe também, por exemplo, na versão inglesa, mas não nos textos francês, italiano, espanhol, português e grego. Para além disso, o Tribunal de Justiça só se pronunciou sobre a questão da existência de divergências linguísticas nos termos ou nas expressões dos textos legislativos das instituições comunitárias; declarou, por exemplo, no acórdão de 12 de Novembro de 1969, Stauder (29/69, Recueil, p. 419, n.° 3), que: «quando uma única decisão é dirigida a todos os Estados-Membros, a necessidade de uma aplicação e, também, de uma interpretação uniformes exclui que se considere isoladamente esse texto numa das suas versões, e exige que ele seja interpretado em função tanto da vontade real do seu autor como da finalidade por ele prosseguida, à luz nomeadamente das versões das outras línguas». Comparar com o acórdão de 5 de Dezembro de 1967, Van der Vecht (19/67, Recueil, p. 445, Colect. 1965-1968, p. 683). O Tribunal de Justiça sublinhou em seguida que «não se pode, para além disso, admitir que os autores da decisão tenham pretendido, em certos Estados-Membros, impor obrigações mais restritivas do que em outros» (acórdão Stauder, n.° 4). Aliás, no acórdão de 27 de Março de 1990, Cricket St Thomas (C-372/88, Colect., p. I-1345, n.° 18), o Tribunal de Justiça afirmou que a versão numa das línguas comunitárias (no caso, o inglês) «não pode servir como ponto de partida único para a interpretação daquela norma nem afastar as outras versões linguísticas. Tal solução seria incompatível com a exigência de aplicação uniforme do direito comunitário».

decorre da interpretação teleológica do ponto controvertido. Se assim não fosse, as condições previstas de modo alternativo estariam raramente todas elas preenchidas e só excepcionalmente poderia daí aferir-se que os auxílios eram incompatíveis com o mercado comum porque há (ou porque poderia haver) distorção da concorrência, o que implica que a prossecução dos objectivos da política comum da pesca e, mais geralmente, o funcionamento correcto do mercado comum e a manutenção do sistema de concorrência livre e sem distorções no domínio da pesca estariam comprometidos.

176. Tendo em conta o que precede, penso que, apesar de a decisão impugnada citar o texto (ponto 1.3) das linhas directrizes de 1994, e não as de 1992, como deveria tê-lo feito, a decisão não é inválida por essa razão, dado que o conteúdo dos dois textos é, no essencial, idêntico.

177. O último elemento sobre o qual gostaria de insistir prende-se com o facto de a concessão da garantia, isto é, a concessão de um auxílio à Jadekost, não vir associada a obrigações precisas quanto à utilização desse auxílio, segundo os critérios com base nos quais as várias categorias de auxílios são consideradas compatíveis com o mercado comum. Estes critérios vêm enunciados no ponto 2.3 das linhas directrizes, que diz respeito aos auxílios à transformação e comercialização no sector da pesca.

178. Mais precisamente, como decorre dos autos, não se tratava, no caso da Jadekost, de um auxílio aos investimentos (ponto 2.3.3 das linhas directrizes) ou de um auxílio relativo à qualidade dos produtos (ponto 2.3.4 das linhas directrizes). Apesar de ter havido um plano financeiro, tendo em vista demonstrar que o empréstimo, em relação ao qual foi concedida a garantia, seria utilizado no âmbito da exploração da empresa, isso não pode ser considerado como bastando para o cumprimento da obrigação pelo beneficiário de utilizar o auxílio de acordo com o ponto 1.3 das linhas directrizes, lido em conjugação com o ponto 2.3. Com efeito, como foi referido, o empréstimo, em relação ao qual foi concedida a garantia, foi utilizado para cobrir despesas gerais de exploração, efectuadas pela Jadekost no quadro das suas actividades normais. Por conseguinte, a apreciação da Comissão de que o auxílio controvertido não é compatível com o mercado comum não está manifestamente errada.

179. Por conseguinte, proponho que seja integralmente rejeitado o quarto fundamento de anulação.

VI — Conclusão

180. Tendo em conta o que precede, proponho ao Tribunal de Justiça:

1) que negue provimento ao recurso interposto pela República Federal da Alemanha,

2) que condene a recorrente nas despesas.