# CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL GEORGES COSMAS

apresentadas em 23 de Novembro de 1999 *

Índice

I — Introdução ..... I-3274

II — Matéria de facto e tramitação processual ..... I-3274

III — Fundamentos do recurso ..... I-3276

A — Quanto ao primeiro fundamento de anulação ..... I-3277

a) Quanto à primeira parte do primeiro fundamento de anulação (diminuição de 1,6% das deduções em favor do Estado) ..... I-3277

i) Quanto à extensão da fiscalização exercida pelo juiz ..... I-3277

ii) Quanto à especificidade do sistema das deduções sobre as corridas como circunstância que justifica não qualificar a medida nacional controvertida de auxílio de Estado ..... I-3279

iii) Quanto às contradições na fundamentação do acórdão do Tribunal de Primeira Instância ..... I-3283

b) Quanto à segunda parte do primeiro fundamento de anulação (facilidades de tesouraria concedidas ao PMU) ..... I-3284

c) Quanto à terceira parte do primeiro fundamento de anulação (colocação à disposição do PMU dos prémios não reclamados) ..... I-3285

d) Quanto à quarta parte do primeiro fundamento de anulação ..... I-3287

B — Quanto ao segundo fundamento do recurso ..... I-3288

a) Os argumentos das partes ..... I-3288

b) O fundamento de anulação ..... I-3290

i) A confiança legítima, um conceito de carácter ambivalente ..... I-3290

ii) A confiança legítima enquanto conceito de direito comunitário estrito. I-3299

iii) A não notificação do auxílio nacional como motivo de exclusão da confiança legítima ..... I-3305

IV — Conclusão ..... I-3307

* Língua original: grego.

## I — Introdução

1. O presente processo diz respeito a um recurso interposto pela República Francesa pedindo a anulação do acórdão de 27 de Janeiro de 1998 proferido pelo Tribunal de Primeira Instância no processo T-67/94 [1]. O acórdão recorrido foi proferido no recurso interposto pela sociedade Ladbroke Racing Ltd com vista à anulação da Decisão 93/625/CEE da Comissão [2]. Esta decisão referia-se à qualificação de uma série de medidas das autoridades francesas que a recorrente em primeira instância tinha denunciado à Comissão como caindo no âmbito de aplicação do artigo 92.°, n.° 1, do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 87.°, n.° 1, CE). As questões suscitadas no presente recurso incluem, nomeadamente, as duas seguintes: em primeiro lugar, a recorrente suscita o problema da extensão da fiscalização jurisdicional exercida pelo Tribunal de Primeira Instância sobre a apreciação da Comissão quanto à questão de saber se uma medida nacional constitui ou não um auxílio de Estado (ilegal); em segundo lugar, o Tribunal de Justiça é convidado a pronunciar-se sobre as condições em que o princípio da confiança legítima pode ser invocado e aplicado para limitar a obrigação de recuperar os auxílios ilegalmente concedidos.

1 — Acórdão Ladbroke Racing/Comissão (Colect., p. II-1).

2 — Decisão de 22 de Setembro de 1993, relativa a vários auxílios concedidos pela França a favor do Pari mutuel urbain (PMU) e das sociedades de corridas (JO L 300, p. 15).

## II — Matéria de facto e tramitação processual

2. A matéria de facto do presente processo é descrita em pormenor nos n.os 1 a 36 do acórdão recorrido.

3. É ponto assente que a sociedade Ladbroke Racing Ltd (sociedade de direito inglês da qual uma das actividades consiste na organização e no fornecimento de serviços de apostas sobre as corridas hípicas no Reino Unido e na União Europeia, a seguir «Ladbroke»), apresentou em 7 de Abril de 1989, com seis outras sociedades do grupo Ladbroke, uma denúncia contra um certo número de medidas tomadas pelo Governo francês em favor do Pari mutuel urbain (um agrupamento de interesse económico constituído pelas principais sociedades hípicas, que goza do direito exclusivo de organização de corridas hípicas e de gestão dos direitos relativos às apostas mútuas das sociedades de corridas em França, a seguir «PMU»).

4. Em 22 de Setembro de 1993, a Comissão adoptou a Decisão 93/625, em que considerou que três das sete medidas tomadas pelo Governo francês em favor do PMU constituíam auxílios de Estado na acepção do artigo 92.°, n.° 1, do Tratado, mas que podiam ser objecto de uma derrogação por força do artigo 92.°, n.° 3, alínea c). Relativamente às outras quatro medidas, a Comissão considerou que as mesmas não satisfaziam as condições exigidas para a aplicação do artigo 92.°, n.° 1, do Tratado.

5. Na sequência da interposição de um recurso de anulação da Decisão 93/625 pela sociedade Ladbroke, a República Francesa apresentou ao Tribunal de Primeira Instância um pedido de intervenção em apoio dos pedidos da Comissão, que o Presidente da Segunda Secção autorizou por despacho de 30 de Agosto de 1994.

6. O Tribunal de Primeira Instância detectou em diferentes pontos da decisão impugnada erros de direito e de facto, assumindo especial relevo os cinco a seguir indicados:

— em primeiro lugar, a decisão considerou erradamente que os prémios não reclamados pelos apostadores, na medida em que foram sempre considerados «recursos normais», faziam parte das «deduções não públicas», e que a sua utilização para a cobertura de despesas sociais e de despesas para a vigilância, o controlo e o incentivo à criação de cavalos bem como para o financiamento dos investimentos ligados à organização das corridas de cavalos e das apostas mútuas, não podia ser qualificada de auxílio estatal, uma vez que não se encontrava preenchido o critério dos recursos estatais (partes IV e V, 1., da decisão impugnada);

— em segundo lugar, o Tribunal de Primeira Instância concentrou as suas críticas na parte da decisão relativa à qualificação legal das medidas nacionais que alteram a repartição das deduções pagas ao Estado. A Comissão tinha admitido que os regimes fiscais aplicáveis às corridas hípicas eram da competência dos Estados-Membros; os ajustamentos no sentido da alta ou da baixa das taxas de imposição fixadas não constituíam auxílios de Estado dado que se aplicam de modo uniforme a todas as empresas interessadas. Assim, só há auxílio de Estado se uma baixa importante da taxa de imposição conduzir ao reforço da situação financeira de uma empresa em posição de monopólio. Não era esse aqui o caso, segundo a Comissão, na medida em que a baixa em 1984 da dedução pública sobre as apostas foi limitada (cerca de 1,6%) e subsequentemente mantida, não tendo assim por objectivo financiar uma operação pontual. As autoridades francesas teriam agido com a finalidade de aumentar os recursos dos beneficiários das deduções não públicas de um modo permanente. Em consequência, a Comissão concluiu que, tendo em conta a especificidade da situação dos seus beneficiários, a medida em questão não constituía um auxílio de Estado, mas sim «uma reforma sob a forma de acertamento 'fiscal' justificada pela natureza e pela economia do regime em causa» (partes IV e V, 3., da decisão da Comissão);

— em terceiro lugar, o Tribunal de Primeira Instância não admitiu a razoabilidade da passagem em que a Decisão 93/625 reconhece que as medidas nacionais que concedem ao PMU facilidades de tesouraria sob a forma de adiamento do prazo concedido para o pagamento ao Estado das deduções não constituíam uma renúncia temporária a recursos por parte das autoridades públicas nem uma medida pontual, não podendo assim fazer parte da

categoria dos auxílios de Estado (partes IV e V, 5., da Decisão 93/625);

— em quarto lugar, o Tribunal de Primeira Instância não seguiu a Comissão no seu raciocínio segundo o qual a isenção da regra de adiamento de um mês para a dedução do IVA constituía um auxílio, mas tinha sido, a partir de 1 de Janeiro de 1989, compensada por um depósito permanente junto do Tesouro público;

— por fim, o Tribunal de Primeira Instância julgou errada a tese da Comissão segundo a qual, se bem que incompatível com o mercado comum desde 1989, o auxílio resultante da isenção da participação no esforço de construção não devia ser reembolsado por causa de pagamento indevido, porque o seu beneficiário (o PMU) podia invocar uma confiança legítima no momento em que o recebeu.

7. Nesta base, o Tribunal de Primeira Instância, por acórdão de 27 de Janeiro de 1989, anulou «a Decisão 93/625... na parte em que decide, por um lado, que determinados benefícios concedidos ao PMU resultantes a) da modificação da repartição das deduções ocorrida em 1985 e 1986, b) das facilidades de tesouraria concedidas a este último pela autorização de adiar o pagamento de certas deduções sobre as apostas, c) da colocação à disposição dos prémios não reclamados e d) da isenção da regra de adiamento de um mês para a dedução do IVA, depois de 1 de Janeiro de 1989, não constituem auxílios de Estado, na acepção do artigo 92.°, n.° 1, do Tratado; por outro, que a obrigação do Estado francês exigir a restituição do auxílio resultante da isenção do PMU da participação no esforço de construção não remonta a 1989, mas a 11 de Janeiro de 1991».

8. Por petição inicial apresentada em 26 de Março de 1998, o Governo francês interpôs um recurso em que pede que o acórdão do Tribunal de Primeira Instância, em especial o n.° 1 da sua parte decisória, seja anulado e que os pedidos apresentados em primeira instância pela Comissão para que seja negado provimento ao recurso sejam acolhidos.

9. Observe-se que, em 27 de Julho de 1998, a Ladbroke tinha interposto um recurso contra o acórdão do Tribunal de Primeira Instância, tendo no entanto desistido do mesmo por nota dirigida ao Tribunal de Justiça em 18 de Janeiro de 1999.

## III — Fundamentos do recurso

10. O Governo francês invoca dois fundamentos de anulação. O primeiro diz respeito às passagens do acórdão recorrido que levaram à anulação parcial da decisão da Comissão porque, erradamente, a mesma tinha excluído algumas das medidas tomadas pelo Governo francês em favor do PMU do âmbito de aplicação do artigo 92.°, n.° 1, do Tratado. O segundo diz respeito à passagem do acórdão recorrido segundo a qual a Comissão não podia limitar no tempo a obrigação de as autoridades francesas recuperarem um dos

auxílios ilegalmente concedidos alegando a situação de confiança legítima em que se podia encontrar o beneficiário.

A — *Quanto ao primeiro fundamento de anulação*

11. Este primeiro fundamento, assente numa interpretação e aplicação erradas do artigo 92.°, n.° 1, do Tratado, está dividido em quatro partes.

a) Quanto à primeira parte do primeiro fundamento de anulação (diminuição de 1,6% das deduções em favor do Estado)

12. A aqui recorrente critica os n.$^{os}$ 42 a 62 do acórdão recorrido, nos quais o Tribunal de Primeira Instância julgou que a diminuição a partir de 1985 das deduções efectuadas sobre as apostas hípicas em favor do Tesouro público francês constituía um auxílio estatal, contrariamente à apreciação da Comissão. Segundo o Governo francês, o Tribunal de Primeira Instância cometeu uma série de erros de direito relativos à natureza da fiscalização jurisdicional, à compreensão da decisão controvertida da Comissão, à qualificação jurídica das circunstâncias de facto e à obrigação de fundamentação das decisões judiciais.

i) Quanto à extensão da fiscalização exercida pelo juiz

13. No acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância considerou (n.° 52) que o conceito de auxílio estatal, como definido no artigo 92.°, n.° 1, do Tratado, é um conceito objectivo; por esta razão, a qualificação de auxílio atribuída a uma medida nacional está integralmente sujeita à fiscalização do juiz. A não ser que se verifiquem circunstâncias especiais, que se podem dever nomeadamente à natureza complexa da intervenção estatal em causa, não é em princípio justificado reconhecer um amplo poder discricionário à Comissão em matéria de qualificação de uma medida de auxílio de Estado nem limitar a fiscalização exercida pelo Tribunal de Primeira Instância à investigação apenas dos erros de apreciação manifestos.

14. A recorrente alega que o Tribunal de Primeira Instância definiu de modo errado a natureza e a extensão da fiscalização jurisdicional a que devia proceder. Em contrapartida, a Ladbroke sustenta que foi com razão que o Tribunal de Primeira Instância não se limitou ao exame dos erros de apreciação manifestos, mas sujeitou a uma fiscalização exaustiva as teses da Comissão relativas à inclusão das medidas tomadas em favor do PMU no âmbito de aplicação do artigo 92.°, n.° 1, do Tratado.

15. Considero que o Tribunal de Primeira Instância não cometeu qualquer erro de direito quanto à extensão da fiscalização

jurisdicional exercida sobre as apreciações controvertidas da Comissão. É acertadamente que sublinha no seu acórdão (n.° 52) que o conceito de auxílio de Estado, como enunciado no Tratado, tem carácter estritamente jurídico e deve ser interpretado com base em elementos objectivos. Por esta razão, tanto o Tribunal de Justiça como o Tribunal de Primeira Instância e o juiz nacional, quando chamados a examinar em que medida é ou não justificado qualificar uma medida nacional de auxílio de Estado na acepção do artigo 92.°, n.° 1, do Tratado, devem exercer — *por princípio e na medida do possível* — uma fiscalização exaustiva em sede de mérito. Esta regra só pode ser afastada se o juiz verificar a reunião de condições específicas excluindo uma fiscalização jurisdicional extensiva. Estas condições podem residir no carácter complexo e técnico de determinadas apreciações directamente ligadas à resposta à questão jurídica, ou seja, à qualificação jurídica de uma medida de auxílio de Estado. Não se pode afirmar que, quando ocorra uma questão de interpretação e de aplicação do artigo 92.°, n.° 1, do Tratado, estas condições especiais, que limitam as possibilidades de intervenção jurisdicional quanto ao mérito da questão, estejam *a priori* reunidas.

16. Observe-se ainda que a extensão dos poderes do juiz quando da fiscalização da regularidade de um acto administrativo — como o aqui impugnado na primeira instância — não pode ser fixada em termos absolutos e estáticos. Independentemente da incontestável necessidade de adaptação aos dados de cada litígio, vislumbra-se na jurisprudência do Tribunal de Justiça uma tendência no sentido da extensão dinâmica da fiscalização jurisdicional e do reforço dos poderes do juiz, mesmo perante problemas jurídicos complexos, fortemente impregnados de economia como os que resultam do direito da concorrência [3]. Esta tendência resulta da propensão fundamental de cada órgão judicial — como o Tribunal de Justiça — para garantir uma fiscalização jurisdicional tão exaustiva quanto possível, com vista ao respeito do princípio da legalidade e da protecção dos direitos dos particulares. Em suma, o exercício de uma fiscalização exaustiva em sede de mérito nos processos como o

3 — Constitui, em minha opinião, um exemplo característico a este respeito o desenvolvimento da fiscalização jurisdicional das decisões da Comissão relativas à conformidade ou não das concentrações de empresas com as regras comunitárias do direito da concorrência.
É jurisprudência assente que «embora o Tribunal comunitário exerça de forma geral um controlo completo... o controlo que exerce sobre as apreciações económicas complexas feitas pela Comissão limita-se necessariamente à verificação do respeito das regras processuais e de fundamentação, bem como da exactidão material dos factos e da inexistência de erro manifesto de apreciação e de desvio de poder». Esta restrição, que o juiz comunitário impõe a si próprio — e que encerra talvez uma contradição (controlo «completo» do processo por um lado, mas, por outro, controlo limitado aos erros «manifestos» da autoridade administrativa) —, diz respeito em especial às decisões da Comissão no âmbito da vigilância que esta exerce sobre o respeito das regras de sã concorrência (v., em especial, acórdãos do Tribunal de Justiça de 28 de Maio de 1998, Deere/Comissão, C-7/95 P, Colect., p. I-3111, n.° 34, e de 11 de Julho de 1985, Remia e o./Comissão, 42/84, Recueil, p. 2545, n.° 34, bem como o acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 24 de Outubro de 1997, British Steel/Comissão, T-243/94, Colect., p. II-1887, n.os 107 a 113).
No entanto, na realidade, esta jurisprudência não tem por objectivo limitar em absoluto as margens de intervenção do juiz comunitário sobre o mérito, mas sim reconhecer a este último o poder de continuar a ser dono da sua actividade, fixando ele próprio o alcance das suas investigações em cada caso concreto.
Conforme indicado no acórdão de 31 de Março de 1998, França e o./Comissão (C-68/94 e C-30/95, Colect., p. I-1375), existe uma vontade inequívoca de o juiz comunitário utilizar este poder a fim de exercer um controlo mais exaustivo do que antes. É um facto que pode tomar em consideração, na premissa fundamental do seu raciocínio, o «poder discricionário» eventualmente deixado à Comissão «designadamente no que respeita às apreciações de ordem económica» (n.os 223 e 224); mas procede em seguida a uma análise em sede de mérito de questões de carácter claramente económico. Verifica, por exemplo, que as empresas envolvidas na concentração «não tinham qualquer relação privilegiada no que toca à distribuição de produtos à base de potássio» e que «o feixe de laços estruturais... não é, tudo somado, assim tão denso e probatório, como o pretendeu mostrar a instituição recorrida» (n.os 230 a 237). Por fim, chega mesmo a refutar análises puramente factuais e especificamente técnicas da Comissão (v. n.os 237 e 244); exerce portanto um controlo exaustivo em sede de mérito. Esta evolução é perfeitamente legítima atendendo à familiaridade adquirida pelo Tribunal de Primeira Instância e pelo Tribunal de Justiça com esta categoria de litígios. Com efeito, seria absurdo excluir a possibilidade de o juiz comunitário utilizar a experiência que adquiriu para sanar as lacunas da fiscalização jurisdicional.

presente não constitui certamente uma forma de o juiz substituir a actividade administrativa da Comissão, mas sim um exercício correcto da sua missão numa ordem jurídica regida pelo princípio da legalidade e do Estado de direito, como a ordem jurídica comunitária.

ii) Quanto à especificidade do sistema das deduções sobre as corridas como circunstância que justifica não qualificar a medida nacional controvertida de auxílio de Estado

17. O Governo francês considera que o Tribunal de Primeira Instância avaliou de forma errada a legalidade e a regularidade dos argumentos invocados pela Comissão para não incluir a medida nacional controvertida na categoria dos auxílios de Estado (ilegais). A aqui recorrente concentra a sua argumentação no facto de que o Tribunal de Primeira Instância teria desprezado a circunstância de a Comissão ter fundado o seu raciocínio na natureza e economia específicas do sistema das deduções sobre as apostas nas corridas hípicas em França. A especificidade do sistema prendia-se directamente com os três critérios invocados pela Comissão para justificar a sua tese segundo a qual a medida controvertida não podia ser qualificada de auxílio de Estado. A aqui recorrente considera que o Tribunal de Primeira Instância ignorou completamente o argumento assente na especificidade do sistema, quando este argumento tinha sido claramente dissecado nas observações apresentadas pela Comissão e pelo Governo francês. Este último acrescenta que o mesmo argumento tinha sido tomado em consideração pelo Tribunal de Justiça num processo mais antigo, para rejeitar as acusações da Ladbroke relativas à existência de um auxílio de Estado pago pelo Governo francês em favor do PMU [4]. Em resumo, a recorrente considera que o juiz do mérito não compreendeu a fundamentação do acto submetido à sua apreciação, não examinou um argumento de fundo que lhe fora submetido legalmente ou, de qualquer forma, não interpretou correctamente a questão pertinente da «natureza e da economia do sistema».

18. As referidas acusações da aqui recorrente, que a Ladbroke tentou refutar nas suas observações, exigem um certo número de comentários, que passamos a expor.

19. Saliente-se antes de mais que as referências jurisprudenciais expressas à «natureza e à economia de um sistema» como critério para incluir uma medida na categoria dos auxílios de Estado são, como a recorrente reconhece, especialmente raras. No processo Itália/Comissão [5], que dizia respeito à indústria têxtil italiana, o Tribunal de Justiça declarou que a medida em análise isentava parcialmente as empresas beneficiadas dos «encargos financeiros que resultam da normal aplicação do sistema geral de previdência social, sem que essa isenção encontre justificação na natureza ou estrutura desse sistema». O Tribunal de Justiça não fez uma análise mais detalhada do que se devia entender por «natureza e economia de um sistema» ou sobre o que se devia incluir nesse conceito. De facto, não

4 — Acórdão de 9 de Dezembro de 1997, Tiercé Ladbroke/Comissão (C-353/95 P, Colect., p. I-7007, n.os 34 e 35).

5 — Acórdão de 2 de Julho de 1974 (173/73, Colect., p. 357, n.os 32 e segs.).

fundou o seu raciocínio neste critério, mas no carácter derrogatório da disposição nacional controvertida relativamente ao sistema que de certa forma constituía a «situação jurídica normal», entendendo-se em paralelo que as especificidades do sistema, se fossem demonstradas, podiam eventualmente justificar desvios decisivos em relação às regras gerais.

20. Aliás, o advogado-geral M. Darmon chega ao mesmo resultado nas suas conclusões no processo Sloman Neptun [6]. Contrariamente ao que defende a recorrente, a análise do advogado-geral nesse processo concentra-se na importância do carácter derrogatório de uma medida em relação à economia do regime geral em que se insere, enquanto critério para o reconhecimento da existência de um auxílio estatal na acepção do artigo 92.°, n.° 1, do Tratado e não na «natureza e na economia do sistema» em si. Por outras palavras, nem as conclusões em questão nem o referido acórdão, Itália/Comissão, contêm elementos de interpretação suficientes quanto à importância das especificidades de um sistema para a aplicação do artigo 92.°, n.° 1, do Tratado.

21. O acórdão de 9 de Dezembro de 1997, Tiercé Ladbroke/Comissão [7], é nesta matéria mais interessante. Depois de ter descrito nesse acórdão (n.° 34) a lógica do sistema das deduções sobre as apostas mútuas, o Tribunal de Justiça sublinha que «o sistema de retenções legais e fiscais relativamente às apostas sobre corridas francesas foi instituído tendo em conta as especificidades regulamentares e económicas das corridas de cavalos e das apostas mútuas em França. Não pode exigir-se que este sistema seja transposto para as apostas mútuas sobre corridas belgas, que são organizadas num quadro regulamentar e económico diferente. Além disso, dado que as taxas de imposição em França e na Bélgica são diferentes e que a aplicação das taxas belgas às apostas recebidas em França se justifica pelas razões que têm a ver com a lógica do sistema de apostas mútuas referida no n.° 34 do presente acórdão, a repartição do produto desta imposição entre os diferentes beneficiários não pode, de qualquer modo, fazer-se exactamente com os mesmos critérios nos dois casos» [8].

22. No referido acórdão, o Tribunal de Justiça tomou em consideração a natureza especial e a economia do sistema das retenções sobre as apostas mútuas de corridas hípicas para justificar a sua posição segundo a qual são conformes ao direito comunitário, por um lado, as diferenças nas retenções aplicadas às apostas em França e na Bélgica e, por outro, a aplicação das taxas belgas às apostas feitas em França nas corridas belgas. Partindo deste raciocínio do Tribunal de Justiça, cabe portanto examinar a natureza e a economia do quadro especial em que se insere a medida nacional controvertida. A posição jurisprudencial acima evocada é importante para a resolução do presente litígio porque foi desenvolvida num processo dizendo exactamente respeito ao mesmo quadro jurídico e factual, ou seja,

6 — Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Março de 1993 (C-72/91 e C-73/91, Colect., p. I-887).

7 — Já referido na nota 4.

8 — N.° 35.

à questão das deduções efectuadas sobre as apostas mútuas em França.

23. Há agora que examinar as acusações específicas da recorrente contra a decisão tomada na primeira instância. Considero que o Tribunal de Primeira Instância não ignorou nem interpretou de modo errado a necessidade de avaliar a natureza e a economia do sistema em que se inscrevia a medida nacional antes de a qualificar de auxílio estatal.

24. Uma primeira indicação de que o Tribunal de Primeira Instância não ignorou nem recusou tomar em consideração o critério da «natureza e da economia do sistema» no momento em que foi necessário examinar as circunstâncias de facto à luz do artigo 92.°, n.° 1, do Tratado resulta do n.° 76 do acórdão impugnado. Depois de ter julgado que «o regime fiscal que lhe é aplicável [ao PMU] tem em conta não só esta especificidade [organização de apostas mútuas em França], mas a globalidade dos traços característicos da instituição das corridas hípicas em França...», o Tribunal de Justiça considerou que «a Comissão podia considerar que o sistema específico das deduções, que determina a parte dos recursos provenientes das apostas que cabe respectivamente ao Estado, aos apostadores, ao PMU e às sociedades de corridas, não constituía um sistema derrogatório em relação ao regime fiscal geralmente aplicável a outras actividades e que, por conseguinte, a medida em causa devia ser examinada apenas no âmbito do regime fiscal específico do sector das corridas hípicas». É verdade que esta posição do Tribunal de Primeira Instância não diz respeito à medida específica de diminuição de 1,6% das retenções em favor do Tesouro público a que o Governo francês se refere na parte correspondente do primeiro fundamento do seu recurso; demonstra no entanto que o Tribunal de Primeira Instância teve pelo menos consciência das especificidades do quadro jurídico relativo às deduções em favor do Tesouro público sobre as apostas mútuas hípicas em França, e que aceitou ter as mesmas em conta.

25. No que diz respeito mais especialmente às acusações do Governo francês aqui em exame, é indispensável sublinhar que o raciocínio da recorrente se funda numa má compreensão da decisão da Comissão. Esta última não considerou *a priori* e em termos vagos a especificidade do sistema francês de dedução sobre as apostas hípicas mútuas para recusar qualificar de auxílio estatal a diminuição das entregas em favor do Tesouro público; pelo contrário, num primeiro tempo aplicou três critérios de interpretação dos quais retirou três argumentos — a) a medida em questão só constituía uma diminuição limitada do nível das deduções, que não reforçava a posição financeira de uma empresa detentora de um monopólio; b) a medida tinha carácter permanente; c) não se destinava a financiar uma operação pontual — para concluir que não se trata de um auxílio de Estado, mas de uma «reforma sob a forma de acertamento 'fiscal' justificada pela natureza e pela economia do sistema em causa». Em consequência, na medida em que questionou o valor interpretativo e a justeza destes três critérios nos n.$^{os}$ 56 a 62 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância teve razão em contestar igualmente a conclusão da Comissão segundo a qual a medida francesa controvertida constituía «uma reforma sob a forma de acertamento

'fiscal' justificada pela natureza e pela economia do sistema em causa».

26. O critério «natureza e economia do sistema» não pode além disso autonomizar-se em relação aos três outros critérios e constituir automaticamente o fundamento jurídico da apreciação controvertida da Comissão. Em primeiro lugar, tal abordagem entraria em contradição directa com o teor da decisão da Comissão. Em segundo lugar, a referência vaga à especificidade de um sistema bem como à sua natureza e à sua economia para justificar um comportamento nacional não basta para afastar o comportamento correspondendo ao âmbito de aplicação do artigo 92.°, n.° 1, do Tratado. O recurso a argumentos genéricos deste tipo pressupõe uma análise substancial e circunstanciada dos dados do processo, que deverá demonstrar a razoabilidade destes argumentos. Noutros termos, se a natureza específica e a economia do sistema das deduções sobre as apostas mútuas em França podiam justificar, atendendo ao direito comunitário da concorrência, a adopção de medidas como a que está aqui em causa, a Comissão devia ter-se baseado em argumentos detalhados para explicar o nexo de causalidade entre o argumento da «especificidade do sistema» e a conclusão de que a medida nacional não cai no âmbito da categoria dos auxílios estatais. Na medida em que os elementos submetidos à apreciação do Tribunal de Primeira Instância, tal como descritos no acórdão recorrido, não incluíam argumentos concretos e detalhados demonstrando claramente que a medida nacional controvertida era justificada pela natureza e pela economia do sistema das deduções sobre as apostas hípicas em França, a decisão de o Tribunal de Primeira Instância considerar a diminuição da taxa das deduções um auxílio de Estado não pode ser objecto de qualquer crítica do ponto de vista da sua regularidade legal.

27. No mesmo contexto, deve considerar-se desprovido de fundamento o argumento segundo o qual o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro ao não examinar os três critérios referidos da Comissão à luz da natureza específica e da economia do sistema das deduções sobre as apostas mútuas em França. Em primeiro lugar, o Tribunal de Primeira Instância não considerou a regularidade destes critérios *in abstracto*, mas examinou o efeito prático e a regularidade jurídica dos mesmos no quadro específico do litígio submetido à sua apreciação, ou seja, no quadro do sistema específico das quantias deduzidas em favor do Tesouro público sobe as apostas hípicas em França; consequentemente, tomou em consideração a natureza e a especificidade deste sistema. Em segundo lugar, mesmo se o parâmetro da natureza e da economia do sistema de controlo continha em germe argumentos que teriam podido levar o Tribunal de Primeira Instância a acolher o raciocínio da Comissão no que respeita aos três critérios em questão, é manifesto que, como vimos acima, estes argumentos não foram submetidos à apreciação do Tribunal de Primeira Instância.

28. Por outro lado, o Governo francês alega que, mesmo se, por hipótese, o Tribunal de Primeira Instância tivesse tomado em consideração a natureza e a economia do sistema na sua avaliação da legalidade das posições da Comissão, essa parte da decisão impugnada devia apesar disso ser anulada por erro de qualificação jurídica das circunstâncias de facto perti-

nentes. O Governo francês critica a este respeito o n.º 58 do acórdão recorrido, no qual o Tribunal de Primeira Instância rejeitou a argumentação da Comissão — ou seja, que a modificação da repartição das deduções não se destinava a financiar uma operação pontual— e conclui que, independentemente do seu objectivo, esta modificação tornou de facto possível o financiamento de operações do PMU e, em especial, permitiu a esta empresa «fazer face aos custos de informatização e de reestruturação das suas operações, necessárias à organização das suas missões de gestão». A aqui recorrente critica igualmente o n.º 59 do acórdão do Tribunal de Primeira Instância e alega que foi erradamente que o Tribunal de Primeira Instância considerou que a diminuição controvertida da taxa da dedução pública decidida pelas autoridades francesas não tinha carácter limitado.

29. Com estes argumentos, o Governo francês critica na realidade as verificações do Tribunal de Primeira Instância relativas aos factos. Por conseguinte, na medida em que são dirigidas contra apreciações factuais do juiz do mérito, as acusações correspondentes aduzidas pela recorrente devem ser julgadas inadmissíveis [9].

9 — Em conformidade com uma jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, o recurso de uma decisão do Tribunal de Primeira Instância só pode ser apoiado em fundamentos relativos à violação de regras de direito, com exclusão de qualquer apreciação dos factos. Enquanto juiz do mérito, o Tribunal de Primeira Instância é o único que é competente para apreciar os factos. O Tribunal de Justiça limita-se a controlar a qualificação jurídica dos mesmos, bem como as consequências jurídicas que o Tribunal de Primeira Instância deles retirou, salvo se a inexactidão das verificações feitas por este último (o Tribunal de Primeira Instância) resultar dos elementos dos autos submetidos à sua apreciação (desvirtuação de um documento). V., nomeadamente, acórdãos de 1 de Junho de 1994, Comissão/Brazzelli Lualdi e o. (C-136/92 P, Colect., p. I-1981, n.os 48 e 49), e de 28 de Maio de 1998, New Holland Ford/Comissão (C-8/95 P, Colect., p. I-3175).

iii) Quanto às contradições na fundamentação do acórdão do Tribunal de Primeira Instância

30. A aqui recorrente alega que a fundamentação do acórdão recorrido é contraditória. Refere-se em especial ao n.º 154 do acórdão do Tribunal de Primeira Instância, em que este último reconheceu que «resulta da decisão impugnada que, antes da criação do PMI, em Janeiro de 1989, não existiam trocas comerciais entre a França e os outros Estados-Membros, o que implica que antes desta data nem sequer havia concorrência entre o PMU e os outros operadores económicos presentes no mercado comunitário da aceitação de apostas». O Governo francês sustenta que esta verificação do Tribunal de Primeira Instância devia ter feito com que este último fosse levado a admitir que nenhuma medida tomada em favor do PMU antes de 1989 podia constituir um auxílio de Estado, e nomeadamente a renúncia, em 1985 e em 1986, a uma parte da dedução em favor do Tesouro.

31. A argumentação da aqui recorrente é falsa. Como a Ladbroke sublinhou acertadamente, a verificação da ausência de concorrência no momento da adopção de uma medida nacional favorecendo certas empresas não conduz necessariamente a que se recuse a esta medida a qualificação de auxílio de Estado. Os critérios constitutivos do auxílio de Estado, que se referem à situação das trocas comerciais e do mercado, devem ser examinados numa perspectiva dinâmica. Por outras palavras, é necessário ter em conta as perspectivas e a evolução prováveis para o comércio entre os Estados-Membros, as trocas comerciais

e o comportamento das empresas ou dos consumidores, para pôr em evidência o carácter dinâmico do impacte do comportamento incriminado sobre as condições de concorrência.

32. Este aspecto evidente do controlo da reunião das condições de aplicação do artigo 92.°, n.° 1, do Tratado foi reconhecido pelo advogado-geral G. Tesauro nas suas conclusões no processo Bélgica/Comissão [10], onde se faz referência à «necessidade de apreciar a existência da condição de prejudicar o comércio (assim como a da distorção da concorrência) numa *perspectiva dinâmica*» bem como ter em conta «a evolução previsível dos fluxos comerciais» [11]. No mesmo processo, o Tribunal de Justiça justificou a sua verificação da existência de um auxílio de Estado na acepção do artigo 92.°, n.° 1, do Tratado observando precisamente que não é impossível que o auxílio «possa falsear a concorrência» [12] na medida em que uma «reorientação das actividades da Tubemeuse (beneficiária da ajuda) para o mercado interno comunitário *era, portanto, razoavelmente previsível* [13] » [14].

33. Partindo das considerações anteriores, o Tribunal de Primeira Instância tinha razões para considerar a existência de um auxílio de Estado resultante da diminuição das deduções públicas em relação ao sistema de apostas mútuas em França; esta conclusão não é contrariada e a sua procedência jurídica não é afectada pela verificação no n.° 154 do acórdão recorrido que antes de 1989 não havia concorrência entre o PMU e os outros operadores económicos presentes no mercado comunitário da aceitação de apostas.

b) Quanto à segunda parte do primeiro fundamento de anulação (facilidades de tesouraria concedidas ao PMU)

34. Esta parte diz respeito aos n.$^{os}$ 63 a 82 do acórdão recorrido, onde o Tribunal de Primeira Instância considerou que a Comissão tinha aplicado de modo errado o artigo 92.°, n.° 1, do Tratado ao considerar que as facilidades de tesouraria permitindo ao PMU adiar o pagamento de certas deduções sobre as apostas não constituíam um auxílio de Estado (ilegal). A aqui recorrente repete essencialmente as acusações desenvolvidas na primeira parte do primeiro fundamento de anulação, a propósito da extensão da fiscalização do juiz e por o Tribunal de Primeira Instância não ter tido em conta a natureza específica e a economia do sistema das deduções sobre as apostas mútuas hípicas em França. Mas estas acusações devem ser rejeitadas, pelas razões acima expostas.

35. Além disso, o Governo francês critica os n.$^{os}$ 79 e 81 do acórdão recorrido. As suas alegações a este respeito devem igualmente ser rejeitadas.

10 — Acórdão de 21 de Março de 1990 (C-142/87, Colect., p. I-959).

11 — N.° 29 das conclusões.

12 — N.° 35.

13 — O sublinhado é nosso.

14 — N.° 38.

36. A propósito do n.º 79, o Governo francês sustenta que o Tribunal de Primeira Instância julgou erradamente que a decisão da Comissão não demonstrava que a alteração do regime do pagamento ao Tesouro das deduções públicas não constituía uma medida pontual e derrogatória, mas uma alteração de ordem geral do regime fiscal, beneficiando todo o sector das corridas hípicas e não apenas o PMU.

37. A aqui recorrente quer na realidade incitar o Tribunal de Justiça a reavaliar os factos, a fim de modificar a posição do Tribunal de Primeira Instância segundo a qual a medida nacional controvertida constituía uma regulamentação pontual em benefício exclusivo do PMU. Em consequência, os argumentos correspondentes devem ser julgados inadmissíveis, na medida em que não se enquadram num recurso de uma decisão do Tribunal de Primeira Instância. Mas, mesmo querendo interpretar os mesmos como referindo-se a uma modificação do conteúdo da decisão da Comissão ou à falta de análise de um argumento essencial, eles deviam apesar de tudo ser rejeitados por falta de fundamento. O Tribunal de Primeira Instância tinha conhecimento das passagens da decisão controvertida a que a aqui recorrente se refere (remete-se a este respeito para o n.º 31 do acórdão recorrido) e fez uma qualificação exacta do conteúdo global da Decisão 93/625 da Comissão antes de concluir que a mesma não continha qualquer elemento de que resultasse que a regulamentação controvertida não era uma medida pontual, mas sim uma reforma fiscal de carácter geral.

38. Além disso, no que respeita ao n.º 81 do acórdão recorrido, a aqui recorrente critica a apreciação do Tribunal de Primeira Instância relativa à insuficiência de elementos de prova adiantados pela Comissão para apoiar a sua tese de que a medida estatal se inseria no quadro de uma tributação do sector das corridas hípicas especialmente gravosa e manifestamente superior à de outros sectores.

39. Como este argumento se refere à apreciação dos factos pelo Tribunal de Primeira Instância não pode ser examinado no quadro do presente recurso. Em consequência, esta parte do primeiro fundamento de anulação deve ser rejeitada em parte porque é inadmissível e em parte porque é improcedente.

c) Quanto à terceira parte do primeiro fundamento de anulação (colocação à disposição do PMU dos prémios não reclamados)

40. Nos n.os 96 a 112 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância rejeitou a conclusão da Comissão segundo a qual o decreto francês que punha à disposição do PMU os prémios não reclamados pelos apostadores não constituía um auxílio de Estado porque tais montantes eram «recursos normais» e não «recursos estatais» na acepção do artigo 92.º, n.º 1, do Tratado.

41. O Governo francês alega que o acórdão recorrido deve ser anulado quanto a este

ponto. Os montantes em causa têm sido sempre colocados à disposição das sociedades de corridas e a medida nacional controvertida transformou simplesmente (alargando-o) o leque das possibilidades de utilização destes montantes, sem que no entanto se possa falar de transferência de recursos estatais para o PMU. Tendo em conta a natureza específica e o sistema das apostas hípicas, as receitas que ficam à disposição das sociedades de corridas depois do pagamento dos prémios aos apostadores e das deduções públicas constituem forçosamente receitas normais, segundo o Governo francês. O facto de os poderes públicos limitarem, num determinado momento, as possibilidades de exploração de uma parte destas receitas, impondo a sua afectação a objectivos específicos, não as faz passar de receitas normais a recursos estatais. Além disso, sempre segundo a aqui recorrente, o facto de a afectação das receitas «privadas» de uma empresa estar sujeita a uma regulamentação estatal não as transforma em auxílios de Estado [15].

42. Não posso acolher esta argumentação. Ao invocar vagamente, e sem o provar, as especificidades e as características que apresenta, segundo ela, o sistema de repartição das receitas provenientes das apostas mútuas em França, a aqui recorrente tenta afastar a verificação feita pelo Tribunal de Primeira Instância de que as referidas receitas, independentemente da sua qualificação, eram controladas pelo Estado constituindo assim recursos estatais. Com os argumentos expostos nos n.os 105 a 111 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância justifica a qualificação de auxílio de Estado, atribuída à medida nacional controvertida, de um modo que não é passível de qualquer crítica do ponto de vista da sua conformidade com o direito.

43. Mais precisamente, depois de ter assinalado que a medida em questão teve por efeito permitir às sociedades de corridas fazer face a certas despesas sociais do PMU, o Tribunal de Primeira Instância verifica, com base em determinados critérios, que o montante dos prémios não reclamados é controlado em França pelas autoridades nacionais competentes. Em consequência, dado que a regulamentação nacional controvertida alarga as utilizações possíveis destes montantes a outras actividades das sociedades de corridas diferentes das inicialmente previstas, é manifesto que com este alargamento o legislador nacional renunciou «efectivamente a recursos que, de outro modo, deviam ter sido pagos ao orçamento do Estado, de modo que, igualmente por esta razão, se encontra satisfeita no caso concreto a condição de aplicação do artigo 92.°, n.° 1, do Tratado, relativa à transferência dos recursos estatais em favor do beneficiário» [16].

44. Observe-se ainda que a via seguida pelo Tribunal de Primeira Instância para a qualificação de auxílio de Estado está em perfeita consonância com a linha jurisprudencial traçada pelo Tribunal de Justiça. Basta remeter a este respeito para o recente acórdão Piaggio [17], que sublinha a extensão do conceito de auxílio de Estado, na acepção do artigo 92.°, n.° 1, do Tratado.

15 — A aqui recorrente recorda os n.os 65 a 67 do acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 12 de Dezembro de 1996, Air France/Comissão (T-358/94, Colect., p. II-2109).

16 — N.° 109 do acórdão recorrido.

17 — Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Junho de 1999 (C-295/97, Colect., p. I-3735).

Este termo jurídico «implica necessariamente vantagens concedidas directa ou indirectamente provenientes de recursos estatais ou que constituam um encargo suplementar para o Estado ou para os organismos designados ou instituídos para esse efeito» [18]. O acórdão Piaggio reconheceu que a aplicação de uma norma nacional para submeter uma empresa a um regime de administração extraordinária permitindo a prossecução das suas actividades económicas pode eventualmente constituir um auxílio de Estado na medida em que concede às empresas em questão um certo número de vantagens que implicam um encargo suplementar para os poderes públicos podendo assumir «a forma de garantia de Estado, da renúncia efectiva aos créditos públicos, da exoneração da obrigação de pagamento de multas ou outras sanções pecuniárias ou da taxa reduzida de imposto» [19].

45. Mas o acórdão Air France/Comissão invocado pela recorrente confirma igualmente que o artigo 92.°, n.° 1, do Tratado engloba «todos os meios financeiros que o sector público pode efectivamente utilizar para apoiar empresas, não sendo relevante que pertençam ou não de modo permanente ao património do referido sector» [20]. Em consequência, mesmo se as quantias correspondentes não estão de modo permanente na posse do Tesouro público, o facto de estarem constantemente sob o controlo público, e portanto à disposição das autoridades nacionais competentes, basta para que sejam qualificadas de recursos estatais e para que a regulamentação francesa controvertida caia sob a alçada do artigo 92.°, n.° 1, do Tratado.

46. Em conclusão, os argumentos que a recorrente invoca na terceira parte do primeiro fundamento de anulação são improcedentes.

d) Quanto à quarta parte do primeiro fundamento de anulação

47. Esta parte diz respeito aos n.os 113 a 122 do acórdão recorrido, onde o Tribunal de Primeira Instância imputa à Comissão um erro de facto. Mais precisamente, no quadro da apreciação na óptica do direito comunitário da medida nacional que isentou as sociedades de corridas da regra de adiamento de um mês para a dedução do IVA, a Comissão cometeu um erro de facto manifesto ao considerar que o sistema de depósito permanente junto do Tesouro público (em compensação da isenção da regra de adiamento) existia desde 1989, quando tinha começado a aplicar-se desde 1969.

48. A aqui recorrente sustenta que o Tribunal de Primeira Instância não podia apoiar-se em elementos de facto respeitan-

18 — N.° 35 do acórdão Piaggio, já referido na nota 17. V., igualmente, acórdão de 7 de Maio de 1998, Viscido e o. (C-52/97 a C-54/97, Colect., p. I-2629, n.° 13).

19 — N.° 42 do acórdão Piaggio, já referido na nota 17.

20 — N.° 67 do acórdão Air France/Comissão, já referido na nota 15.

tes ao período anterior a 1 de Janeiro de 1989 para determinar em que medida a apreciação da Comissão relativa à legalidade da isenção depois de 1 de Janeiro de 1989 era correcta. Segundo o raciocínio do Governo francês, a abordagem seguida pelo Tribunal de Primeira Instância é juridicamente errada ou, de qualquer forma, está viciada por falta de fundamentação quanto a este ponto.

49. Mas, como observa acertadamente a Ladbroke, as acusações da aqui recorrente em nada afectam as apreciações em exame. Com efeito, referem-se à análise de circunstâncias de facto pelo Tribunal de Primeira Instância e são, assim, inadmissíveis. De qualquer forma, as acusações do Governo francês baseiam-se numa compreensão errada do acórdão recorrido. O Tribunal de Primeira Instância não julgou que a isenção controvertida da regra de adiamento de um mês para a dedução do IVA constituía, depois de 1989, um auxílio de Estado: admitiu simplesmente que, dado os erros de facto manifestos com base nos quais se encontrava construída no seu conjunto a argumentação da Comissão, era possível pronunciar-se sobre a razoabilidade jurídica destes argumentos específicos, porque os factos eram falsos. Por outras palavras, o Tribunal de Primeira Instância considerou que os erros de facto contidos na decisão da Comissão tornavam impossível o exame da sua razoabilidade jurídica. O Tribunal de Justiça não pode intervir nesta apreciação em sede de mérito, porque a mesma escapa à fiscalização que pode ser exercida na fase de um recurso de uma decisão do Tribunal de Primeira Instância. Em consequência, a última parte do primeiro fundamento de anulação deve ser julgada inadmissível.

B — *Quanto ao segundo fundamento do recurso*

a) Os argumentos das partes

50. A aqui recorrente critica os n.$^{os}$ 179 a 185 do acórdão recorrido e nomeadamente a afirmação que «a Comissão não podia fundamentar a sua decisão de limitar no tempo a obrigação que incumbe às autoridades francesas de recuperarem o auxílio ilegalmente concedido ao PMU limitando-se a invocar a posição adoptada por estas últimas quanto à pretensa confiança legítima criada na esfera do PMU» [21]. Mais especialmente, a Comissão tinha considerado na sua decisão que o auxílio sob a forma de isenção, a partir de 1 de Janeiro de 1989, de participação no esforço de construção não devia ser reembolsado a partir dessa data, mas sim a partir de 1 de Novembro de 1991, data do início do processo do artigo 93.°, n.° 2, do Tratado CE (actual artigo 88.°, n.° 2, CE). Fundou esta decisão na confiança legítima criada na esfera do PMU por um acórdão do Conseil d'État francês, segundo o qual as actividades das sociedades de corridas tinham carácter agrícola e podiam assim ser dispensadas da participação no esforço de construção. A Comissão considerou que esta decisão podia criar, na esfera das sociedades de corridas, uma confiança legítima quanto à legalidade da dispensa concedida. O Tribunal de Primeira Instância não seguiu este raciocínio e julgou que «não incumbe ao Estado-Membro em causa, mas sim à empresa beneficiária, invocar a existência das circunstâncias excepcionais que puderam criar a sua confiança legítima a fim de se opor à

21 — N.° 184 do acórdão recorrido.

restituição de um auxílio ilegal, e isso no âmbito dos processos perante as autoridades estatais ou o juiz nacional» [22].

51. Segundo o Governo francês, a oposição do Tribunal de Primeira Instância à possibilidade de invocar a confiança legítima no âmbito da fiscalização exercida pela Comissão nos termos dos artigos 92.° e seguintes do Tratado não é conforme ao direito comunitário. Invoca antes de mais o amplo poder discricionário reconhecido à Comissão para apreciar as medidas nacionais à luz do direito comunitário dos auxílios de Estado. Contesta, além disso, a razoabilidade do n.° 182 do acórdão recorrido, na medida em que do mesmo resulta que o reconhecimento de uma confiança legítima pressupõe que o auxílio tenha sido concedido no respeito do processo previsto no artigo 93.° do Tratado, contrariamente à jurisprudência do Tribunal de Justiça. Quanto ao ponto de vista reiteradamente defendido pelo Tribunal de Justiça, segundo o qual um Estado-Membro não pode invocar as expectativas do beneficiário do auxílio para não adoptar as medidas necessárias à execução da decisão da Comissão que lhe impõe recuperar esse auxílio, a aqui recorrente invoca o acórdão Espanha/Comissão (C-169/95) [23], do qual parece querer deduzir a possibilidade de os Estados-Membros contestarem judicialmente a validade da decisão da Comissão invocando a confiança legítima da empresa destinatária. O Governo francês tenta conciliar a sua interpretação do acórdão Espanha/Comissão com a jurisprudência anterior do seguinte modo: sustenta que, embora continue válida a proibição habitual de que um Estado-Membro não se pode escudar na confiança legítima para se recusar a executar uma decisão da Comissão obrigando-o a recuperar um auxílio indevidamente pago, este Estado pode, no entanto, submeter a questão à Comissão; se a instituição comunitária não ficar convencida e adoptar uma decisão impondo o reembolso do auxílio, o Estado-Membro deve então recuperar o mesmo, conservando simultaneamente a possibilidade de contestar judicialmente a decisão da Comissão. Por conseguinte, ainda segundo o raciocínio da aqui recorrente, o Tribunal de Primeira Instância recusou erradamente à Comissão a possibilidade de examinar o argumento do Estado-Membro segundo o qual o beneficiário do auxílio podia invocar a sua confiança legítima quanto à legalidade do mesmo. O Governo francês acrescenta que a posição do Tribunal de Primeira Instância dificulta excessivamente a tramitação, na medida em que não permite o exame de um argumento essencial, que se prende directamente com a questão da recuperação dos auxílios desde a fase da fiscalização exercida pela Comissão.

52. Por seu turno, a Ladbroke subscreve o raciocínio do Tribunal de Primeira Instância, que considera ser o único conforme às regras e aos objectivos do direito comunitário em matéria de auxílios de Estado. Observa com efeito que o acórdão Espanha/Comissão, no qual se funda a argumentação da aqui recorrente, difere substancialmente do presente processo. Nesse acórdão, o Tribunal de Justiça tinha sido chamado a examinar se o comportamento das instituições comunitárias, e em especial da Comissão, podia ser considerado gerador de uma confiança legítima na esfera jurídica do beneficiário de um auxílio ilegal; no caso vertente, no entanto, o

22 — N.° 183 do acórdão recorrido.

23 — Acórdão de 14 de Janeiro de 1997 (Colect., p. I-135).

comportamento que teria podido criar essa confiança legítima é puramente nacional. Seria portanto errado permitir à Comissão intervir em tal questão nacional e considerar esta última um obstáculo à aplicação das regras comunitárias em matéria de auxílios estatais. Proceder desta forma equivaleria a privar de efeito útil o mecanismo do artigo 93.° do Tratado, e em especial a obrigação de notificação dos auxílios. Por fim, a Ladbroke menciona que o n.° 182 do acórdão recorrido não revela qualquer falha quanto ao seu conteúdo jurídico.

b) O fundamento de anulação

53. Em minha opinião, a questão em exame pode ser abordada sob dois ângulos diferentes, que não conduzem necessariamente à mesma conclusão. O cerne da problemática que irei desenvolver reside na definição dos elementos (nacionais ou comunitários) que determinam o conteúdo e as condições de aplicação do princípio da confiança legítima.

i) A confiança legítima, um conceito de carácter ambivalente

54. No âmbito especial do reembolso dos auxílios ilegalmente pagos, o conceito de confiança legítima surge como ambivalente: por um lado, o seu conteúdo e as suas aplicações são determinados pelo direito nacional nas condições e no quadro descrito pelo direito comunitário; por outro, a convicção do beneficiário quanto à legalidade do auxílio ilegal pode resultar tanto do comportamento das autoridades nacionais como do da Comissão.

55. O carácter ambivalente da confiança legítima surge nomeadamente no acórdão Deutsche Milchkontor e o.[24], que dizia respeito ao reembolso de um auxílio comunitário. Segundo esse acórdão:

«A este respeito, há desde logo que salientar que os princípios do respeito da confiança legítima e da segurança jurídica fazem parte da ordem jurídica comunitária. Não pode, portanto, considerar-se contrário a esta mesma ordem jurídica que uma legislação nacional garanta o respeito da confiança legítima e da segurança jurídica num domínio como o da restituição de auxílios comunitários indevidamente pagos. Por outro lado, resulta de um estudo dos direitos nacionais dos Estados-Membros em matéria de revogação de actos administrativos e de restituição de prestações financeiras indevidamente pagas pela Administração Pública que é comum aos direitos dos Estados-Membros o propósito de garantir, sob diversas formas, o equilíbrio entre, por um lado, o princípio da legalidade e, por outro, o princípio da segurança jurídica e da confiança legítima» [25].

24 — Acórdão do Tribunal de Justiça, de 21 de Setembro de 1983 (C-205/82 a 215/82, Recueil, p. 2633).

25 — N.° 30 do acórdão Deutsche Milchkontor e o., já referido na nota 24.

56. O mesmo acórdão acrescenta que a protecção da confiança legítima reconhecida pelo direito nacional só pode ser invocada na medida em que seja conforme ao princípio homónimo incluído na ordem jurídica comunitária, e sob reserva de ter em conta o interesse comunitário bem como a necessidade de não prejudicar o âmbito de aplicação e o efeito útil do direito comunitário [26]. O raciocínio anterior foi igualmente aplicado pelo Tribunal de Justiça à questão do reembolso dos auxílios de Estado ilegais contrários aos artigos 92.° e 93.° do Tratado [27].

57. Seja como for, há uma diferença substancial entre o reembolso de auxílios comunitários e a recuperação de auxílios de Estado ilegais. O auxílio de Estado é contrário ao direito comunitário porque concede uma vantagem concorrencial à empresa destinatária e falseia as condições da livre concorrência. É por esta razão que o seu reembolso é uma necessidade imperiosa para restabelecer a legalidade comunitária. Em contrapartida, o auxílio comunitário tem outros objectivos (auxílio a uma determinada actividade económica em razão do interesse comunitário da mesma). Verificar a ilegalidade de tal auxílio significa simplesmente que o mesmo não preenchia as condições de concessão, sem que tal ilegalidade constitua no entanto igualmente uma violação das disposições do direito da concorrência. Tal distinção tem consequências significativas, com um impacte directo no alcance da protecção da confiança legítima. Por exemplo, o facto de o beneficiário do auxílio de Estado invocar o não enriquecimento em razão da repercussão da vantagem sobre o consumidor não basta para dispensar da obrigação de reembolso; em contrapartida, o mesmo argumento pode ser acolhido favoravelmente no caso de auxílio comunitário ilegal [28].

58. Em consequência, o interesse comunitário, que impõe o reembolso do auxílio de Estado, é manifestamente mais estrito do que o que ocorre no reembolso do auxílio comunitário; de facto, parece ser difícil de afastar em benefício da protecção da confiança legítima. Em matéria de síntese, direi

26 — N.os 22 e 32 do acórdão Deutsche Milchkontor e o., já referido na nota 24.

27 — V. acórdãos do Tribunal de Justiça de 2 de Fevereiro de 1989, Comissão/Alemanha, dito «Alcan I» (94/87, Colect., p. 175, n.° 12), e de 20 de Setembro de 1990, Comissão/Alemanha, dito «BUG-Alutechnik» (C-5/89, Colect., p. I-3437, n.os 13 a 16).

28 — Quanto a esta diferença no tratamento da confiança legítima consoante se trate de um auxílio nacional ou comunitário, v. acórdãos do Tribunal de Justiça de 20 de Março de 1997, Alcan Deutschland, dito «Alcan II» (C-24/95, Colect., p. I-1591), e de 16 de Julho de 1998, Oelmühle e Schmidt Söhne (C-298/96, Colect., p. I-4767). Como o advogado-geral F. G. Jacobs salientou no n.° 40 das suas conclusões no processo Alcan II: «... parece-me que, neste contexto [o do acórdão Deutsche Milchkontor e o.], o Tribunal de Justiça admitiu que a questão fosse decidida de acordo com a lei nacional, uma vez que não existia nenhum interesse comunitário importante que justificasse uma intromissão na autonomia processual do Estado-Membro em causa. Pelo contrário, se uma tal situação se verificasse em relação a um auxílio estatal, ela poria em perigo a realização dos objectivos das disposições do Tratado ao permitir ao beneficiário do auxílio opor-se à recuperação com o fundamento de ter transferido o benefício para os seus clientes através de uma baixa de preços. Em tais circunstâncias, o beneficiário receberia impunemente uma importante vantagem concorrencial». Na mesma linha, o advogado-geral P. Léger observa o seguinte nas suas conclusões no processo Oelmühle e Schmidt Söhne (n.os 47 a 49): «O Tribunal considerou reiteradamente que a obrigação para o Estado de suprimir um auxílio, considerado pela Comissão incompatível com o mercado comum, visa o restabelecimento da situação anterior. Assim como em matéria de recuperação dos auxílios comunitários, a restituição do auxílio estatal deve ter lugar, em princípio, de acordo com as disposições pertinentes do direito nacional, sob reserva dessas disposições serem aplicadas de modo a não tornarem praticamente impossível a recuperação exigida pelo direito comunitário. Em especial, o interesse da Comunidade deve ser plenamente tomado em consideração no momento da aplicação de uma disposição que sujeita a revogação do acto administrativo irregular à apreciação dos diferentes interesses em causa. Existe, em contrapartida, uma diferença notável na jurisprudência do Tribunal relativa a estas duas áreas. A especificidade da matéria dos auxílios de Estado justifica, com efeito, que o Tribunal apenas admita estritamente a invocação dos princípios do direito nacional, como os da confiança legítima ou da segurança jurídica, para se opor ao reembolso do auxílio».

que o Tribunal de Justiça segue em princípio o raciocínio da jurisprudência Deutsche Milchkontor e o., inclusive quando se trata de reembolsar auxílios de Estado; este raciocínio decompõe-se da seguinte forma: a) a protecção da confiança legítima constitui um princípio geral do direito comunitário que resulta das tradições jurídicas comuns aos Estados-Membros; b) o conteúdo e as modalidades de aplicação da confiança legítima são determinados pelo direito nacional dos Estados-Membros; c) quem tiver que aplicar este princípio no plano nacional deve respeitar o princípio da igualdade de tratamento, o do efeito útil do direito comunitário e o interesse comunitário. No entanto, em razão precisamente da especificidade dos auxílios de Estado e da necessária preservação do interesse superior da Comunidade, que reside no restabelecimento das condições de concorrência, o Tribunal de Justiça é tentado a reduzir o âmbito de autonomia da ordem jurídica nacional estabelecendo ele próprio as condições de fundo do reconhecimento da existência de uma confiança legítima, proibindo até mesmo directamente a aplicação das disposições nacionais.

59. Mais precisamente, o Tribunal de Justiça preferiu definir ele próprio o conceito de operador económico diligente de modo a limitar a possibilidade de os beneficiários do auxílio invocarem a confiança legítima [29]. Além disso, retirou aos Estados-Membros a possibilidade de recorrerem ao princípio da confiança legítima para não recuperarem o auxílio ilegal [30]. Foi ao ponto de reformar, e até mesmo afastar o direito nacional em matéria de confiança legítima nos casos especiais em que este se aplica no quadro da recuperação dos auxílios de Estado ilegais. É neste último ponto que considero indispensável insistir.

60. Um exemplo característico desta tendência para reduzir a autonomia dos Estados-Membros é o acórdão Alcan II, no qual o Tribunal de Justiça afastou a aplicação do § 48 da Verwaltungsverfahrensgesetz alemã. Reconheceu em especial que:

«A autoridade competente está obrigada, por força do direito comunitário, a revogar a decisão de concessão de um auxílio atribuído ilegalmente, em conformidade com uma decisão definitiva da Comissão que declara o auxílio incompatível e exige a sua recuperação, mesmo que tenha deixado expirar o prazo previsto para esse efeito no interesse da segurança jurídica pelo direito nacional... mesmo que essa autoridade seja de tal modo responsável pela ilegalidade da decisão que a sua revogação se mostre, no

29 — «Há que pôr em relevo, todavia, que, tendo em conta o carácter imperativo do controlo dos auxílios de Estado efectuado pela Comissão nos termos do artigo 93.° do Tratado, as empresas beneficiárias do auxílio não podem, em princípio, ter uma confiança legítima na regularidade do auxílio a não ser que este tenha sido concedido no respeito pelo processo previsto pelo referido artigo. Com efeito, um operador económico diligente deve normalmente estar em condições de assegurar que esse processo foi respeitado» (n.° 14 do acórdão BUG-Alutechnik, já referido na nota 27).

30 — «Em contrapartida, um Estado-Membro, cujas autoridades concederam um auxílio em violação das normas de processo previstas no artigo 93.°, não pode invocar a confiança legítima dos beneficiários para se subtrair à obrigação de tomar as medidas necessárias com vista ao cumprimento de uma decisão da Comissão que lhe ordena a recuperação do auxílio» (n.° 17 do acórdão BUG-Alutechnik, já referido na nota 27).

que respeita ao beneficiário do auxílio, contrária à boa fé, desde que o beneficiário do auxílio não tenha podido ter, por inobservância do procedimento previsto no artigo 93.° do Tratado, uma confiança legítima na regularidade do auxílio... mesmo quando o direito nacional a exclui em razão da extinção do enriquecimento, na ausência de má fé do beneficiário do auxílio» [31].

61. Observe-se que, seguindo nesse processo as conclusões do advogado-geral, o Tribunal de Justiça julgou que as autoridades nacionais «não dispõem... de nenhum poder de apreciação quanto à revogação de uma decisão de concessão» [32] e afastou assim a regra fundamental do direito administrativo alemão segundo a qual a revogação de um acto administrativo favorável ao seu destinatário é, em princípio, do poder discricionário da Administração.

62. O reembolso dos auxílios estatais ilegais é ainda marcado por um outro aspecto da jurisprudência comunitária, de onde resulta que o Tribunal de Justiça prefere deixar a apreciação da confiança legítima do destinatário do auxílio ao juiz nacional, ao qual o particular em causa é suposto dirigir-se para escapar ao reembolso da vantagem obtida [33].

63. O nexo estabelecido entre a possibilidade de invocar a confiança legítima e a competência do juiz nacional para decidir sobre esta última não é fortuito. O juiz nacional é a autoridade à qual será muito provavelmente submetido um litígio relativo à execução da decisão da Comissão relativa ao reembolso do auxílio ilegalmente pago. Assume aliás maiores garantias de independência e de neutralidade do que os serviços administrativos nacionais, que terão talvez mesmo contribuído para o pagamento do auxílio ilegal; por conseguinte, presume-se que o juiz nacional terá melhor em conta o interesse comunitário do que qualquer outra autoridade estatal. É também o mais qualificado para tomar em consideração o parâmetro do efeito útil do direito comunitário. Por fim, em caso de problemas de interpretação sobre os pontos supra-evocados e sobre a maneira como os mesmos afectam a aplicação das regras nacionais em matéria de confiança legítima, o juiz nacional tem a vantagem de poder colocar uma questão prejudicial ao Tribunal de Justiça.

31 — Parte decisória do acórdão Alcan II, já referido na nota 28.

32 — N.° 34 do acórdão Alcan II, já referido na nota 28. Ver igualmente n.° 27 das conclusões do advogado-geral F. G. Jacobs no mesmo processo.

33 — A preferência do Tribunal de Justiça pelo juiz nacional como «juiz natural da confiança legítima do beneficiário do auxílio de Estado ilegal» resulta clara do n.° 16 do acórdão BUG-Alutechnik, já referido na nota 27, onde seguiu as conclusões do advogado-geral M. Darmon (n.os 17 a 26). Segundo esse acórdão, «a possibilidade de um beneficiário de um auxílio ilegal invocar circunstâncias excepcionais, que podem legitimamente fundamentar a sua confiança no carácter regular desse auxílio, e de se opor, em consequência, ao seu reembolso não pode, certamente, ser excluída. Nesse caso, compete ao tribunal nacional, a quem eventualmente seja submetida a questão, apreciar, sendo caso disso após ter colocado ao Tribunal de Justiça questões prejudiciais de interpretação, as circunstâncias da causa». V. igualmente acórdão de 11 de Julho de 1996, SFEI e o. (C-39/94, Colect., p. I-3547).

64. Por seu turno, as autoridades administrativas nacionais podem, é um facto, rejeitar o argumento da confiança legítima, caso em que o beneficiário muito provavelmente se dirigirá ao juiz nacional. Em contrapartida, os serviços estatais não podem renunciar à recuperação dos auxílios ilegais invocando (*ex officio* ou a pedido) a existência de uma confiança legítima. Nesta hipótese, agiriam violando as exigências do Tribunal de Justiça formuladas no acórdão BUG-Alutechnik, já referido na nota 27. Nesse caso, como a sua decisão a este respeito nunca será submetida à fiscalização do juiz nacional, o interesse comunitário corre então o risco de ficar sem protecção [34].

65. Em consequência, sob reserva de que as indicações da já referida jurisprudência sejam confirmadas nos acórdãos futuros, parece que o Tribunal de Justiça submeteu a aplicação do princípio da confiança legítima no âmbito da recuperação de auxílios de Estado ilegais a uma regra processual e formal suplementar. Segundo esta regra, o princípio geral em questão não é protegido *ex officio* ou a pedido pelos órgãos administrativos nacionais, mas sim pelo juiz. Por outras palavras, o juiz nacional adquire o estatuto de autoridade especificamente encarregada de apreciar uma questão que em princípio é da competência dos serviços administrativos, que se encontram então reduzidos à categoria de meros órgãos de execução das decisões da Comissão.

34 — As precisões anteriores são indispensáveis para compreender o último período do n.º 18 do acórdão recorrido, segundo o qual o beneficiário do auxílio pode invocar a confiança legítima «... no âmbito dos processos perante as autoridades estatais ou o juiz nacional».

66. Em resumo, a referida jurisprudência afecta — ou suprime mesmo completamente — certas regras fundamentais do direito administrativo nacional, relativas à aplicação do princípio da legalidade e à repartição das competências entre Justiça e Administração. Não se limita a reduzir quase a zero a autonomia do direito nacional quando este é aplicado a circunstâncias assumindo interesse comunitário; mais importante ainda é o facto de que a preocupação da protecção do interesse comunitário vai ao ponto de se introduzirem modificações nos elementos constitutivos da ordem jurídica nacional, o que pode conduzir a construções jurídicas ineficazes e até mesmo arbitrárias.

67. O aparecimento das situações — em minha opinião pouco satisfatórias — anteriores tem a sua causa profunda no postulado lógico desta jurisprudência, ou seja, no reconhecimento do carácter extremamente ambivalente da confiança legítima. Não é evidente que a vontade de estabelecer um nexo entre elementos nacionais e elementos comunitários para criar um conceito ambivalente de confiança legítima possa conduzir a resultados aceitáveis do ponto de vista da sistemática jurídica nem a um equilíbrio satisfatório entre a necessária protecção do operador de boa fé e a protecção das condições de concorrência.

68. Também não é evidente que o facto de deixar esta questão à apreciação do juiz nacional reforce o papel atribuído a este último, preservando simultaneamente os

equilíbrios entre ordem jurídica nacional e ordem jurídica comunitária no estádio actual da unificação europeia. Os tribunais encontram-se assim numa posição difícil. Por um lado, não têm o sentimento de pisar terreno firme quando se apoiam em disposições específicas do direito nacional, em especial depois da posição estrita adoptada pelo Tribunal de Justiça no processo Alcan II [35]. Por outro lado, na referida jurisprudência, o Tribunal de Justiça incita o juiz nacional a submeter sistematicamente questões prejudiciais, em especial quando é chamado a ter em conta o interesse comunitário para esta categoria específica de litígio. No entanto, a partir do momento em que a definição do interesse comunitário determina totalmente se e como aplicar as disposições nacionais, todo o problema jurídico se encontra na realidade reconduzido à «alta vigilância» do Tribunal de Justiça. Por fim, não é evidente que a segurança jurídica seja melhorada pelo facto de as regras nacionais em matéria de confiança legítima permanecerem em vigor, embora podendo ser afastadas a qualquer momento em que se considere que elas não são conformes aos objectivos da ordem jurídica comunitária.

69. Depois destas observações gerais, irei examinar o fundamento controvertido à luz da referida jurisprudência do Tribunal de Justiça. Partindo desta jurisprudência, penso que o Tribunal de Primeira Instância julgou acertadamente que o Governo francês não podia invocar o argumento da confiança legítima baseada pelas sociedades recorridas no acórdão do Conseil d'État francês relativo à regularidade da medida nacional e, por conseguinte, que a Comissão não se podia apoiar neste argumento para limitar temporalmente a obrigação de recuperação do auxílio ilegalmente concedido.

*70. Prima facie*, o principal argumento em favor da posição adoptada pelo Tribunal de Primeira Instância pode ser procurado na jurisprudência constante do Tribunal de Justiça segundo a qual «um Estado-Membro, cujas autoridades concederam um auxílio em violação das normas de processo previstas no artigo 93.°, não pode invocar a confiança legítima dos beneficiários para se subtrair à obrigação de tomar as medidas necessárias com vista ao cumprimento de uma decisão da Comissão que lhe ordena a recuperação do auxílio. Admitir tal possibilidade significaria, com efeito, privar os artigos 92.° e 93.° do Tratado de qualquer efeito útil, na medida em que as autoridades nacionais poderiam basear-se no seu próprio comportamento ilegal para anular a eficácia das decisões tomadas pela Comissão ao abrigo dessas disposições do Tratado» [36]. O Tribunal de Primeira Instância remete aliás para essa jurisprudência no n.° 181 do acórdão recorrido.

71. A proibição aqui imposta pelo Tribunal de Justiça apoiou-se antes de mais no princípio geral segundo o qual ninguém

35 — Já referido na nota 28.

36 — N.° 17 do acórdão BUG-Alutechnik, já referido na nota 27. V., igualmente, n.° 48 do acórdão Espanha/Comissão, já referido na nota 23.

pode invocar a sua própria violação da lei (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*). Por outras palavras, considera inadmissível que um comportamento anticomunitário invocado pelo seu autor, ou seja, o Estado-Membro, possa prejudicar o efeito útil da regra comunitária, que é garantido pela imposição de uma obrigação estrita de comunicar os auxílios projectados bem como pelo reembolso sistemático dos auxílios concedidos ilegalmente. Esta prática poderia conduzir ao resultado paradoxal de dar razão a um Estado que, além de ter violado a obrigação expressa de comunicação consagrada no artigo 93.°, n.° 3, do Tratado, conseguiu modificar assim o quadro jurídico e factual de concessão de um auxílio ao ponto mesmo de enganar um operador diligente e tornar deste modo inaplicável na prática a decisão que declara o auxílio contrário ao direito comunitário da concorrência.

72. Além disso, a exclusão dos Estados-Membros da possibilidade de invocarem o princípio da confiança legítima para escaparem à recuperação de um auxílio ilegal pode ainda apoiar-se num segundo argumento; o conceito de confiança legítima tem carácter subjectivo [37] e deve, por conseguinte ser apreciado *in concreto*, tendo em conta não só o comportamento das autoridades públicas (comunitárias ou nacionais) que é o seu facto gerador, mas igualmente as características específicas do sujeito de direito em cuja esfera jurídica surgiu esta confiança legítima [38]. Em consequência, quando se coloca a questão de saber em que medida o beneficiário do auxílio ficou numa situação de confiança legítima quanto à regularidade do mesmo (caso em que o auxílio não deve ser reembolsado), é preferível que a autoridade chamada a decidir esta questão esteja em relação directa com o operador relativamente ao qual se parece ter criado esta convicção quanto à regularidade do comportamento nacional; poderá assim fazer uma apreciação mais precisa dos elementos do conceito de confiança legítima que dizem respeito à situação subjectiva e ao comportamento do seu titular, por exemplo a sua diligência ou boa fé. É aliás o que o Tribunal de Justiça dá a entender quando prefere confiar o cuidado de decidir esta questão ao juiz nacional renunciando, por princípio, a examiná-la no âmbito de litígios entre os Estados-Membros e a Comunidade, em que o beneficiário do auxílio não é parte [39].

73. Como observa o advogado-geral G. Tesauro nas suas conclusões no processo

37 — V. Puissochet, J. P., «Vous avez dit confiance légitime?» (le principe de confiance légitime en droit communautaire), *in Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996, p. 584.

38 — Esta tese é confirmada pelo advogado-geral M. Darmon, nas suas conclusões no processo BUG-Alutechnik (já referido na nota 27), quando observa que «o tribunal nacional deve poder fazer... *uma apreciação concreta* do comportamento da empresa beneficiária... Mas há que opor este carácter da apreciação que será feita pelo juiz nacional *in concreto* à concepção da confiança legítima *in abstracto* de que faz uso neste processo o Estado demandado para recusar o cumprimento da decisão comunitária ordenando a recuperação do auxílio em questão. A confiança legítima não se presume, prova-se» (n.° 26 das conclusões).

39 — V. n.os 62 e segs., *supra*.

C-169/95, Espanha/Comissão [40], quando o governo recorrente se refere às expectativas da empresa beneficiária, contesta na realidade «a obrigação, que lhe é imposta pela decisão, de recuperação dos auxílios em discussão, invocando a tutela de uma situação jurídica que não é própria dele, mas de um particular, a empresa beneficiária, que não é parte no presente processo, nem sequer na qualidade de interveniente; e isto, na melhor das hipóteses, na ausência de qualquer disposição normativa que lhe autorize essa sub-rogação» [41].

74. No entanto, o peso dos argumentos anteriores é posto em causa pela solução que o Tribunal de Justiça escolheu no processo Espanha/Comissão [42]. Em vez de adoptar a posição negativa estrita proposta pelo advogado-geral, o Tribunal de Justiça examinou nesse processo a procedência do argumento aduzido pelo Reino de Espanha quanto às expectativas da empresa beneficiária. Longe de se pronunciar globalmente sobre a questão de saber se a empresa beneficiária do auxílio estava ou não em situação de confiança legítima quando recebeu o mesmo, o Tribunal de Justiça limitou-se a um aspecto da questão, considerando que «o facto de a Comissão ter decidido inicialmente não levantar objecções aos auxílios em discussão *não pode ser considerado susceptível* [43] de ter originado a confiança legítima da empresa beneficiária, uma vez que esta decisão foi contestada dentro dos prazos do recurso contencioso...» [44].

75. De qualquer modo, mesmo depois deste esclarecimento, é manifesto que a evolução jurisprudencial pertinente põe em causa, se não as conclusões, pelo menos a justificação da jurisprudência referida. O facto de ter examinado a razoabilidade do argumento controvertido do Reino de Espanha, ou seja, de um país que não tinha comunicado o auxílio projectado, equivale a afastar o argumento segundo o qual as autoridades nacionais não têm o direito de invocar a confiança legítima a fim de não retirarem benefícios de um comportamento ilegal que lhes é imputável. Também o argumento segundo o qual, o facto de, no processo comunitário, o titular da confiança legítima não ser parte, não permite tratar exaustivamente a questão jurídica correspondente perde uma grande parte do seu valor; no processo Espanha/Comissão, as empresas que tinham beneficiado dos auxílios não eram partes na instância no Tribunal de Justiça.

76. Em minha opinião, o acórdão Espanha/Comissão, já referido, ilustra o principal critério a aplicar para determinar em que medida a questão da confiança legítima deve ou não ser examinada pelo Tribunal de Justiça quando é invocada por um Estado-Membro. Este critério é o da natureza ambivalente da confiança legítima, como a mesma é reconhecida pela juris-

40 — Já referido na nota 23.
41 — N.º 17 das conclusões.
42 — Já referido na nota 23.
43 — O sublinhado é nosso.
44 — N.º 53 do acórdão Espanha/Comissão, já referido na nota 23.

prudência no quadro do reembolso dos auxílios de Estado ilegais. O Tribunal de Justiça recusa intervir quando o facto gerador das expectativas relativas à legalidade do acto «é imputado» ao comportamento das autoridades nacionais; apenas a título excepcional aceita avaliar se a confiança legítima criada no plano nacional deve ser protegida ou é contrária ao interesse comunitário [45]. Em contrapartida, quando é alegado que a convicção errada quanto à regularidade da medida nacional foi criada pelo comportamento das autoridades comunitárias, em especial pelo da Comissão, o Tribunal de Justiça parece esquecer os seus escrúpulos e examinar esta dimensão específica da questão da confiança legítima.

77. Tal caso surgiu no processo Espanha/Comissão. Nesse acórdão, o Tribunal de Justiça aceitou excepcionalmente examinar em que medida um comportamento concreto da Comissão — o facto de a instituição comunitária ter tomado uma decisão manifestando a sua vontade de «não suscitar objecções» à concessão dos auxílios controvertidos — podia ser considerado gerador de uma confiança legítima do beneficiário do auxílio quanto à compatibilidade deste com o direito comunitário [46]. A decisão do Tribunal de Justiça examinar o mérito da questão estava directamente relacionada com o carácter «comunitário» deste comportamento, ou seja, com o facto de que este último podia ser imputado a uma instituição comunitária [47].

45 — V. acórdão Alcan II (nota 28). Nesses casos, o Tribunal de Justiça responde a questões prejudiciais que o juiz nacional lhe coloca por força da sua competência *ratione materiae* para apreciar a confiança legítima no quadro nacional.

46 — Não é aliás por acaso que a única vez que o Tribunal de Justiça admitiu a não recuperação do auxílio para proteger a confiança legítima do destinatário, esta confiança explicava-se por actos e omissões da Comissão que tornavam anulável a decisão tomada por esta última. Acórdão de 24 de Novembro de 1987, RSV/Comissão (223/85, Colect., p. 4617). V., igualmente, acórdão referido na nota 33, SFEI e o., e em especial as conclusões do advogado-geral F. G. Jacobs, n.os 75 e 76.

47 — Sobre este ponto, há no entanto que suscitar duas questões: Em primeiro lugar, o juiz nacional tem o direito de examinar um fundamento relativo à confiança legítima criada por um comportamento comunitário?

*Prima facie*, a tarefa apresenta certas dificuldades na medida em que o juiz que aprecia a legalidade dos actos das instâncias comunitárias é em última instância o Tribunal de Justiça. Se a questão não lhe for submetida, o juiz nacional obrigado a pronunciar-se sobre a recuperação do auxílio será muito provavelmente obrigado a dirigir-se ao Tribunal de Justiça a título prejudicial a respeito da interpretação dos actos e omissões da Comissão, a fim de poder decidir a questão de saber em que medida se tinha ou não criado tal confiança legítima.

V. de qualquer modo as conclusões do advogado-geral F. G. Jacobs no processo SFEI e o., já referido na nota 33, de onde parece resultar indirectamente que o juiz nacional tem o direito de se referir ao comportamento da Comissão enquanto critério para estabelecer a existência de uma confiança legítima do beneficiário do auxílio, sem que seja necessário recorrer ao Tribunal de Justiça a título prejudicial. Creio que tal posição é correcta nos casos em que esta apreciação não equivale a uma contestação da compatibilidade da decisão de uma instituição comunitária com o direito comunitário.

As passagens pertinentes das conclusões do advogado-geral F. G. Jacobs (n.os 75 e 76) são as seguintes: «... Compete [aos órgãos jurisdicionais nacionais] apreciar se um operador económico diligente poderia aperceber-se de que as medidas em causa constituíam um auxílio cujo pagamento estava sujeito à observância do processo previsto no artigo 93.°, n.° 3. Afigura-se-me duvidoso que seja esse o caso no presente processo. Em primeiro lugar, não é evidente que as medidas em causa constituam um auxílio; a resposta a esta questão depende de saber se a La Poste recebeu uma contrapartida suficiente pelos serviços fornecidos e seria talvez difícil, senão impossível, para a SFMI averiguar este aspecto. Em segundo lugar, depois de ter efectuado o inquérito preliminar, a Comissão decidiu não continuar o exame do processo; além disso, após a reabertura do inquérito há mais de três anos, a Comissão não adoptou uma decisão. Em circunstâncias como estas, afigura-se-me que, no caso de a Comissão considerar que as medidas constituem um auxílio, o órgão jurisdicional nacional pode com razão considerar inadequado ordenar a restituição».

A segunda questão respeita ao direito aplicável nos casos em que o Tribunal de Justiça examina a questão da criação de uma confiança legítima no comportamento comunitário. Com base em que critérios deve ser avaliada a existência de uma confiança legítima nestes casos especiais? Trata-se com toda a probabilidade dos critérios do direito comunitário. Por conseguinte, afigura-se que o princípio comunitário da confiança legítima tem igualmente um conteúdo regulamentar específico e que a sua aplicação não cai sempre sob a alçada das disposições específicas do direito nacional.

78. A fim de transpor o raciocínio anterior para o presente processo, observe-se que a Comissão na sua decisão não se refere à questão de saber em que medida ela própria ou outra instituição comunitária criaram, devido ao seu comportamento, a convicção na esfera do administrado de que o auxílio estatal não revelava qualquer problema de conformidade com o direito comunitário [48]; aceita no entanto examinar se uma decisão judicial nacional criou, com base nas regras do direito nacional, expectativas dignas de protecção na esfera dos destinatários dos auxílios. Deste modo, a Comissão intervém na avaliação de um comportamento imputável a uma autoridade nacional, e que deve ser apreciado em conformidade com as disposições nacionais em matéria de protecção da confiança legítima e de revogação dos actos administrativos ilegais. Por conseguinte, em conformidade com a jurisprudência, como atrás analisada, a decisão de a Comissão proceder ao exame desta questão não é justificada. Constitui uma intervenção numa dimensão estritamente nacional de um problema jurídico o que é contrário não só à sua competência institucional, mas também à natureza ambivalente desta confiança legítima, como a mesma se configura no quadro especial do reembolso dos auxílios de Estado contrários aos artigos 92.º e seguintes do Tratado [49].

79. Atendendo ao raciocínio anterior, não vislumbro o que é que pode afectar a validade da posição do Tribunal de Primeira Instância segundo a qual a Comissão limitou erradamente o alcance no tempo da recuperação do auxílio de Estado ilegal em causa com base nas alegações do Governo francês relativas à existência de uma confiança legítima do PMU.

ii) A confiança legítima enquanto conceito de direito comunitário estrito

80. A análise que se segue parte de uma definição diferente da confiança legítima,

48 — Se a apreciação em causa tivesse respeitado a um comportamento «imputável» a uma instituição comunitária, não penso que a sua decisão de examinar a questão da confiança legítima tivesse criado problemas de legalidade. O princípio da protecção da confiança legítima, que faz parte integrante da ordem jurídica comunitária, impõe às instituições comunitárias que examinem em que medida o seu comportamento criou na esfera jurídica dos administrados uma convicção digna de protecção. Bem entendido que a decisão final sobre este ponto cabe ao juiz comunitário.

49 — Esta questão é especialmente delicada. Não quero com isto dizer que o problema da confiança legítima do beneficiário do auxílio é da competência das autoridades nacionais. Este argumento foi aduzido nomeadamente pelo Governo alemão no processo BUG-Alutechnik e foi rejeitado acertadamente pelo advogado-geral M. Darmon (n.os 14 a 16 das conclusões). Na realidade, o problema apresenta várias facetas: umas nacionais outras comunitárias. A título de exemplo, a questão de saber em que medida se encontram satisfeitas as condições nacionais para estabelecer uma confiança legítima resultante de um comportamento nacional é uma questão de carácter estritamente nacional, que cabe às autoridades nacionais competentes resolver. Em contrapartida, o interesse comunitário ou o efeito útil da regra comunitária, enquanto parâmetros a tomar em conta para determinar se e como há que proteger a confiança legítima, são questões que caem sob a alçada do direito comunitário. O erro da Comissão no caso vertente reside no facto de que admitiu a pertinência no plano jurídico de uma decisão de um órgão jurisdicional de francês, tomada à luz do direito francês relativo à revogação dos actos administrativos, num momento em que esta questão não tinha ainda sido suscitada nos órgãos jurisdicionais nacionais e sem que tivesse tido o menor contacto com a empresa que teria podido ser ludibriada pelo conteúdo desta decisão. Em consequência, a Comissão ou apreciou ela própria *ex officio* a questão nacional ou limitou-se a retomar as alegações das autoridades nacionais quanto à forma de examinar o problema da confiança legítima do beneficiário do auxílio. Nos dois casos, a decisão que tomou encontra-se viciada.

específica dos casos em que a mesma ocorre no âmbito específico da recuperação dos auxílios ilegais. Esta definição afasta-se da da jurisprudência Deutsche Milchkontor e o. na medida em que atribui a este conceito um conteúdo estritamente comunitário, sem remeter portanto para a sua aplicação para as regras do direito nacional. Apoia-se na ideia de que a protecção da confiança legítima no quadro jurídico controvertido cai sob a alçada da ordem jurídica comunitária, enquanto parâmetro ligado ao exercício de uma competência comunitária exclusiva consistente em restabelecer as condições de concorrência no comércio entre os Estados-Membros contra os prejuízos causados a esta concorrência pelo pagamento de auxílios de Estado ilegais. O acto administrativo no quadro do qual se coloca uma questão de protecção da confiança legítima é, em minha opinião, a decisão da Comissão impondo a recuperação dos auxílios contrários à Comunidade. Os actos nacionais dando execução a esta decisão são de facto actos de execução e por conseguinte da competência vinculada da Administração nacional [50].

81. A transferência de tal problema para a competência exclusiva do direito comunitário constitui mais um atentado à autonomia do direito nacional, na medida em que priva este último de um campo de competências determinado. No entanto, tal não deverá surpreender o jurista nem ser considerado uma intervenção ilícita da ordem jurídica comunitária na ordem jurídica nacional, contrária ao *statu quo* e não justificada na fase actual da unificação europeia.

82. A necessidade de garantir o efeito útil do direito comunitário no quadro da sua execução ao nível da ordem jurídica nacional conduziu não só a uma redução negativa da autonomia jurídica nacional — um exemplo característico de tal é constituído pelo acórdão Alcan II, já referido — mas igualmente a uma restrição positiva do âmbito do direito nacional, com a formulação expressa das regras aplicáveis. Mencionarei a título indicativo as Directivas 89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras e de fornecimentos (JO L 395, p. 33), e 92/13/CEE do Conselho, de 25 de Fevereiro de 1992, relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes à aplicação das regras comunitárias em matéria de procedimentos de celebração de contratos de direito público pelas entidades que operam nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações (JO L 76, p. 14), que contêm as regras processuais garantindo o respeito do direito comunitário em matéria de obras públicas.

83. Há igualmente que fazer referência a uma passagem menos conhecida do acór-

50 — V. *supra* (nota 28), as conclusões do advogado-geral F. G. Jacobs no processo Alcan II. Saliente-se que é, de um ponto de vista metodológico, mais correcto admitir o exame da questão da confiança legítima durante a fase comunitária do processo, ou seja, quando o órgão de decisão (a Comissão) dispõe de um poder discricionário quanto às decisões que tomará, mais do que durante a fase nacional do processo, numa fase em que os órgãos estatais são obrigados a dar execução à intimação da Comissão.

dão Deutsche Milchkontor e o., em que o Tribunal de Justiça reconhece que não é impossível que o direito comunitário deva intervir nas regras em matéria de recuperação dos auxílios ilegais, ou seja, num domínio jurídico que ainda é da competência dos Estados-Membros. Em especial, se o Tribunal de Justiça declara que «os litígios relativos à recuperação dos montante indevidamente pagos por força do direito comunitário, na falta de disposições comunitárias, devem ser decididos pelos órgãos jurisdicionais nacionais, com aplicação do respectivo direito nacional, dentro dos limites impostos pelo direito comunitário» [51], observa em seguida que, «aliás se se afigurar que as disparidades entre as legislações nacionais são susceptíveis de comprometer a igualdade de tratamento entre os operadores económicos dos diferentes Estados-Membros, provocar distorções ou prejudicar o funcionamento do mercado comum, compete às instituições comunitárias competentes adoptar as disposições necessárias para obviar a tais disparidades» [52]. Prevê, por conseguinte, expressamente a eventual adopção de medidas comunitárias sobre questões referentes à recuperação dos auxílios ilegais bem como à preservação das condições de concorrência, mesmo se tais questões são actualmente da competência nacional. As medidas pertinentes serão constituídas pela harmonização das disposições nacionais bem como pela coordenação da abordagem de todo e qualquer problema jurídico especial pelas autoridades nacionais.

84. Esta declaração jurisprudencial é perfeitamente correcta e corrobora o que foi dito atrás sobre a natureza comunitária da questão da recuperação dos auxílios. Mais especialmente, a aplicação das regras nacionais em matéria de recuperação dos auxílios ilegais, em que se deve incluir o parâmetro da protecção da confiança legítima, não conduz a englobar esta questão na esfera da ordem jurídica nacional; a mesma justifica-se no entanto porque não foi ainda adoptada no estádio actual de desenvolvimento do direito comunitário nenhuma disposição comunitária detalhada. Em consequência, as instituições comunitárias mantêm o poder de intervir no plano regulamentar se considerarem que a aplicação das regras nacionais não satisfaz o interesse comunitário.

85. A ideia de «comunitarização» do conceito de confiança legítima aqui analisado insere-se exactamente na mesma lógica; de qualquer modo, deve observar-se que a necessidade da intervenção do direito comunitário na definição e na aplicação prática do princípio da confiança legítima do destinatário do auxílio de Estado não se impõe apenas por razões de protecção mais alargada do interesse comunitário, mas igualmente para evitar as alterações que o direito administrativo nacional sofre devido à posição jurisprudencial acima descrita.

86. A intervenção do direito comunitário poderá assumir a forma de um texto legislativo contendo as regras fundamentais, substantivas e adjectivas, para a recuperação dos auxílios ilegais, e que terá em conta também a protecção dos interesses

51 — N.º 19 do acórdão Deutsche Milchkontor e o., já referido na nota 24.

52 — N.º 24 do acórdão Deutsche Milchkontor e o., já referido na nota 24.

dos operadores que aceitaram de boa fé o auxílio nacional concedido. Além disso, considero que a inexistência, pelo menos até agora, de regras comunitárias escritas em matéria de recuperação dos auxílios pode ser remediada, em especial no que respeita à protecção da confiança legítima, pelo trabalho criador do Tribunal de Justiça. Esta tarefa pode ser assumida pelo juiz comunitário por duas razões. Por um lado, a protecção da confiança legítima constitui, em conformidade com as tradições doutrinais comuns aos direitos administrativos nacionais, um princípio geral de direito, de modo que existe um terreno propício a que as lacunas do direito escrito sejam sanadas pela jurisprudência. Por outro lado, o conceito em causa existe já enquanto princípio geral de conteúdo estritamente comunitário, tendo por principal âmbito de aplicação a revogação dos actos administrativos ilegais geradores de direito [53].

87. Por conseguinte, não vislumbro qualquer obstáculo prático em reconhecer que a protecção do operador de boa fé que retirou benefícios da medida nacional contrária aos artigos 92.° e 93.° do Tratado deve ser apreciada à luz do princípio comunitário da confiança legítima, como este se aplica no quadro específico da recuperação dos auxílios de Estado ilegais. Noutros termos, aquele que aplica o direito comunitário — e em última análise, o Tribunal de Justiça — determina em que medida o operador adquiriu uma certeza quanto à conformidade do auxílio com o direito comunitário antes de proceder à ponderação entre o interesse privado em não reembolsar a quantia recebida e o interesse comunitário [54].

88. Nesta fase, é indispensável fazer duas observações. Em primeiro lugar, as disposições nacionais que protegem a confiança legítima na ordem jurídica interna não são totalmente desprovidas de pertinência para apreciar em que medida o beneficiário do auxílio pode invocar uma confiança protegida «a nível comunitário». É lógico que as condições especiais em que esta questão é decidida em direito nacional afectam o operador de boa fé e é possível que bastem para criar na sua esfera a convicção de que os actos adoptados pelo Estado em seu benefício não só são legais, mas também irrevogáveis. Nesta hipótese, o peso jurídico das disposições nacionais enquanto factor que contribui para criar uma confiança protegida pelo direito comunitário é uma questão que deve ser interpretada, e que será, bem entendido, resolvida sob a óptica do direito comunitário. Tanto o comportamento das autoridades nacionais, que surge como sendo o facto gerador da convicção relativa à legalidade dos auxílios, como as disposições específicas em matéria de confiança legítima constituem elementos de facto para o direito comuni-

53 — V., por exemplo, acórdãos de 12 de Julho de 1962, Koninklijke Nederlandsche Hoogovens en Staalfabrieken/Alta Autoridade (14/61, Recueil, p. 485, Colect. 1962-1964, p. 123), e de 22 de Março de 1961, SNUPAT/Alta Autoridade (42/59 e 49/59, Recueil, p. 101, Colect. 1954-1961, p. 597). É jurisprudência assente que «embora seja de reconhecer a qualquer instituição comunitária que verifique que o acto que acaba de adoptar está viciado de ilegalidade o direito de o revogar num prazo razoável com efeito retroactivo, este direito pode encontrar limitações na necessidade de respeitar a confiança legítima do beneficiário do acto que confiou na sua legalidade». V., por exemplo, acórdão de 20 de Junho de 1991, Cargill/Comissão (C-248/89, Colect., p. I-2987, n.° 20).

54 — O Tribunal de Justiça adopta tradicionalmente este raciocínio quando examina a questão da confiança prévia. V. acórdãos de 26 de Fevereiro de 1987, Consorzio Cooperative d'Abruzzo/Comissão (15/85, Colect., p. 1005); de 17 de Abril de 1997, De Compte/Parlamento (C-50/95 P, Colect., p. I-1999); e de 16 de Maio de 1979, Tomadini (84/78, Recueil, p. 1801).

tário e são tidos em conta enquanto tais por quem o deve aplicar.

89. Em segundo lugar, a ponderação do interesse privado do operador de boa fé com o interesse comunitário geral no restabelecimento das condições de concorrência e na garantia do respeito das regras comunitárias terminará, segundo as previsões, em detrimento do primeiro [55]. Além disso, não estamos em presença de uma relação clássica entre Administração prestadora e particular, como a mesma se apresenta habitualmente em direito nacional [56]. No tipo de litígios aqui em causa, a ilegalidade cometida pela Administração nacional não joga apenas em seu detrimento, caso em que se poderia mesmo imputar-lhe a responsabilidade da perda económica que sofre se os auxílios não forem reembolsados; esta ilegalidade afecta igualmente, por um lado, uma ordem jurídica de categoria superior, a ordem comunitária, e, por outro, uma categoria de administrados, os concorrentes, bem como todos aqueles que sofrem as consequências negativas da distorção de concorrência e do entrave ao comércio intracomunitário. Em consequência, penso que os casos em que a protecção da confiança legítima do beneficiário do auxílio deve primar sobre aqueles interesses superiores serão, na prática, excepcionais. Será indispensável que esta situação subjectiva, que foi criada na esfera do operador de boa fé, seja digna de uma protecção especial, o que em princípio só se verificará se o interessado for «induzido em erro» quanto à legalidade do auxílio não só devido ao comportamento ou aos actos das autoridades nacionais, mas também por acções menos felizes ou enganosas das instituições comunitárias. Só então a necessidade de garantir o interesse comunitário perderá a sua força ao passo que será insuflado mais vigor à da protecção do operador de boa fé.

90. Partindo destas considerações, irei examinar a questão de que o Tribunal de Primeira Instância se ocupou no presente processo. Se tal análise for aceite, então a Comissão examinou acertadamente a questão da confiança legítima do PMU e foi erradamente que o Tribunal de Primeira Instância julgou que o argumento correspondente invocado pelo Governo francês não podia ser tido em conta pela Comissão. Esta posição impõe-se precisamente em razão do carácter comunitário da protecção da confiança legítima do beneficiário de boa fé do auxílio. Mas, na medida em que o exame desta confiança resulta dos princípios gerais do direito comunitário, a Comissão não só tem o direito, como deve mesmo proceder a este exame quando adopta os actos necessários à recuperação dos auxílios ilegais.

91. Esta posição pode ser o objecto de uma série de objecções. Em primeiro lugar, ao reconhecer à Comissão a possibilidade, ou

55 — V., *supra*, n.os 57 e segs.

56 — Por exemplo, a confiança legítima é reconhecida normalmente em favor daquele que recebe de boa fé uma prestação de seguro ou de pensão com base num acto administrativo ilegal. Neste caso, o não reembolso das quantias indevidamente recebidas em razão da confiança legítima não afecta a situação jurídica de outros sujeitos de direito.

até mesmo a obrigação, de examinar a questão controvertida no âmbito do processo comunitário pertinente, os Estados-Membros obtêm, por um lado, indirectamente a possibilidade de lucrarem com as ilegalidades que cometeram e, por outro, a confiança legítima acaba por ser tomada em consideração na ausência do seu pretenso titular, e mesmo sem que este último o tenha solicitado. Já expliquei que os argumentos correspondentes só têm valor relativo, e que são afastados pelo Tribunal de Justiça caso a convicção do operador quanto à legalidade do auxílio resulte de um acto ou de um comportamento de uma instituição comunitária. Penso que os mesmos argumentos perdem a sua força se se reconhecer que a questão da confiança legítima do destinatário do auxílio cai no âmbito do direito comunitário. Com efeito, de acordo com uma opinião habitualmente aceite em direito administrativo, a protecção da confiança legítima deve, enquanto princípio fundamental que rege a acção dos órgãos administrativos no âmbito de todo e qualquer sistema jurídico, ser tomada em consideração *ex officio* por estes órgãos. Em consequência, na medida em que deve de qualquer forma examinar este parâmetro, a Comissão é perfeitamente competente para integrá-lo nas suas decisões, mesmo quando estas são tomadas na ausência do interessado directo — aquele em cuja esfera surgiu esta confiança — e até mesmo sem o pedido deste último [57]. Pouco importa que os Estados-Membros possam eventualmente lucrar com o não reembolso dos auxílios. A decisão de não recuperação terá sido tomada independentemente dos seus interesses específicos e em nada afecta a sua responsabilidade pelas ilegalidades cometidas, responsabilidade que pode eventualmente provocar diversas consequências legais em seu detrimento [58].

92. Deve, por outro lado, rejeitar-se o argumento segundo o qual reconhecer esta competência à Comissão prejudicaria o juiz nacional, enquanto «juiz natural» da confiança legítima do destinatário do auxílio de Estado. Independentemente da apreciação da Comissão, o juiz nacional pode, enquanto «juiz comunitário de direito comum», examinar a questão controvertida se a mesma lhe for colocada. Se considerar que a Comissão interpretou mal e aplicou de modo errado o princípio comunitário da confiança legítima, pode submeter o assunto à apreciação do Tribunal de Justiça a título prejudicial.

93. Em minha opinião, deve conceder-se mais atenção a uma outra crítica oponível ao ponto de vista aqui defendido, e que diz respeito aos limites da ordem jurídica comunitária. O facto de confiar a aplicação pertinente da confiança legítima à competência exclusiva do direito comunitário pode conduzir a uma ultrapassagem ilícita e excessiva do âmbito de competência da ordem jurídica comunitária? Como foi explicado atrás, a solução da «comunitarização» da protecção da confiança legítima, mesmo se limitada à questão especial da recuperação dos auxílios de Estado ilegais, prejudica, *prima facie*, significativamente a autonomia do direito nacional ao suprimir uma parte do domínio da competência nacional. Creio no entanto que tal é preferível à situação que resulta actual-

57 — Há no entanto que verificar a fraqueza fundamental do processo comunitário de controlo dos auxílios de Estado, que não prevê a participação da empresa que beneficiou do auxílio.

58 — Por exemplo, as consequências previstas pelo Tratado em caso de não respeito das exigências de direito comunitário ou as que prevê o direito nacional nos casos em que as pessoas afectadas pelo auxílio têm direito a uma indemnização.

mente da jurisprudência do Tribunal de Justiça, e isto por razões de melhor protecção do interesse comunitário, de clareza e de segurança jurídica, mas igualmente de preservação dos elementos específicos que compõem a ordem jurídica nacional. Como sublinhei anteriormente na minha análise, a combinação entre autonomia jurídica do direito nacional e a possibilidade de afastar ou de desvirtuar as regras fundamentais da ordem jurídica interna quando estas se aplicam a casos de interesse comunitário e ainda mais perniciosa para o direito nacional e criticável nos planos teórico e sistemático.

94. Falta responder ao fundamento do recurso que aqui é objecto de exame. Tendo em conta o que precede, a solução escolhida pelo Tribunal de Primeira Instância deve ser anulada? Não o creio. Apesar do raciocínio errado que aplicou quando examinou a parte controvertida da decisão da Comissão, a conclusão a que chegou é correcta, independentemente da sua fundamentação. Como o demonstra o acórdão recorrido, a Comissão decidiu limitar a recuperação do auxílio ilícito porque uma decisão judicial do Conseil d'État francês criou uma confiança legítima na esfera das sociedades de corridas. Não explicou no entanto por que razões especiais a protecção dessa confiança — supondo que tenha sido verdadeiramente legítima — devia primar sobre o interesse comunitário imperativo no restabelecimento da livre concorrência e do comércio intracomunitário contra os prejuízos muito graves resultantes do auxílio estatal ilícito, tanto que, como assinalei, a necessária protecção dos interesses do beneficiário de boa fé do auxílio só muito excepcionalmente pode primar sobre a protecção do interesse comunitário pertinente. Em consequência, a decisão controvertida tomada pela Comissão estava manifestamente viciada por falta de fundamentação e foi, com razão, anulada pelo Tribunal de Primeira Instância.

iii) A não notificação do auxílio nacional como motivo de exclusão da confiança legítima

95. Há que fazer uma última precisão. A aqui recorrente critica em especial o n.º 182 do acórdão recorrido, segundo o qual a empresa que recebeu o auxílio só pode invocar circunstâncias excepcionais fundando a sua confiança legítima na legalidade do auxílio se este último tiver sido concedido no respeito do mecanismo do artigo 93.º do Tratado. De facto, uma posição tão rigorosa segundo a qual o reconhecimento de uma confiança preexistente depende sempre do respeito das condições de forma do artigo 93.º do Tratado, não parece ser conforme à evolução da jurisprudência.

96. O exame desta jurisprudência demonstra que o raciocínio do Tribunal de Justiça é constituído pelas duas proposições seguintes: por um lado, observa que «tendo em conta o carácter imperativo do controlo dos auxílios de Estado efectuado pela Comissão nos termos do artigo 93.º do Tratado, as empresas beneficiárias do auxílio não podem, em princípio, ter uma

confiança legítima na regularidade do auxílio a não ser que este tenha sido concedido no respeito pelo processo previsto pelo referido artigo. Com efeito, um operador económico diligente deve normalmente estar em condições de assegurar que esse processo foi respeitado» [59]. Por outro lado, afirma no entanto que «a possibilidade de um beneficiário de um auxílio ilegal invocar circunstâncias excepcionais, que podem legitimamente fundamentar a sua confiança no carácter regular desse auxílio, e de se opor, em consequência, ao seu reembolso não pode, certamente, ser excluída. Nesse caso, compete ao tribunal nacional, a quem eventualmente seja submetida a questão, apreciar, sendo caso disso após ter colocado ao Tribunal de Justiça questões prejudiciais de interpretação, as circunstâncias da causa» [60]. Em consequência, se *em princípio* o não respeito da obrigação de notificação consagrada no artigo 93.° do Tratado exclui a confiança legítima, o beneficiário do auxílio conserva no entanto uma estreita margem de manobra para demonstrar, se for caso disso, a existência de circunstâncias excepcionais susceptíveis de afastar a presunção de ausência de confiança legítima estabelecida em seu detrimento [61].

97. É um facto que existe igualmente o precedente do acórdão Alcan II onde, embora referindo-se ao princípio anterior [62], o Tribunal de Justiça parece finalmente negar a confiança legítima pela simples razão de que, nesse processo, os auxílios de Estado controvertidos não tinham sido notificados [63]. No entanto, não considero que essa decisão baste para afastar a jurisprudência anterior e para transformar a não notificação da medida nacional em presunção inilidível de que não se podia criar qualquer confiança legítima na esfera do beneficiário do auxílio.

98. De qualquer modo, o erro de que padece o n.° 182 do acórdão recorrido não basta para pôr em causa a procedência deste último, porque a posição do Tribunal de Primeira Instância quanto à invalidade da passagem correspondente da decisão da Comissão é perfeitamente correcta, pelas razões atrás analisadas.

59 — N.° 14 do acórdão BUG-Alutechnik, já referido na nota 27.

60 — N.° 16 do acórdão BUG-Alutechnik, já referido na nota 27.

61 — «Com efeito, os operadores económicos que recebem auxílios de Estado são profissionais que devem fazer prova de um dever de diligência... A obrigação que lhes incumbe de se assegurarem da notificação prévia à Comissão do auxílio que lhes foi concedido não nos parece nem excessiva nem particularmente difícil de cumprir. Contudo, é necessário simultaneamente preservar tanto o princípio da própria confiança legítima como o poder de apreciação a esse respeito do juiz nacional e, em consequência, pôr reservas no caso de uma empresa, apesar de não ter verificado a notificação do auxílio, estar numa situação tal, a respeito dos direitos fundamentais, que o benefício da confiança legítima lhe deva ser, apesar de tudo, reconhecido...» (n.os 25 e 26 das conclusões do advogado-geral M. Darmon no processo BUG-Alutechnik, já referido na nota 27).
O advogado-geral F. G. Jacobs vai no mesmo sentido nas suas conclusões no processo SFEI e o., já referido na nota 33.

62 — N.° 25 do acórdão Alcan II, já referido na nota 28.

63 — «Resulta do processo principal que o auxílio foi pago sem notificação prévia à Comissão, de modo que era ilegal nos termos do artigo 93.°, n.° 3, do Tratado. Com efeito, a primeira parcela foi paga em 9 de Junho de 1983, sem informação prévia à Comissão, e a segunda em 30 de Novembro de 1983, após uma carta da Comissão, datada de 25 de Novembro de 1983, na qual se esclarece o governo federal de que a concessão da primeira parcela tinha sido ilegal e de que a segunda não deveria ser paga. De acordo com o princípio recordado no n.° 25 do presente acórdão, o beneficiário do auxílio não podia, portanto, ter, nesse momento, uma confiança legítima na regularidade da sua concessão» (n.os 30 e 31 do acórdão Alcan II).

## IV — Conclusão

99. Por estas razões proponho ao Tribunal de Justiça que:

— negue provimento ao recurso na sua totalidade;

— condene a recorrente nas despesas.