# ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA (Quinta Secção Alargada)

15 de Março de 2001 *

No processo T-73/98,

**Société chimique Prayon-Rupel SA**, com sede em Engis (Bélgica), representada por B. van de Walle de Ghelcke, advogado, com domicílio escolhido no Luxemburgo,

recorrente,

contra

**Comissão das Comunidades Europeias**, representada por D. Triantafyllou, na qualidade de agente, com domicílio escolhido no Luxemburgo,

recorrida,

* Língua do processo: francês.

apoiada por

**República Federal da Alemanha,** representada por B. Muttelsee-Schön, na qualidade de agente, assistida por C. von Donat, advogado,

interveniente,

que tem por objecto um pedido de anulação da decisão da Comissão, de 16 de Dezembro de 1997, de não suscitar objecções à concessão de auxílios pela República Federal da Alemanha à Chemische Werke Piesteritz GmbH,

O TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA
DAS COMUNIDADES EUROPEIAS (Quinta Secção Alargada),

composto por: R. García-Valdecasas, presidente, P. Lindh, J. D. Cooke, M. Vilaras e N. J. Forwood, juízes,

secretário: B. Pastor, administradora principal,

vistos os autos e após a audiência de 6 de Julho de 2000,

profere o presente

# Acórdão

## Factos e tramitação processual

1 Por carta de 22 de Janeiro de 1998, a Comissão notificou ao Governo alemão a sua decisão, adoptada em 16 de Dezembro de 1997, relativa às medidas financeiras tomadas a favor da Chemische Werke Piesteritz GmbH (a seguir «CWP») e nos termos da qual indicava não suscitar objecções à concessão de auxílios a esta empresa (a seguir «decisão»).

2 Resulta da decisão que a CWP foi constituída em 1994 para adquirir, no quadro de uma operação de privatização, o ramo da exploração de «produtos de fósforo transformados» da Stickstoffwerke AG Wittenberg Piesteritz (a seguir «Stickstoffwerke»), fabricante de produtos químicos com sede na antiga República Democrática Alemã. Até à sua privatização, os auxílios de Estado concedidos à Stickstoffwerke estavam abrangidos pelo regime Treuhandanstalt (organismo de direito público encarregado da reestruturação das empresas da antiga República Democrática Alemã). Esta privatização foi acompanhada de um plano de reestruturação e da concessão de auxílios de Estado (pontos 2.1, 2.2 e 3).

3 Na decisão, precisa-se que existem dois processos de fabrico de ácido fosfórico. Através do processo «húmido», o ácido fosfórico «puro» é extraído do aço fosfórico «de base» ou «bruto» por reacção química. No processo «térmico», utilizado pela CWP, o ácido fosfórico puro é obtido por combustão do fósforo elementar (ponto 2.2, sétimo parágrafo).

4 Entre 1995 e 1996, a situação da CWP deteriorou-se na sequência da interrupção dos fornecimentos de fósforo elementar provenientes do Cazaquistão, a sua

principal fonte de abastecimento. Os fundos próprios tornaram-se insuficientes e as perdas sofridas no decurso dos exercícios de 1995 e 1996 reduziram consideravelmente a margem de liquidez da empresa. Na sequência destas dificuldades, as autoridades alemãs, para permitirem à CWP elaborar um novo plano de reestruturação, concederam-lhe um prazo para o pagamento do preço de aquisição, bem como uma prorrogação da caução até 31 de Dezembro de 1996.

5 Tendo-se revelado o abastecimento em ácido fosfórico «bruto» mais fácil e de tratamento menos oneroso do que o do fósforo elementar, a CWP decidiu, em 1996, no âmbito de um novo plano de reestruturação, substituir a matéria-prima e, consequentemente, alterar o método de produção. Este plano prevê que um dos dois fornos utilizados até esse momento pela CWP servirá apenas para fins ambientais, para a combustão dos gases das fosfinas, resíduos tóxicos da produção de fosfatos. O segundo forno será substituído por um novo processador químico, permitindo à CWP pôr em prática o processo húmido em 1999. Embora o principal inconveniente deste processo consista nos investimentos iniciais em infra-estruturas, a Comissão refere, todavia, no ponto 2.2, oitavo e nono parágrafos, da decisão, o seguinte:

«[...] não se trata de uma instalação inteiramente nova, mas apenas da substituição do processador químico, o que permite a utilização de uma grande parte das antigas instalações. Portanto, praticamente todas as instalações periféricas se mantêm inalteradas.

Isto permite simultaneamente substituir a produção actual de fosfatos relativamente simples por produtos de alta qualidade, com a criação de um valor acrescentado mais elevado.»

6 A Comissão refere que a CWP pretende assim orientar a sua produção para estes produtos «de forma a que 75% da sua produção se referia a produtos especiais

das indústrias agrícolas e alimentares, como os alimentos para o gado, produtos de protecção para as plantas e alimentos, bem como produtos destinados ao tratamento das águas» (ponto 2.2, oitavo e nono parágrafos, da decisão).

7 A Comissão expõe na decisão que as medidas financeiras a favor da CWP abrangem, para além do pagamento de 5,2 milhões de marcos alemães (DEM) em aplicação de vários regimes de auxílios anteriormente aprovados pela Comissão, a concessão de 25,5 milhões de DEM de novos auxílios. Trata-se de protelar, até 1999, o pagamento do preço de compra do ramo «fósforo» da Stickstoffwerke acordado pelo Estado (6,7 milhões de DEM), bem como de um auxílio ao investimento (10,3 milhões de DEM) e uma cobertura das perdas concedida conjuntamente pelo Bundesanstalt für vereinigungsbedingte Sonderaufgaben (BvS), organismo que sucedeu à Treuhandanstalt, e pelo *Land* Sachsen-Anhalt (8,5 milhões de DEM) (ponto 3).

8 Resulta da decisão que, por fax de 15 de Abril de 1997, o Governo alemão notificou estas medidas à Comissão a título de auxílios à reestruturação. Em 14 de Maio e 22 de Julho de 1997, a Comissão pediu informações complementares ao Governo alemão. As respostas deste último foram recebidas em 10 de Julho e 2 de Setembro de 1997. Em 17 de Junho de 1997, a Comissão recebeu um primeiro pedido de informações por parte de um concorrente directo da CWP. Em 28 de Julho de 1997, um outro concorrente directo manifestou os seus receios no que toca à situação concorrencial.

9 Durante o processo, a Comissão considerou que certos auxílios concedidos à CWP não lhe tinham sido notificados em tempo útil (ponto 1 da decisão). A Comissão examinou a compatibilidade do projecto de auxílios com o mercado comum à luz das orientações comunitárias relativas aos auxílios estatais de emergência e à reestruturação concedidos a empresas em dificuldade (JO 1994, C 368, p. 12, a seguir «orientações»). Considerou que as condições aí enunciadas, ou seja, o regresso à viabilidade com o auxílio do plano de reestruturação, a prevenção de distorções de concorrência indevidas, a limitação

do auxílio ao estrito mínimo necessário e o controlo das autoridades alemãs da aplicação completa do plano de reestruturação, estavam preenchidas (ponto 5 da decisão).

10 Assim, a Comissão das Comunidades Europeias considerou, em 16 de Dezembro de 1997, que os auxílios em causa eram compatíveis com o mercado comum nos termos do artigo 92.°, n.° 3, alínea c), do Tratado CE [que passou, após alteração, a artigo 87.° CE, n.° 3, alínea c), CE] e do artigo 61.°, n.° 3, alínea c), do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu, não dando início ao processo previsto no artigo 93.°, n.° 2, do Tratado CE (actual artigo 88.°, n.° 2, CE).

11 Em 19 de Dezembro de 1997, a Comissão disto informou a recorrente e, por carta de 10 de Fevereiro de 1998, comprometeu-se a comunicar-lhe a decisão. Esta foi objecto de uma publicação sumária no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias* de 18 de Fevereiro de 1998 (C 51, p. 7) e, seguidamente, em 5 de Março de 1998, a recorrente recebeu o seu texto integral, comunicado pela Comissão.

12 Está assente que a recorrente fabrica, pelo processo húmido, produtos que podem perfeitamente substituir os da CWP. Sem apresentar uma denúncia formal à Comissão, enviou a esta última informações no âmbito da fase de exame das medidas em causa.

13 Por petição apresentada na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 5 de Maio de 1998, a recorrente interpôs o presente recurso. Por requerimento separado, requereu também, a título de medidas de organização do processo, que a Comissão apresente documentos relativos ao plano de reestruturação da CWP e responda a várias questões referentes aos dados de que dispunha à data da decisão.

14 No mesmo dia, a recorrente apresentou um pedido de medidas provisórias, nos termos do artigo 185.° do Tratado CE (actual artigo 242.° CE), que foi indeferido por despacho do presidente do Tribunal de Primeira Instância de 15 de Julho de 1998, Prayon-Rupel/Comissão (T-73/98 R, Colect., p. II-2769).

15 Por requerimento registado na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 8 de Junho de 1998, a República Federal da Alemanha pediu para ser autorizada a intervir no presente litígio em apoio dos pedidos da Comissão.

16 Por cartas de 9 de Junho e 4 de Dezembro de 1998, a recorrente pediu que certas informações sejam excluídas da comunicação ao Governo alemão, pela razão de serem confidenciais ou constituírem segredos comerciais.

17 Por despacho de 11 de Março de 1999, o presidente da Quinta Secção Alargada do Tribunal de Primeira Instância deferiu o pedido de intervenção da República Federal da Alemanha e deferiu parcialmente o pedido de tratamento confidencial apresentado pela recorrente.

18 Por cartas recebidas na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 9 de Julho e 23 de Agosto de 1999, as partes tomaram posição no prazo que para tal lhes foi fixado sobre as alegações de intervenção apresentadas em 12 de Maio de 1999.

19 Com base no relatório preliminar do juiz-relator, o Tribunal de Primeira Instância (Quinta Secção Alargada) decidiu dar início à fase oral e,a título de medidas de organização do processo, pediu às partes para responderem a certas questões

escritas e apresentarem certos documentos, entre os quais a documentação referente ao plano de reestruturação da CWP solicitada pela recorrente em 5 de Maio de 1998. As partes deram satisfação a estes pedidos.

20 As partes apresentaram as suas alegações e responderam às questões orais do Tribunal durante a audiência pública de 6 de Julho de 2000.

## Pedidos das partes

21 A recorrente conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— anular a decisão;

— condenar a Comissão nas despesas.

22 A Comissão conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— negar provimento ao recurso;

— condenar a recorrente nas despesas.

23 A República Federal da Alemanha conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— negar provimento ao recurso.

Matéria de direito

24 Em resposta a uma questão escrita do Tribunal, a recorrente indicou que desistia do fundamento preliminar referente à violação do princípio da colegialidade no momento da adopção da decisão, pelo que o seu recurso assenta agora em três fundamentos.

25 Com o seu primeiro fundamento, que tem por base a violação do artigo 92.°, n.° 3, alínea c), do Tratado, a recorrente contesta o mérito da apreciação da compatibilidade dos auxílios em causa com o mercado comum. Este fundamento divide-se em duas partes. Com a primeira, a recorrente pretende demonstrar que a decisão está ferida de inexactidões factuais e de erros manifestos de apreciação que qualquer pessoa com um conhecimento das características técnicas e económicas da indústria do ácido fosfórico e dos seus produtos derivados não deixaria de observar. Com a segunda parte, assente na violação das orientações, a recorrente desenvolve, em substância, dois argumentos. A título principal, sustenta que as medidas a favor da CWP não podem ser qualificadas de auxílios à reestruturação no sentido das orientações. A título subsidiário, alega que estes auxílios não preenchem os critérios de compatibilidade enunciados nas orientações.

26 No quadro do primeiro fundamento, a recorrente baseia-se em elementos técnicos e económicos para contestar a compatibilidade dos auxílios litigiosos com o mercado comum, designadamente, no que toca às apreciações da

Comissão referentes às perspectivas de regresso à viabilidade da CWP, à prevenção de distorções da concorrência indevidas e à proporcionalidade dos auxílios com os custos e as vantagens da reestruturação.

27 A recorrente invoca, essencialmente, os mesmos elementos em apoio do seu segundo fundamento, assente na violação do artigo 93.°, n.° 2, do Tratado. Sustenta que a Comissão, não dispondo de informação suficiente, estava obrigada a dar início ao procedimento formal de exame previsto no artigo 93.°, n.° 2, do Tratado, tendo em conta as sérias dificuldades suscitadas pela apreciação da compatibilidade dos auxílios litigiosos com o mercado comum.

28 O terceiro e último fundamento tem por base a insuficiência de fundamentação.

29 Importa examinar em primeiro lugar o fundamento baseado na violação do artigo 93.°, n.° 2, do Tratado, à luz dos elementos invocados em apoio dos erros manifestos de apreciação e das inexactidões factuais alegadas em apoio do primeiro fundamento.

30 A recorrente considera que, tendo em conta as circunstâncias do caso em apreço, a Comissão estava obrigada a dar início ao procedimento formal previsto no artigo 93.°, n.° 2, do Tratado. Embora as partes reconheçam que a Comissão deve dar início ao procedimento formal de exame dos auxílios notificados quando esteja confrontada com dificuldades sérias, opõem-se, em termos de direito, quanto à natureza e ao alcance deste critério e, em termos de facto, quanto à questão de saber se as circunstâncias do caso em apreço exigem a abertura deste procedimento.

*Quanto ao critério para a abertura do procedimento formal de exame dos auxílios previsto no artigo 93.°, n.° 2, do Tratado*

Argumentos das partes

31 A recorrente sustenta que a Comissão deve dar início ao procedimento formal previsto no artigo 93.°, n.° 2, do Tratado quando um primeiro exame do auxílio não tenha permitido superar todas as dificuldades suscitadas pela apreciação da compatibilidade deste com o mercado comum. Será apenas excepcionalmente, quando lhe sejam apresentados projectos que são à primeira vista manifestamente compatíveis com o mercado comum, que a Comissão se poderá limitar a adoptar uma decisão na fase preliminar. Remetendo para o n.° 15 das conclusões do advogado-geral G. Tesauro apresentadas no processo na origem do acórdão do Tribunal de Justiça de 19 de Maio de 1993, Cook/Comissão (C-198/91, Colect., p. I-2487), a recorrente considera que a jurisprudência aí referida mais não constitui do que a expressão específica de princípios com um alcance geral.

32 A determinação do carácter sério das dúvidas sobre a compatibilidade do auxílio deverá ser avaliada com base em elementos objectivos, em especial, a duração do exame, a frequência das consultas com o Estado que atribui o auxílio e a informação de que disponha a Comissão. Apesar do amplo poder de apreciação de que dispõe no quadro da fase preliminar, a Comissão ter-se-á defrontado com dificuldades sérias e, portanto, devia ter dado início ao procedimento formal de exame. A existência destas dificuldades estará sujeita a fiscalização jurisdicional que excede a simples verificação do erro manifesto de apreciação.

33 A Comissão contrapõe que a fase preliminar lhe permite proceder a uma primeira avaliação dos auxílios a fim de determinar se existem dificuldades que necessitam a abertura do procedimento formal do artigo 93.°, n.° 2, do Tratado. Se os

auxílios notificados não forem manifestamente compatíveis ou incompatíveis com o mercado comum, a Comissão deve examinar se as dificuldades suscitadas apresentam carácter sério. Graças à sua experiência, estará em condições de ultrapassar algumas destas dificuldades sem recorrer ao procedimento contraditório.

34 A jurisprudência do Tribunal de Justiça, designadamente o seu acórdão de 2 de Abril de 1998, Comissão/Sytraval e Brink's France (C-367/95 P, Colect., p. I-1719, n.° 39), terá implicitamente reconhecido que a Comissão dispõe de uma certa margem de apreciação no quadro desse exame preliminar e pode iniciar um diálogo com terceiros para completar as suas informações, tendo em conta as frequentes lacunas das notificações dos Estados-Membros. A este propósito, a Comissão refere que o Tribunal de Justiça não seguiu inteiramente as conclusões dos advogados-gerais Sir Gordon Slynn e G. Tesauro, apresentadas respectivamente nos processos na origem dos acórdãos de 20 de Março de 1984, Alemanha/Comissão (84/82, Recueil, p. 1451, especialmente p. 1492), e Cook/ /Comissão, já referido (Colect., p. I-2502), que propunham um certo automatismo na abertura do procedimento do artigo 93.°, n.° 2, do Tratado. O Tribunal de Justiça terá deste modo pretendido preservar uma certa latitude da Comissão no que toca à apreciação do carácter sério das dificuldades com as quais se vê confrontada. Terá também admitido que as informações transmitidas à Comissão sejam «alteradas e completadas várias vezes» (v. acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Fevereiro de 1990, França/Comissão, C-301/87, Colect., p. I-307, n.$^{os}$ 27 e 28).

35 Os princípios da boa administração e da economia processual conferem à Comissão uma certa latitude na gestão da fase preliminar. A Comissão entende que se pode dispensar da abertura do procedimento contraditório quando este surja como desproporcionado relativamente às dificuldades suscitadas ou às consequências que resultam, para o beneficiário dos auxílios, da suspensão injustificada da sua aplicação. A Comissão será livre de gerir a fase preliminar com uma certa flexibilidade, no respeito da legalidade, quando não se verifiquem dificuldades que tornem o auxílio incompatível à primeira vista com o mercado comum. O Tribunal de Primeira Instância terá dado o seu aval a esta abordagem no contexto específico dos auxílios fraccionados (v. acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 15 de Setembro de 1998, Ryanair/Comissão, T-140/95, Colect., p. II-3327). No caso em apreço, as dificuldades invocadas pela recorrente e que se terão manifestado no decurso da fase preliminar não terão apresentado um carácter suficientemente sério que justificasse a abertura do procedimento formal.

36 Quanto ao mais, a Comissão recorda que não estava obrigada a dar início a um debate contraditório com a denunciante nem a examinar oficiosamente as acusações que a denunciante teria sem dúvida feito se tivesse podido tomar conhecimento dos elementos que a Comissão obteve no âmbito da sua investigação (v. acórdão Comissão/Sytraval e Brink's France, já referido, n.os 58 a 60).

37 Segundo a República Federal da Alemanha, a compatibilidade dos auxílios em causa não podia ser posta em causa; a abertura de um procedimento formal de exame seria injustificada, pois que teria necessariamente conduzido às mesmas conclusões que constam da decisão. O interesse comunitário que se prende com a reestruturação da CWP opõe-se à abertura de um procedimento formal com base nas declarações de um concorrente, pois que resulta claramente dos termos da notificação que os auxílios não criam um risco caracterizado de entrave à concorrência ou às trocas intracomunitárias. O direito dos concorrentes não pode ir até ao ponto de lhes permitir tomar conhecimento ou serem ouvidos sobre detalhes técnicos das reestruturações previstas; estes dados constituem segredos comerciais que devem ser protegidos.

38 Por razões de economia processual, o procedimento formal deve estar reservado aos processos nos quais a Comissão se defronta com dúvidas justificadas. A República Federal da Alemanha salienta que a Comissão lhe tinha declarado não prever que a fiscalização comunitária dos auxílios de Estado pusesse obstáculos às 15 000 privatizações iniciadas ao abrigo do regime da Treuhandanstalt.

Apreciação do Tribunal

39 Convém recordar as regras gerais referentes ao sistema de fiscalização dos auxílios de Estado, instituído pelo Tratado, como foram enunciadas na jurisprudência (v. acórdão Comissão/Sytraval e Brink's France, já referido, n.os 33 a 39; acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 15 de Setembro

de 1998, Gestevisión Telecinco/Comissão, T-95/96, Colect., p. II-3407, n.os 49 a 53, e BP Chemicals/Comissão, T-11/95, Colect., p. II-3235, n.os 164 a 166).

40 O artigo 93.° do Tratado estabelece um procedimento especial para o exame permanente e o controlo dos auxílios estatais por parte da Comissão. No que respeita aos novos auxílios que os Estados-Membros tenham a intenção de instituir, está estabelecido um procedimento sem o qual nenhum auxílio pode ser considerado como regular, devendo os projectos que se destinam a instituir ou modificar os auxílios ser notificados obrigatoriamente à Comissão antes da sua execução. A Comissão procede então a um primeiro exame dos projectos de auxílio. Se, no termo desse exame, se lhe afigurar que um projecto não é compatível com o mercado comum, deve sem demora dar início ao procedimento previsto no artigo 93.°, n.° 2, primeiro parágrafo, que estabelece: «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.» A Comissão goza de competência exclusiva no que toca à verificação da incompatibilidade eventual de um auxílio com o mercado comum (v. acórdão do Tribunal de Justiça de 22 de Março de 1977, Steinike & Weinlig, 78/76, Colect. 1977, p. 203, n.os 9 e 10).

41 Há, por conseguinte, que distinguir, por um lado, a fase preliminar de exame dos auxílios instituída pelo artigo 93.°, n.° 3, do Tratado, que tem apenas por objectivo permitir à Comissão formar uma primeira opinião sobre a compatibilidade parcial ou total do auxílio em causa e, por outro lado, a fase de exame prevista pelo artigo 93.°, n.° 2, do Tratado. Esta segunda fase permite um exame aprofundado das medidas estatais e tem uma dupla finalidade. Por um lado, destina-se a proteger os direitos de terceiros potencialmente interessados e, por outro, a permitir que a Comissão seja completamente esclarecida sobre o conjunto dos dados do processo antes de tomar a sua decisão (v. acórdão Alemanha/Comissão, já referido, n.° 13). Assim, o procedimento formal compreende a obrigação de dar um prazo para que os terceiros interessados apresentem as suas observações sobre as medidas examinadas. Autoriza estes terceiros, bem como os Estados-Membros, a exprimir o seu ponto de vista sobre as medidas que afectam os seus interesses e permite à Comissão recolher todos os

elementos de facto e de direito indispensáveis à sua avaliação. Assim, os terceiros dispõem do direito de ser informados do procedimento e de a este serem associados, apesar do alcance deste último poder ser limitado em função das circunstâncias do caso em apreço (v. acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 25 de Junho de 1998, British Airways e o./Comissão, T-371/94 e T-394/94, Colect., p. II-2405, n.os 58 a 64).

42 Segundo jurisprudência constante, o procedimento do artigo 93.°, n.° 2, do Tratado reveste um carácter indispensável sempre que a Comissão se depare com dificuldades sérias para apreciar se um auxílio é compatível com o mercado comum. Portanto, a Comissão só se pode limitar à fase preliminar do artigo 93.°, n.° 3, do Tratado e adoptar uma decisão favorável a uma medida estatal notificada se tiver a convicção, no termo de um primeiro exame, de que essa medida não pode ser qualificada de auxílio na acepção do artigo 92.°, n.° 1, do Tratado ou de que, embora constituindo um auxílio, é compatível com o mercado comum. Em contrapartida, se esse primeiro exame tiver levado a Comissão à convicção oposta ou não lhe tiver permitido ultrapassar todas as dificuldades suscitadas pela apreciação da medida em causa, a instituição tem o dever de se rodear de todos os pareceres necessários e dar início, para o efeito, ao procedimento do artigo 93.°, n.° 2, do Tratado (v. acórdãos do Tribunal de Justiça, Alemanha/Comissão, já referido, n.° 13; Cook/Comissão, já referido, n.° 29; e de 15 de Junho de 1993, Matra/Comissão, C-225/91, Colect., p. I-3203, n.° 33; v. também acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 18 de Setembro de 1995, SIDE/Comissão, T-49/93, Colect., p. II-2501, n.° 58).

43 Compete à Comissão determinar, em função das circunstâncias de facto e de direito de cada caso, se as dificuldades encontradas no exame da compatibilidade do auxílio impõem a instauração desse procedimento (v. acórdão Cook/ /Comissão, já referido, n.° 30). Esta apreciação deve satisfazer três requisitos.

44 Em primeiro lugar, o artigo 93.° do Tratado circunscreve o poder da Comissão de se pronunciar sobre a compatibilidade de um auxílio com o mercado comum no termo da fase preliminar apenas às medidas que não suscitam dificuldades sérias,

pelo que este critério reveste carácter exclusivo. Assim, a Comissão não se pode recusar a dar início ao procedimento formal de exame invocando outras circunstâncias, como o interesse de terceiros, considerações de economia processual ou qualquer outra razão de conveniência administrativa.

45 Em segundo lugar, quando se depare com dificuldades sérias, a Comissão está obrigada a dar início ao procedimento formal e não goza, a este respeito, de qualquer poder discricionário. Se o seu poder é vinculado no que toca à decisão de dar início a este procedimento, a Comissão goza, contudo, de uma certa margem de apreciação na investigação e no exame das circunstâncias do caso em apreço a fim de determinar se estas suscitam dificuldades sérias. Em conformidade com o objectivo do artigo 93.°, n.° 3, do Tratado e do dever de boa administração que lhe incumbe, a Comissão pode, designadamente, dar início a um diálogo com o Estado que procedeu à notificação ou com terceiros a fim de superar, na fase preliminar, as dificuldades que eventualmente tenha encontrado.

46 A este propósito, importa referir que, contrariamente ao que parece sustentar a Comissão, a margem de apreciação de que goza na gestão do procedimento do artigo 93.° que foi evocada pelo Tribunal de Primeira Instância no acórdão Ryanair/Comissão, já referido, não tem qualquer relação com o presente processo. Nesse acórdão, o Tribunal examinou a questão da determinação do processo a seguir pela Comissão quando, nos termos do artigo 92.°, n.° 3, alínea c), do Tratado e findo o procedimento formal, aprove, sob certas condições, um auxílio de Estado repartido em fracções e se verifique, seguidamente, que uma das condições impostas não foi respeitada (v. acórdão Ryanair/Comissão, já referido, n.° 85). Foi neste contexto específico que o Tribunal de Primeira Instância reconheceu à Comissão «algum poder de gestão e de fiscalização quanto à aplicação de tal auxílio, tendo designadamente em vista permitir fazer face a desenvolvimentos que não podiam ser previstos aquando da adopção da decisão inicial». Embora, nos termos deste poder de gestão e de fiscalização, a Comissão possa adaptar as condições que regulam as modalidades de aplicação dos auxílios sem reabrir o procedimento formal, o Tribunal de Primeira Instância teve o cuidado de recordar que este poder se exerce na condição de «tais adaptações não suscitarem dúvidas quanto à compatibilidade com o mercado comum do auxílio em causa» (v. acórdão Ryanair/Comissão, já referido, n.° 89). Em aplicação deste

princípio, o Tribunal de Primeira Instância verificou nos n.os 98 a 135 do acórdão Ryanair/Comissão, já referido, se as apreciações em que assentava a decisão litigiosa apresentavam dificuldades susceptíveis de justificar a reabertura do procedimento formal.

47 Em terceiro lugar, a noção de dificuldades sérias reveste carácter objectivo. A existência de tais dificuldades deve ser apreciada tanto em função das circunstâncias da adopção do acto impugnado como do seu conteúdo, «de modo objectivo, confrontando as razões da decisão com os elementos de que a Comissão dispunha quando se pronunciou sobre a compatibilidade dos auxílios controvertidos com o mercado comum» (v. acórdão SIDE/Comissão, já referido, n.º 60). Donde resulta que a fiscalização da legalidade efectuada pelo Tribunal de Primeira Instância no que toca à existência de dificuldades sérias excede, por natureza, a verificação de um erro manifesto de apreciação (v., neste sentido, acórdãos Cook/Comissão, já referido, n.os 31 a 38; Matra/Comissão, já referido, n.os 34 a 39; SIDE/Comissão, já referido, n.os 60 a 75; BP Chemicals/Comissão, já referido, n.os 164 a 200; e Ryanair/Comissão, já referido, n.os 98 a 135).

48 No caso em apreço, embora reconhecendo que o processo apresentava dificuldades, a Comissão sustenta que estas últimas não revestiam carácter sério, trazendo deste modo a discussão para o campo da justeza da sua apreciação da qualificação jurídica das referidas dificuldades. Esta concepção subjectiva do critério das dificuldades sérias traduzir-se-ia em impor à recorrente um ónus equivalente ao da demonstração do erro manifesto de apreciação no que toca à qualificação jurídica das dificuldades encontradas. Esta interpretação não tem em conta o disposto no artigo 93.º, n.º 3, do Tratado e conduziria a privar os terceiros interessados das garantias processuais que lhes são conferidas pelo artigo 93.º, n.º 2, do Tratado.

49 A recorrente suporta o ónus da prova da existência das dificuldades sérias, prova que pode fazer a partir de um leque de indícios concordantes. No quadro do recurso de anulação nos termos do artigo 173.º do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 230.º CE), a legalidade de um acto comunitário deve ser apreciada em função dos elementos de facto e de direito existentes na data em que o acto foi adoptado (v. acórdãos do Tribunal de Justiça de 7 de Fevereiro de 1979,

França/Comissão, 15/76 e 16/76, Colect., p. 145, n.° 7, e British Airways e o./ /Comissão, já referido, n.° 81) e não pode depender de considerações retrospectivas a respeito do seu grau de eficácia (v. acórdão do Tribunal de Justiça de 7 de Fevereiro de 1973, Schroeder, 40/72, Colect., p. 59, n.° 14).

50 Importa, pois, tomar em consideração as informações de que dispunha ou podia dispor a Comissão na data em que tomou a decisão, designadamente as que pertencem ao domínio público e que sem dúvida alguma lhe eram acessíveis nesta data, como as referentes às propriedades físicas e químicas do ácido fosfórico e dos seus derivados, bem como aos processos industriais que permitem a sua produção.

51 É à luz destes princípios que cabe examinar os fundamentos e os argumentos das partes e verificar se, no caso em apreço, a análise dos auxílios em causa apresentava dificuldades sérias tais que a Comissão estava obrigada a proceder à abertura do procedimento previsto no artigo 93.°, n.° 2, do Tratado.

*Quanto à existência de dificuldades sérias*

52 A fim de demonstrar a existência de dificuldades sérias, a recorrente sustenta, por um lado, que a Comissão não dispunha de uma informação suficiente que lhe permitisse pronunciar-se de forma esclarecida sobre a compatibilidade dos auxílios em causa. Alega, por outro lado, que a duração e as circunstâncias da fase preliminar constituem indícios da existência das referidas dificuldades.

Quanto ao carácter suficiente da informação da Comissão

— Argumentos das partes

53 A recorrente alega que a Comissão não dispunha dos elementos necessários à apreciação das dificuldades de abastecimento, da possibilidade de pôr em prática as medidas técnicas previstas, das capacidades de produção da CWP e dos mercados relevantes, pelo que as suas conclusões quanto à compatibilidade dos auxílios litigiosos são erradas.

54 Após ter recordado as características gerais da produção do ácido fosfórico e dos seus derivados e denunciado múltiplos erros ou imprecisões terminológicas na decisão e nas peças processuais da Comissão, a recorrente sustenta, em primeiro lugar, que, mal informada sobre os produtos em causa, os seus processos de fabrico e os seus mercados respectivos, a Comissão aceitou, incorrectamente, a tese das autoridades alemãs de que as dificuldades de abastecimento em matérias-primas justificavam a concessão de novos auxílios à CWP. A este propósito, a recorrente levanta uma dúvida quanto à gravidade destas dificuldades de abastecimento, sendo o fósforo elementar um produto de base que é disponível abundantemente no mercado internacional. Sustenta que os problemas com que se defrontou a CWP entre 1994 e 1996 resultam de um erro estratégico na escolha do seu principal fornecedor de fósforo elementar, a sociedade Fosfor, com sede no Cazaquistão. Além disso, alega que as dificuldades de tesouraria da CWP se devem, na realidade, ao facto de, devido ao seu elevado risco de crédito, os fornecedores lhe imporem o pagamento das suas encomendas no momento da expedição.

55 Em segundo lugar, a recorrente contesta a possibilidade de se proceder à alteração técnica e económica do método de produção destinado a assegurar a retoma de viabilidade da empresa. A passagem do processo térmico para o processo húmido

não poderia, contrariamente ao que parece ter aceite a Comissão (ponto 2.2, n.º 8, da decisão), efectuar-se pela simples instalação de um processador químico de um montante de dez milhões de DEM. Segundo as suas estimativas, uma instalação com a capacidade anual de 20 000 toneladas de $P_2O_5$, como descrita na decisão, custa entre 24 e 42 milhões de DEM. Um investimento de 10 milhões de DEM só permitiria prever a construção de uma única fase de extracção de ácido fosfórico, o que implicaria um fraco rendimento de extracção. Tal instalação produziria uma grande massa de resíduos cujo tratamento, só por si, excederia os 10 milhões de DEM de auxílios ao investimento.

56 Se a CWP pretende realmente abandonar o seu método de produção actual para se dedicar ao processo húmido, o investimento financiado pelos auxílios litigiosos é susceptível de melhorar a qualidade da sua produção e aumentar a sua rentabilidade. Se a CWP se dotar de uma instalação rudimentar que permita a utilização do processo húmido e destinada a funcionar em paralelo com a sua instalação térmica existente, os auxílios litigiosos servirão, então, para remediar um problema comercial e facilitar a sua diversificação no que toca ao abastecimento e à produção. Em tal hipótese, as medidas em causa constituem auxílios ao funcionamento, proibidas pelo artigo 92.º, n.º 1, do Tratado.

57 Em terceiro lugar, a recorrente refuta a tese da Comissão de que as capacidades de produção da CWP ficarão reduzidas no termo da sua reestruturação. A Comissão terá admitido esta tese com base num valor de referência que é suspeito, para não dizer incorrecto. Terá, com efeito, comparado as capacidades de produção da CWP no termo da sua reestruturação com as da Stickstoffwerke em 1990. Quanto às capacidades actuais, avaliadas em 40 000 toneladas, a recorrente declara ter verificado, em 1996, que apenas um dos dois fornos da CWP se encontrava em funcionamento. Além disso, estará excluído que a CWP possa, após ter adoptado o processo húmido, conservar um dos seus fornos para fins ambientais. A recorrente infere deste elemento que a CWP vai manter em actividade este forno para a produção de ácido por via térmica e procura, na realidade, acrescentar às suas instalações técnicas existentes uma estrutura que permita a produção de ácido através do processo húmido.

58 Em quarto lugar, a recorrente contesta a análise de mercado a que procedeu a Comissão e expõe que não existe um «mercado do fosfato», mas mercados distintos para o ácido fosfórico e os seus derivados. Estes mercados serão caracterizados por uma forte concorrência e por excessos de capacidade. Desde há alguns anos, a CWP terá recorrido a práticas agressivas que afectaram substancialmente a concorrência. Relativamente aos exercícios de 1995 e 1996, as vendas da recorrente em 1997 terão sofrido um quebra de 49% na Alemanha, tendo o preço de uma tonelada de ácido fosfórico purificado (75%) passado de 810 para 765 DEM entre o terceiro trimestre de 1997 e o primeiro trimestre de 1998. A recorrente considera que os auxílios servirão para o prosseguimento de actividades deficitárias, conduzirão ao aumento das capacidades de produção da CWP e permitir-lhe-ão continuar a vender os seus produtos a baixo preço no mercado.

59 A Comissão não contesta a justeza das correcções de ordem técnica da recorrente, mas contrapõe que estas subtilezas não põem de forma alguma em causa o essencial da decisão. Com efeito, os auxílios em causa só constituem uma alteração do plano de reestruturação que acompanhou a privatização de 1994, destinada a remediar os problemas de abastecimento verificados em 1995 e 1996, no quadro de um programa destinado a promover o saneamento duradouro da situação da CWP.

60 A Comissão considera, em primeiro lugar, que as críticas dirigidas contra a possibilidade de proceder à reorientação da produção de ácido fosfórico da CWP através do processo húmido não relevam, uma vez que se trata de medidas que se integram num plano de reestruturação capaz de assegurar o regresso à viabilidade da empresa. Assim, a Comissão afirma ter procedido a uma avaliação global do plano de reestruturação a fim de verificar a coerência do seu conjunto. Quanto à justeza destas críticas e à oportunidade da passagem para o processo húmido, a Comissão considera ter admitido o que era evidente: o abastecimento da CWP em matéria-prima tinha-se tornado difícil. À distância acresciam os riscos políticos postos pelos países de exportação e trânsito, bem como problemas técnicos bem conhecidos. Confrontada com sérios problemas de abastecimento a partir da Fosfor, a CWP ter-se-á visto obrigada a encontrar novos fornecedores, fora da China e do Cazaquistão. Nestas circunstâncias, a procura de fontes de abastecimento independentes e fiáveis era, no entendimento da Comissão, um

objectivo legítimo da CWP. O plano de reestruturação preenchia este objectivo, pois que a oferta de ácido fosfórico é abundante e a rentabilidade da nova instalação terá sido atestada e confirmada por peritos independentes.

61 Seguidamente, a Comissão nega a existência de um nexo de causalidade entre, por um lado, a passagem da CWP para o processo húmido e, por outro, a reorientação da sua produção. Distintas, mas complementares, estas duas medidas-chave permitiam à CWP manter-se activa no mercado do ácido fosfórico, aumentando simultaneamente a parte dos sais fosfatados no seu volume de negócios. Devendo a opção por uma nova matéria-prima e a reorientação da produção conjuntamente assegurar o regresso à viabilidade da CWP, pouco importava que a reorientação da produção se fizesse graças ao novo processo ou independentemente dele.

62 Por último, a Comissão expõe que a análise do mercado e das capacidades tem por objectivo determinar a existência de excessos de capacidade estruturais no mercado em causa. Se tal for o caso, um auxílio à reestruturação deverá ser então acompanhado, normalmente, de uma contribuição do beneficiário para a reestruturação do sector consistente numa redução das capacidades de produção. Tendo a Comissão chegado à conclusão de que o mercado conhece excessos de capacidade, terá adoptado a hipótese mais favorável aos concorrentes da CWP. Todavia, e nos termos das orientações, a Comissão poderia ter-se mostrado menos estrita na avaliação das reduções de capacidades, pois que o beneficiário dos auxílios é uma pequena ou média empresa e está estabelecido numa região a que se refere a alínea a) do n.º 3 do artigo 92.º do Tratado ou, ainda, por com esta redução se correr um risco de alteração da estrutura do mercado em causa. Estas três circunstâncias encontram-se verificadas no caso em apreço.

63 A República Federal da Alemanha precisa que, no plano de reestruturação de 1994, a Fosfor tinha assumido o compromisso de fornecer à CWP o fósforo

elementar a um preço muito vantajoso e a proceder a uma entrada de capital de 1,6 milhões de DEM. Não tendo a Fosfor cumprido com as suas obrigações, a CWP ter-se-á então visto obrigada a abastecer-se no mercado a preços substancialmente superiores aos previstos no momento da privatização, após ter verificado que nenhum fornecedor lhe poderia oferecer condições comparáveis àquelas que tinha prometido a Fosfor. Além disso, e devido a uma acção *antidumping*, o abastecimento da CWP através do fósforo elementar originário da China parecia ter ficado comprometido.

64 Foi nessas circunstâncias que a CWP terá decidido, em 1996, optar pelo processo de fabrico húmido. Este plano de reestruturação de 1996 garantirá à CWP um abastecimento seguro em matéria-prima, a preço vantajoso, bem como o fabrico rentável de ácido fosfórico, cujo custo de obtenção passará de 1 460 para 900 DEM por tonelada de $P_2O_5$.

65 A decisão assenta em factos verificados, que no essencial foram nela correctamente resumidos. Se a recorrente critica certas inexactidões referentes à descrição dos aspectos técnicos do plano de reestruturação, a República Federal da Alemanha considera que a decisão não assenta nestes detalhes, que não têm incidência no que toca à sua validade. A Comissão não estará obrigada a incluir numa decisão em matéria de auxílios detalhes técnicos que se inscrevem no segredo comercial.

66 O Governo alemão considera que importa ponderar os interesses da recorrente e os da CWP, mas também o interesse da República Federal da Alemanha e do conjunto da Comunidade, de completar a integração dos novos *Länder*, interesse que necessita uma intervenção financeira por parte das autoridades públicas. A CWP podia e merecia ser saneada, sendo de tal modo favoráveis as perspectivas a longo prazo do mercado dos derivados do fósforo, em especial no sector

alimentar. Para terminar a sua reestruturação, a CWP necessitava de fundos próprios suficientes e de um abastecimento fiável em matérias-primas.

67 Tendo em conta, por um lado, o aumento da oferta e da procura dos novos *Länder* e, por outro, o aumento das capacidades dos produtores comunitários e da concorrência com os produtores originários dos países terceiros, a reestruturação da CWP não parece ter, segundo o Governo alemão, incidência negativa na indústria comunitária. Com efeito, a recorrente não terá conseguido provar um qualquer nexo de causalidade entre os auxílios concedidos à CWP e a perda de partes de mercado que sustenta ter sofrido. A existência deste nexo será impossível: detendo 5% das partes de mercado na Alemanha, a CWP não pode estar na origem da baixa dos preços após 1990. Não prevendo o plano de reestruturação um crescimento das capacidades, o comportamento da CWP ou a sua privatização em 1994 não faziam correr riscos aos mercados do ácido fosfórico e dos seus derivados.

68 O Governo alemão acrescenta ter transmitido à Comissão informações que demonstram que o projecto de reestruturação era realizável. A firma de consultadoria DLM terá estimado em 6,2 milhões de DEM o custo dos investimentos referentes à passagem para o processo húmido, montante que foi confirmado pelas propostas dos construtores que foram recebidas pela CWP. A rentabilidade da instalação que utiliza o processo húmido terá sido posteriormente confirmada pela DLM, cujos dois relatórios foram comunicados, sob a forma de extracto, pelo Governo alemão à Comissão. Além disso, a recorrente não terá sido afectada pelas alterações introduzidas no método de produção da CWP.

69 O mercado dos produtos em causa terá sido por muito tempo dominado por um oligopólio constituído por sete grandes fabricantes europeus, entre os quais a recorrente. Muito recentemente, alguns produtores, designadamente a recorrente, terão aumentado as suas capacidades através da construção de novas unidades de produção. Este fenómeno, associado à entrada no mercado de novos operadores estabelecidos na Europa central, terá conduzido a um aumento da concorrência e a uma evolução, por vezes espectacular, dos preços.

— Apreciação do Tribunal

70 Para serem considerados compatíveis com o artigo 92.°, n.° 3, alínea c), do Tratado, os auxílios às empresas em dificuldade devem estar ligados a um plano de reestruturação que tenha em vista reduzir ou reorientar as suas actividades (v. acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Setembro de 1994, Espanha/Comissão, C-278/92 a C-280/92, Colect., p. I-4103, n.° 67). Assim, as orientações enunciam, no ponto 2.1, que «uma reestruturação [...] faz parte de um plano exequível, coerente e de grande envergadura, destinado a restaurar a viabilidade a longo prazo de uma empresa».

71 A fim de não suscitar objecções aos auxílios previstos sem a abertura do procedimento formal de exame, a Comissão devia necessariamente encontrar-se na posição de poder apreciar, em conformidade com as disposições do ponto 3.2.2 das orientações, a capacidade do plano de reestruturação para restaurar num prazo razoável a viabilidade a longo prazo da empresa com base em hipóteses realistas no que diz respeito às suas condições futuras de exploração. É certo que, relativamente a pequenas e médias empresas ou a empresas situadas em regiões assistidas, está expressamente prevista a possibilidade de uma aplicação menos restritiva de certos critérios (pontos 3.2.3 e 3.2.4 das orientações), em especial no que se refere à exigência de reduções de capacidade no caso de mercados que tenham um excesso de capacidade estrutural. Todavia, tal possibilidade, que é excepcional, não põe em causa a exigência principal referente à apresentação de um plano de reestruturação coerente e realista que permita restaurar a viabilidade da empresa, contrariamente ao que parece sustentar a Comissão.

72 Segundo a decisão, os problemas de abastecimento em fósforo elementar da CWP provocaram uma deterioração da sua situação financeira. Esta é a razão pela qual a pedra angular do plano de reestruturação financiado pelas autoridades alemãs consiste na aquisição de um aparelho — o «processador químico» — destinado a permitir a passagem irreversível da CWP do método de produção do ácido fosfórico dito «térmico» para o dito «húmido». Esta modificação deve, segundo a decisão, permitir à CWP, a montante, deixar de ser dependente do seu

abastecimento em fósforo elementar e, a jusante, ampliar a sua oferta de produtos derivados do fósforo.

73 Assim, segundo a decisão, o plano de reestruturação assenta essencialmente em medidas de ordem técnica. Por conseguinte, as críticas referentes às dificuldades suscitadas pela apreciação da contribuição destas medidas para a restauração da viabilidade da empresa são relevantes, pois que se destinam a demonstrar que a Comissão não dispunha de informação suficiente para se pronunciar sobre a compatibilidade dos auxílios em causa com o mercado comum sem a abertura do procedimento formal de exame dos auxílios.

74 Importa referir que a descrição, na decisão, das medidas de reestruturação previstas pela CWP não é conforme aos próprios termos do plano de reestruturação. Interrogada pelo Tribunal, a Comissão juntou aos autos dois documentos redigidos pelos dirigentes da CWP que, segundo a recorrida, constituem o plano de reestruturação da empresa.

75 O primeiro documento, datado de 29 de Maio de 1996 e intitulado «Nova concepção referente à prossecução das actividades da CWP, empresa que retomou a divisão 'derivados fosfóricos' da sociedade Stickstoffwerke AG Wittenberg», contém uma exposição da estratégia de reestruturação da CWP. Esta tem, essencialmente, dois objectivos: por um lado, alargar a base das matérias-primas e, por outro, estender os domínios da actividade da empresa (p. 1 do documento de 29 de Maio de 1996). Assim, neste documento, a produção de sais fosfóricos de qualidade alimentar e a junção de um novo ramo de produção assente no processo de fabrico húmido estão previstas como o termo de um programa de investimento.

76 Todavia, este documento de forma alguma prevê o abandono do processo de produção térmica. Pelo contrário, está aí previsto tirar vantagem da situação

privilegiada da CWP no mercado do fósforo elementar, a CWP sendo, com a Thermphos (Países Baixos), a única empresa da Comunidade a dispor de uma instalação de tratamento desta matéria. O plano prevê a criação, em paralelo, de dois ramos de produção: um com base no fósforo elementar e o método térmico, o outro baseado no fósforo bruto e no método húmido. Assim, estão definidas no plano sete medidas a fim de «tirar partido das oportunidades que oferecem os mercados através dos equipamentos técnicos existentes». Trata-se das seguintes medidas:

«1. Produção de ácido fosfórico de alta qualidade a partir de fósforo elementar.

2. Produção de derivados fosfóricos que só podem ser elaborados a partir do fósforo elementar. Trata-se de produtos como o pentóxido de fósforo, o ácido fosfórico, o ácido hipofosfórico e os hipofosfitos.

3. Produção de fósforo depurado destinado às aplicações com exigências elevadas do ponto de vista químico e comércio do fósforo elementar importado do Cazaquistão e da China em concorrência apenas com os produtores europeus.

4. Produção de fosfatos a partir de ácido fosfórico por via térmica que satisfaça as normas de qualidade mais severas. Ampliação da gama através de produtos com forte valor acrescentado (produtos especiais destinados à indústria alimentar).

5. Produção de fosfatos de qualidade técnica a partir de ácido fosfórico através do método húmido adquirido.

6. Fabrico de outros produtos, independentemente do fósforo e do ácido fosfórico, com os equipamentos técnicos existentes.

7. Tratamento dos ácidos residuais e recuperação de matérias-primas químicas a partir dos resíduos de produção e através da exploração dos recursos disponíveis na empresa.» (página 4 do documento de 29 de Maio de 1996).

77 Resulta do segundo documento, intitulado «Proposta referente à salvaguarda a longo prazo da empresa CWP, acompanhada de um plano de investimento e de financiamento» e datado de 16 de Outubro de 1996, que os investidores da CWP se recusaram a apoiar a totalidade do programa de investimento inicialmente proposto para a prossecução destas medidas. Assim, a CWP definiu, neste segundo documento, os investimentos prioritários e o seu modo de financiamento, sem contudo pôr em causa a estratégia anteriormente traçada. Entre estes investimentos figura a modificação da instalação existente a fim de permitir a transformação do ácido fosfórico em sais fosfóricos. Quanto à aquisição de uma instalação de produção com a utilização do processo húmido, precisa-se neste documento o seguinte: «[o]s outros cálculos que versam sobre a instalação de extracção [processo húmido] prevista não conduziram a um resultado positivo». Resulta do segundo documento, datado de 16 de Outubro de 1996, não estar previsto o abandono do processo térmico.

78 Assim, existe uma contradição evidente entre o conteúdo destes documentos e a decisão, nos termos da qual a CWP decidiu abandonar a utilização do fósforo elementar graças à aquisição de um «processador químico», que lhe permitia simultaneamente resolver os seus problemas de abastecimento e aumentar a sua gama de produtos. Esta contradição permite concluir que, no mínimo, a

Comissão não dispunha, na data da decisão, de uma informação que lhe permitisse considerar que a questão da capacidade do plano de reestruturação para permitir a restauração da viabilidade da CWP não suscitava dificuldades sérias.

79 De resto, esta conclusão é corroborada por outros elementos invocados pela recorrente em apoio das críticas dirigidas à apreciação feita pela Comissão das medidas técnicas destinadas a permitir a reestruturação da CWP. Com efeito, a recorrente apresentou, designadamente, um relatório de peritagem, datado de 21 de Setembro de 1998, do Sr. Leenaerts, professor da Faculdade de Ciências Aplicadas da Universidade Católica de Lovaina. Da leitura deste relatório, forçoso é concluir que a alteração do processo de fabrico, como descrito pela Comissão, surge manifestamente como não podendo ser encarada por um especialista da indústria do ácido fosfórico.

80 Com efeito, o ponto 3.2 deste relatório tem o seguinte teor: «[O] processo de fabrico do ácido fosfórico purificado baseado na combustão do fósforo é fundamentalmente diferente daquele que utiliza o ácido fosfórico bruto de via húmida e que implica a extracção líquido-líquido. As diferenças, tanto de concepção como de construção, entre as unidades de produção de um e outro tipo excluem que a simples substituição por um 'processador químico' permita a passagem de um para outro. [...] Não existe evidentemente uma solução intermédia ou mista entre uma fábrica de via térmica e uma fábrica de purificação de ácido fosfórico de via húmida.» Indica-se no ponto 1 do relatório que, «na medida em que o projecto descrito pela Comissão no ponto 42 das suas alegações não indica a presença [das] fases de pré-tratamento e de pós-tratamento, é patente que a instalação projectada não é apta a produzir ácido fosfórico purificado de qualidade alimentar». Quanto à rentabilidade da instalação, o autor do relatório conclui, no ponto 2, que, «no projecto CWP, a capacidade prevista de 20 000 t $P_2O_5$/ano situa-se nitidamente aquém do limiar de competitividade e de rentabilidade». Por último, no ponto 4 do seu relatório, o perito afasta categoricamente a possibilidade de uma utilização de um dos fornos da CWP para a combustão dos resíduos de uma fábrica de produção de ácido fosfórico que utilize o processo húmido. Há que admitir que este relatório conforta, de modo probante, a argumentação da recorrente.

81 A Comissão replica, essencialmente, que actuou com toda a diligência necessária. A este respeito, escuda-se com dois documentos que lhe foram comunicados pela República Federal da Alemanha e que lhe terão permitido dissipar as dúvidas que poderia ter tido a propósito do projecto de auxílios. Trata-se, em primeiro lugar, de uma consulta, datada de 21 de Outubro de 1997, do gabinete de consultadoria em gestão Roland Berger. O extracto desta consulta que foi junto aos autos limita-se a um diagnóstico da empresa e a uma exposição das medidas possíveis de reestruturação. O autor da consulta recomenda uma alteração do método de produção e define os grandes traços de uma reorientação das actividades da CWP, contentando-se, todavia, em esboçar as opções estratégicas sem examinar a possibilidade da realização técnica ou o custo das medidas consideradas. Devido à falta de precisão do documento em causa, a Comissão não poderá defender que este último lhe permitiu concluir que o plano de reestruturação permitia restaurar a viabilidade da CWP.

82 A Comissão invoca, seguidamente, um relatório proveniente da firma DLM que, apesar de não ser mencionado na decisão, conterá todas as informações referentes à possibilidade de realização e aos custos de uma alteração do método de produção. O extracto deste relatório, junto aos autos, consiste numa tabela recapitulativa dos custos de produção do ácido fosfórico por via húmida. Contudo, não contém qualquer informação quanto à possibilidade de realização da alteração do processo de fabrico considerada na decisão, pelo que não permite superar os indícios avançados pela recorrente quanto às dificuldades sérias suscitadas pela apreciação da capacidade do plano de reestruturação para restaurar a viabilidade da CWP.

83 Por último, na audiência, a Comissão precisou que o processador químico mencionado na decisão foi obtido e deve ser patenteado pela sociedade Vopelius Chemie, estando as suas características técnicas cobertas pelo segredo industrial. Portanto, a recorrente não poderia contestar a credibilidade do projecto da CWP, pois que ignora a tecnologia na qual este repousa. Além disso, tanto a Comissão como o interveniente consideram que a recorrente não pode, ao abrigo de argumentos técnicos, obrigar a CWP a desvendar segredos industriais.

84 Esta argumentação não colhe. A Comissão limita-se a invocar de forma geral e abstracta o carácter confidencial das informações úteis à sua defesa, sem contudo apresentar em apoio das suas alegações elementos concretos susceptíveis de pôr em causa o valor probatório dos indícios avançados pela recorrente. É certo que a Comissão está obrigada, nos termos do artigo 214.° do Tratado CE (actual artigo 287.° CE), a não divulgar a terceiros informações que, pela sua natureza, estejam cobertas pelo segredo profissional, como, designadamente, os dados relativos ao funcionamento interno ou à tecnologia de uma empresa beneficiária de auxílios de Estado. Todavia, e no caso em apreço, a Comissão não pode invocar de uma forma extensiva a sua obrigação do respeito do segredo profissional, ao ponto de esvaziar da sua substância as regras em matéria do ónus da prova em detrimento dos direitos da defesa das partes interessadas. Na medida em que a Comissão pretendesse sustentar que as informações referentes à tecnologia utilizada para os fins da reestruturação da CWP revestem carácter confidencial, competia-lhe precisar as razões desta confidencialidade, a fim de o tribunal poder exercer a sua fiscalização.

85 Com base nos precedentes elementos, importa concluir pela existência de indícios que estabelecem que, na falta de uma informação coerente e suficientemente detalhada, a Comissão não se encontrava na posição de superar, no termo do seu exame preliminar, as dificuldades que se prendem com a apreciação do carácter realista das medidas de reestruturação em causa.

Quanto aos indícios de dificuldades sérias que se prendem com a duração e as circunstâncias da fase preliminar

— Argumentos das partes

86 A recorrente considera que, no âmbito do controlo da existência de dificuldades sérias, o juiz comunitário confere atenção particular ao prazo decorrido entre a

notificação de um plano de auxílio e a decisão da Comissão. Este prazo não pode exceder o que normalmente implica um primeiro exame feito no âmbito do artigo 93.°, n.° 3, do Tratado (v. acórdão Alemanha/Comissão, já referido). A recorrente recorda que, na sequência do acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de Dezembro de 1973, Lorenz/Alemanha (120/73, Colect., p. 553), a obrigação de suspensão da execução das medidas de auxílio projectadas não pode, em princípio, exceder dois meses, o que obriga a Comissão a conduzir a fase preliminar do exame dentro deste prazo. No caso em apreço, terão decorrido oito meses entre a notificação e a decisão, o que demonstra que a compatibilidade do auxílio em questão não era, à primeira vista, manifesta.

87 Além disso, as consultas que tiveram lugar entre a Comissão e as autoridades alemãs demonstram a existência de dificuldades que deviam ser examinadas no quadro do procedimento formal. Com efeito, qualquer diligência da Comissão que exceda o simples pedido de precisões sobre o projecto notificado conduz à abertura do procedimento do artigo 93.°, n.° 2, do Tratado (v. acórdão Matra/ /Comissão, já referido, n.° 38). No caso em apreço, a Comissão e o Governo alemão terão mantido contactos repetidos. Em especial, os contactos mantidos com o Governo alemão após a reunião entre a recorrente e a Comissão exorbitam do quadro de um simples pedido de precisões. Estes contactos terão, parcialmente, sido motivados pelos receios expressos pelos concorrentes, entre os quais a recorrente. A necessidade, para a Comissão, de procurar obter garantias e confirmações por parte das autoridades alemãs nas semanas que precederam imediatamente a adopção da decisão, provará que a compatibilidade do projecto de auxílios com o mercado comum não podia ser considerada, à primeira vista, como manifesta. Autorizar a Comissão a consultar de forma repetida as autoridades nacionais em causa sem a abertura do procedimento do artigo 93.°, n.° 2, do Tratado, traduzir-se-ia em lhe permitir tirar proveito do carácter pouco transparente da fase preliminar para resolver dificuldades importantes que justificavam a abertura de um debate com os terceiros.

88 A Comissão sublinha que é evidente que o prazo de reflexão a que se refere o acórdão Lorenz/Alemanha, já referido, começa a correr a partir do momento em que estejam reunidos todos os elementos necessários à adopção da decisão. No caso em apreço, a Comissão considera ter adoptado a decisão algumas semanas

após ter recebido das autoridades alemãs as últimas informações de que necessitava, pelo que os argumentos da recorrente são infundados.

89 A abordagem seguida pela recorrente, que consiste em se impor um automatismo à abertura do procedimento do artigo 93.°, n.° 2, do Tratado no termo do prazo de dois meses enunciado no acórdão Lorenz/Alemanha, já referido, não tem em conta as imperfeições da prática das notificações e complicaria inutilmente o processo decisional, conduzindo a suspensões injustificadas das medidas de auxílio.

90 A Comissão recorda que a decisão foi adoptada em 16 de Dezembro de 1997, pouco antes do início do período de férias de fim de ano. Para os serviços da Comissão, as datas dos períodos de férias de Verão e de fim de ano podem constituir as datas-limite de liquidação dos processos correntes. Antes destes períodos de férias, poderá ser necessário acelerar o tratamento dos processos. Procurar fundamentos na duração da fase preliminar é exorbitar da esfera jurídica.

91 A República Federal da Alemanha considera que o tempo decorrido entre a notificação e a decisão não pode ser interpretado como um indício de dúvidas quanto à compatibilidade dos auxílios com o mercado comum. Pelo contrário, as limitações impostas à empresa beneficiária durante a fase preliminar, sempre longa, não justificarão a abertura do procedimento do artigo 93.°, n.° 2, do Tratado quando, como no caso em apreço, a Comissão tiver podido apreciar as circunstâncias e as consequências previsíveis da concessão de auxílios à CWP e não se verifique que tenham podido ser afectados os interesses legítimos de terceiros.

— Apreciação do Tribunal

92 Importa verificar se, no caso em apreço, o procedimento tramitado pela Comissão excedeu nitidamente o que normalmente implica um exame preliminar realizado no âmbito das disposições do artigo 93.°, n.° 3, do Tratado.

93 Em primeiro lugar e quanto ao prazo decorrido entre a notificação do projecto de auxílio e a decisão, o Tribunal de Primeira Instância teve ocasião de recordar no n.° 102 do acórdão de 10 de Maio de 2000, SIC/Comissão (T-46/97, Colect., p. I-2125), que o decurso de um prazo que exceda significativamente o tempo que normalmente implica um primeiro exame operado no âmbito das disposições do n.° 3 do artigo 93.° do Tratado pode, conjuntamente com outros elementos, conduzir à conclusão de que a Comissão encontrou sérias dificuldades de apreciação que exigem a instauração do procedimento previsto no n.° 2 do artigo 93.° do Tratado (v. acórdão Alemanha/Comissão, já referido, n.$^{os}$ 15 e 17).

94 A fim de apreciar se esta duração constitui um indício de dificuldades sérias, importa remeter para as regras internas fixadas pela Comissão.

95 A Comissão precisou as condições referentes à duração do exame do projecto dos auxílios que lhe são notificados pelos Estados-Membros nos termos do artigo 93.°, n.° 3, do Tratado, numa carta dirigida aos Estados-Membros em 2 de Outubro de 1981 («Regras aplicáveis aos auxílios de Estado. Situação em 30 de Junho de 1998», *Direito da concorrência nas Comunidades Europeias*, volume II A, p. 101). No seu ponto 2, indica dispor, «para proceder a um primeiro exame dos projectos notificados, de um prazo de reflexão e de investigação que o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias avaliou em dois meses». Além disso, precisa no seu ponto 3, alínea b): «Quando a notificação não contenha todos os elementos que os serviços da Comissão

necessitam para chegar a uma primeira opinião sobre a conformidade destes casos com o Tratado, é incompleta e a Comissão pode, nos quinze dias úteis seguintes à notificação, requerer informações complementares. Neste caso, os prazos só começarão a correr a partir da recepção das informações complementares solicitadas. Será enviado um aviso de recepção que precisará a data a tomar em consideração.»

96 A Comissão e o Governo alemão reconheceram que a notificação do projecto de auxílio à CWP, recebida integralmente em 15 de Abril de 1997, foi objecto de um envio anterior por carta de 7 de Março de 1997, sem que, todavia, possam precisar a sua data exacta.

97 A título de medidas de organização do processo, o Tribunal de Primeira Instância solicitou à Comissão que juntasse aos autos o aviso de recepção que precisa a data a ter em conta para os efeitos do cálculo do prazo do exame preliminar a que se refere a carta aos Estados-Membros de 2 de Outubro de 1981. Em resposta, a Comissão apresentou três cartas, datadas de 14 de Maio, 22 de Julho e 4 de Novembro de 1997. Apenas a primeira destas cartas comporta um aviso de recepção. Seja qual for a data em que, pela primeira vez, foi apresentado à Comissão o projecto de auxílio à CWP, decorreram sete meses entre o aviso de recepção de 14 de Maio de 1997 e a decisão. Esta duração excede manifestamente aquela que a Comissão está, em princípio, obrigada a respeitar para o termo do seu exame preliminar.

98 Em segundo lugar e quanto às circunstâncias em que se desenrolou o procedimento, importa precisar que, em conformidade com a finalidade do artigo 93.°, n.° 3, do Tratado e com o dever de boa administração que lhe incumbe, a Comissão pode, no âmbito da fase preliminar, ser levada a solicitar informações complementares ao Estado que procedeu à notificação (v., por exemplo, acórdão Matra/Comissão, já referido, n.° 38). Embora estes contactos não constituam a prova da existência de dificuldades sérias, podem, conjuntamente com a duração do exame preliminar, de tal constituir um indício.

99 Em conformidade com o dever de cooperação leal, enunciado designadamente no artigo 5.° do Tratado CE (actual artigo 10.° CE), o Estado que procede à notificação e a Comissão devem colaborar de boa fé com vista a permitir a esta última superar as dificuldades que pode encontrar durante o exame de um processo de auxílios notificado no âmbito do procedimento do artigo 93.°, n.° 3, do Tratado (v., por analogia, acórdão do Tribunal de Justiça de 23 de Fevereiro de 1995, Comissão/Itália, C-349/93, Colect., p. I-343, n.° 13). Assim, o Estado-Membro que nutre o projecto de conceder auxílios a uma empresa em dificuldade está obrigado a transmitir à Comissão o plano de reestruturação desta empresa e responder aos pedidos de informações complementares da Comissão quando esta não disponha dos elementos necessários para tomar uma decisão.

100 O Estado-Membro que notifica de forma incompleta um projecto de auxílio à Comissão nos termos do artigo 93.°, n.° 3, do Tratado e se revela, seguidamente, reticente em fornecer as informações úteis à Comissão, apesar das suas repetidas solicitações, é responsável pelo prolongamento da fase de exame. Este prolongamento pode, pela sua natureza, constituir um indício da existência de dificuldades sérias, sem que a Comissão possa invocar o facto do Estado que procedeu à notificação ser responsável desta situação. Com efeito, admitir tal possibilidade traduzir-se-ia em ficarem os terceiros interessados privados das garantias processuais que lhes confere o artigo 93.°, n.° 2, do Tratado, permitindo, por um lado, à Comissão basear-se no comportamento ou na negligência do Estado que procedeu à notificação para pôr em causa o disposto no artigo 93.°, n.° 3, do Tratado, que lhe impõe a abertura da fase formal de exame, e, por outro, ao Estado-Membro escapar ao seu dever de cooperação leal.

101 No caso em apreço, na sua carta de 14 de Maio de 1997, que acusa a recepção da notificação do projecto de concessão de auxílios à CWP, a Comissão considerou não dispor de todas as informações necessárias para decidir da sua compatibilidade com o mercado comum. Requereu ao Governo alemão que lhe fornecesse informações complementares sobre a possibilidade de realização e o financiamento da modificação do método de produção prevista pela CWP, bem como sobre as análises de mercado, as perspectivas de restauração da viabilidade e a evolução das capacidades da empresa.

102 Apesar dos elementos de resposta fornecidos pelo Governo alemão numa carta de 10 de Julho de 1997, a Comissão considerou não estar na posição de poder adoptar uma decisão, por não dispor de todas as informações necessárias. Por carta de 22 de Julho de 1997, interrogou então uma segunda vez este governo, designadamente, sobre as perspectivas de sobrevivência a longo prazo da CWP e sobre a proporcionalidade dos auxílios previstos. Além disso, por fax de 30 de Julho de 1997, a Comissão apresentou oficiosamente um pedido de informações complementares à BvS, cujo conteúdo é, essencialmente, idêntico ao da carta de 14 de Maio de 1997. Importa inferir destes documentos que, em 30 de Julho de 1997, o Governo alemão não tinha ainda facultado à Comissão as informações requeridas já em 14 de Maio de 1997.

103 Por carta de 2 de Setembro de 1997, o Governo alemão respondeu ao segundo pedido de informações complementares. A Comissão juntou aos autos uma cópia desta carta e de alguns dos seus anexos, recebidos no mesmo dia por fax. Estes documentos são idênticos aos que foram juntos à carta de 10 de Julho de 1997 que serviu de resposta ao primeiro pedido de informações complementares da Comissão. Na falta de elementos contrários apresentados pela Comissão, deles cabe deduzir que o Governo alemão não comunicou as informações complementares requeridas, pelo que, no momento da recepção da carta de 2 de Setembro de 1997, a Comissão ainda não dispunha de respostas satisfatórias às suas questões formuladas em 14 de Maio de 1997 no que toca à possibilidade de realização da modificação técnica projectada, à análise do mercado, à restauração da viabilidade e à evolução das capacidades de produção da CWP, bem como à proporcionalidade dos auxílios litigiosos.

104 Aliás, no decurso do procedimento, duas empresas concorrentes da CWP apresentaram observações sem, contudo, apresentarem denúncias formais. Em 17 de Junho de 1997, a Budenheim, uma empresa alemã, pôs a Comissão ao corrente dos receios que nutria a respeito da eventual concessão de auxílios à sua concorrente CWP. Em 24 de Julho de 1997, a recorrente fez uma diligência similar. Com base nas informações colhidas em 30 de Setembro e 8 de Outubro de 1997 nos contactos individuais com estas empresas, a Comissão interrogou,

em 4 de Novembro de 1997, o Governo alemão uma terceira vez. Assim, mais de dois meses após a recepção da resposta do Governo alemão ao seu segundo pedido de informações complementares, a Comissão indicou a este último que o exame do projecto de auxílios à CWP tinha «suscitado outras questões», às quais era indispensável responder. Colocou várias questões referentes à possibilidade de realização e à rentabilidade da modificação do método de produção e requereu precisões quanto à evolução das capacidades de produção, aos problemas de abastecimento e à eventual concessão de outros auxílios a favor da CWP.

105 Na sequência deste terceiro pedido oficial de informações complementares, a Comissão e os representantes do Governo alemão reuniram-se em 24 de Novembro de 1997. A fase oral permitiu estabelecer que foi apenas durante esta reunião que a Comissão pôde tomar conhecimento de dois documentos preparados pelos dirigentes da CWP e datados de 26 de Maio e 16 de Outubro de 1996 que, segundo a recorrida, constituem o plano de reestruturação (v. n.os 74 a 77 *supra*). Além disso, nesta reunião, o Governo alemão entregou à Comissão o relatório do gabinete de consultadoria Roland Berger datado de 21 de Outubro de 1997.

106 Por último, resulta das respostas escritas da recorrida às questões do Tribunal que, a pedido da Comissão, a BvS enviou-lhe, em 11 de Dezembro de 1997, uma carta da CWP que atestava que a sua capacidade anual de produção de ácido fosfórico não aumentaria no termo da reestruturação, mas se manteria na medida de 40 000 toneladas de $P_2O_5$.

107 Resulta desta cronologia que, logo a partir da sua notificação, a apreciação do projecto de auxílios à CWP suscitou dificuldades. No decurso dos oito meses decorridos entre a notificação e a decisão, a Comissão interrogou oficialmente o

Governo alemão por três vezes e dois concorrentes informaram-na dos seus receios. O Governo alemão absteve-se de transmitir à Comissão as informações úteis ao seu exame, apesar das repetidas solicitações desta última. Em especial, foi apenas mais de sete meses após a notificação do projecto de auxílios que o Governo alemão entregou à Comissão o plano de reestruturação que os auxílios se destinam a financiar. Assim, a Comissão não respeitou os prazos indicativos que ela própria se fixou para o exame dos projectos de auxílios que lhe são notificados. Por sua parte, o Governo alemão só respondeu à Comissão após o termo dos prazos que lhe foram fixados. Tendo em conta estes elementos, importa concluir que o procedimento tramitado pela Comissão excedeu, no caso em apreço, nitidamente aquele que normalmente implica um primeiro exame operado no âmbito das disposições do n.º 3 do artigo 93.º do Tratado e, portanto, que esta circunstância constitui um indício comprovativo da existência de dificuldades sérias.

108 Assim, resulta de indícios objectivos e concordantes que a Comissão tomou a sua decisão de não suscitar objecções ao projecto de concessão de auxílios à CWP com base num conhecimento insuficiente dos factos. Suscitando a apreciação da compatibilidade com o mercado comum dos auxílios em causa dificuldades sérias, a Comissão não procedeu à abertura do procedimento referido no artigo 93.º, n.º 2, do Tratado e não colheu informações mais amplas através da audição das partes interessadas. Portanto, a decisão deve ser anulada, sem que seja necessário ao Tribunal pronunciar-se sobre os outros fundamentos, críticas e argumentos da recorrente.

## Quanto às despesas

109 Por força do artigo 87.º, n.º 2, do Regulamento de Processo, a parte vencida é condenada nas despesas, se tal tiver sido requerido.

110 No caso em apreço, a Comissão foi vencida e há que condená-la nas despesas da instância, incluindo as referentes ao pedido de medidas provisórias, em conformidade com os pedidos da recorrente.

111 Por força do disposto no artigo 87.°, n.° 4, primeiro parágrafo, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância, os Estados-Membros e as instituições que intervenham no processo suportarão as respectivas despesas. A República Federal da Alemanha suportará as suas próprias despesas.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA (Quinta Secção Alargada)

decide:

1) **A decisão da Comissão de 16 de Dezembro de 1997, de não suscitar objecções à concessão de auxílios pela República Federal da Alemanha à Chemische Werke Piesteritz GmbH, é anulada.**

2) A Comissão suportará as suas próprias despesas, bem como as efectuadas pela recorrente no processo principal e no de medidas provisórias.

3) A República Federal da Alemanha suportará as suas próprias despesas.

García-Valdecasas Lindh Cooke

Vilaras Forwood

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 15 de Março de 2001.

O secretário

H. Jung

O presidente

P. Lindh