CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL MARCO DARMON

apresentadas em 15 de Junho de 1994 *

Senhor Presidente,
Senhores Juízes,

1. O presente recurso de anulação convida o Tribunal a interpretar pela primeira vez a Directiva 90/684/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1990, relativa aos auxílios à construção naval (a seguir «sétima directiva») [1], adoptada em aplicação do artigo 92.°, n.° 3, alínea d), do Tratado CEE [2]. É a altura de esclarecer a articulação das competências entre o Conselho e a Comissão no âmbito de aplicação deste diploma.

2. No capítulo II desta directiva, o artigo 4.°, n.° 1, sobre os «auxílios ao funcionamento», dispõe que «os auxílios à produção a favor da construção e da transformação navais podem ser considerados compatíveis com o mercado comum, desde que o montante total do auxílio concedido para um contrato não exceda, em equivalente a subvenção, um *limite* máximo comum...» [3]. Este limite é fixado pela Comissão [4].

3. O artigo 4.°, n.° 7, está assim redigido:

«Os auxílios relativos à construção e transformação navais, concedidos enquanto *auxílios ao desenvolvimento* a um país em vias de desenvolvimento, não estão sujeitos ao limite. Esses auxílios podem ser considerados compatíveis com o mercado comum se estiverem em conformidade com as disposições estabelecidas para o efeito pelo grupo de trabalho n.° 6 da OCDE no seu acordo relativo à interpretação dos artigos 6.°, 7.° e 8.° do acordo referido no n.° 6...

A Comissão deve ser previamente notificada de qualquer projecto de auxílio individual desse tipo. A Comissão verificará a componente específica 'desenvolvimento' do auxílio previsto e assegurar-se-á de que este se encontra abrangido pelo acordo referido no primeiro parágrafo» [5].

4. Esta disposição é o cerne do presente processo.

* Língua original: francês.

1 — JO L 380, p. 27.

2 — Actualmente artigo 92.°, n.° 3, alínea e), do Tratado CE.

3 — Sublinhado nosso.

4 — Artigo 4.°, n.° 2.

5 — Sublinhado nosso.

5. No âmbito de um contrato celebrado entre um consórcio de estaleiros navais, de Bremen, Wismar, Kiel e Warnemünde, e a empresa de Estado chinesa COSCO (China Ocean Shipping Company), para a construção de três navios porta-contentores de 3 765 TEU (equivalente a vinte pés), mais um quarto de 2 700 TEU, as autoridades alemãs admitiram a hipótese de concessão de um crédito de auxílio ao desenvolvimento relativamente aos três primeiros navios porta-contentores.

6. As condições de concessão deste crédito foram notificadas à OCDE, em 20 de Setembro de 1991 [6].

7. Na sequência de uma denúncia, relativa a uma situação de distorção da concorrência, apresentada por um estaleiro naval da Comunidade, e após várias trocas de correspondência, a Comissão convidou o Governo alemão, em 14 de Outubro de 1991, a notificar-lhe o projecto de auxílio [7], nos termos do artigo 4.°, n.° 7, segundo parágrafo, da sétima directiva, o que foi feito em 21 de Outubro de 1991 [8]. Aí se refere que o projecto visa favorecer o controlo pela República Popular da China das suas amplamente crescentes necessidades no domínio dos transportes e a obtenção de divisas no sector do comércio externo [9].

8. Depois de nova troca de correspondência [10], a Comissão decidiu, por carta de 22 de Novembro de 1991 [11], iniciar o processo de exame previsto no artigo 93.°, n.° 2, do Tratado CEE para verificar a genuinidade do elemento do projecto «ajuda ao desenvolvimento» e avaliar a sua compatibilidade geral com o mercado comum. Esta carta foi objecto da comunicação 92/C22/07 [12]. A Comissão esclarece aí que «... ainda não está convencida do carácter genuíno de ajuda ao desenvolvimento do projecto de auxílio em consideração, em especial devido à falta de transparência no que respeita à fixação do preço».

9. O Governo alemão respondeu em 26 de Fevereiro de 1992 [13].

10. O Reino Unido, a Dinamarca, as associações de armadores da Comunidade Europeia, a associação dinamarquesa da indústria

6 — O montante do crédito de auxílio ao desenvolvimento é de 203,22 Mio de DM. O preço total dos porta-contentores é de 604,14 Mio de DM.

7 — Anexo 4 do recurso.

8 — Anexo 3 do recurso.

9 — *Ibidem.*

10 — V. a carta do Governo alemão de 4 de Novembro de 1991, em que procura demonstrar que o preço praticado está em consonância com o do mercado.

11 — Anexo 6 do recurso.

12 — Comunicação da Comissão, nos termos do n.° 2 do artigo 93.° do Tratado CEE, dirigida aos outros Estados-membros e outros interessados, relativa ao auxílio que a Alemanha decidiu conceder ao projecto COSCO (JO 1992, C 22, p. 4) (anexo 8 do recurso).

13 — Anexo 7 do recurso.

de construção naval e a Associação dos Armadores dinamarqueses apresentaram observações às quais o Governo alemão respondeu em 13 de Abril de 1992 [14].

11. Na Decisão 92/569/CEE, de 31 de Julho de 1992 [15], adoptada em aplicação do artigo 93.°, n.° 2, primeiro parágrafo (a seguir «decisão»), a Comissão considerou «... não existir nenhum elemento de ajuda ao desenvolvimento no contrato da companhia marítima COSCO relativo à construção de um navio porta-contentores de 2 700 TEU... e que... as condições de crédito à exportação correspondentes são compatíveis com o mercado comum» (artigo 1.°), e ainda que «a ajuda ao desenvolvimento projectada para os contratos referentes à construção de três outros navios porta-contentores destinados à empresa estatal chinesa de transporte marítimo COSCO nos estaleiros Bremer Vulkan, em Bremen, e Mathias Thesen, em Wismar, não pode ser considerada como uma genuína ajuda ao desenvolvimento, nos termos do n.° 7 do artigo 4.° da Directiva 90/684/CEE, sendo, por conseguinte, incompatível com o mercado comum» (artigo 2.°).

12. Quanto ao primeiro ponto, a Comissão entendeu que a construção do navio de 2 700 TEU não beneficiou de uma ajuda ao desenvolvimento e que foi financiada nas condições normais estabelecidas pela OCDE.

13. Quanto ao segundo, fundamentou a sua decisão no facto de, segundo a Comissão, a COSCO não ser uma empresa que careça de ajuda ao desenvolvimento para poder contribuir para o desenvolvimento geral da China, dispondo dos recursos financeiros necessários para adquirir navios novos em condições normais de mercado. O auxílio projectado não preenche, por conseguinte, o critério da *necessidade* instituído pelo Tribunal de Justiça no acórdão de 17 de Setembro de 1980, Philip Morris/Comissão [16].

14. A Comissão acrescentou que esse auxílio acarretava um risco de forte distorção da concorrência, em medida não compatível com o interesse comum.

15. Por recurso entrado em 26 de Novembro de 1992, a República Federal da Alemanha pediu a anulação desta decisão e, *a título subsidiário*, a anulação dos seus artigos 2.° e 3.°, invocando os seguintes fundamentos:

— o auxílio previsto constitui uma ajuda ao desenvolvimento, na acepção do artigo 4.°, n.° 7, da sétima directiva. Está con-

14 — Anexo 10 do recurso.

15 — Relativa a um auxílio da Alemanha à companhia marítima chinesa COSCO para a encomenda de quatro navios porta-contentores (JO L 367, p. 29).

16 — 730/79, Recueil, p. 2671.

forme ao critério da ajuda ao desenvolvimento, tal como definido pela OCDE e interpretado pela carta da Comissão aos Estados-membros de 3 de Janeiro de 1989 [17]. O critério da necessidade do auxílio para a empresa beneficiária, instituído pelo acórdão de 17 de Setembro de 1980, Philip Morris, já referido, a propósito do artigo 92.°, n.° 3, alínea c), do Tratado CEE, é alheio ao âmbito do artigo 4.°, n.° 7;

16. Antes de refutar os fundamentos substantivos apresentados, a Comissão suscitou a questão prévia de inadmissibilidade do recurso, na medida em que se refere ao artigo 1.° da decisão.

17. Abordemos este ponto.

— a decisão controvertida está viciada por erro de apreciação;

— essa decisão viola três princípios fundamentais do direito comunitário:

18. O Governo alemão defende que a declaração de compatibilidade do auxílio relativo ao navio de 2 700 TEU era inútil, visto que a conformidade com o mercado comum das bonificações de juros resulta automaticamente do artigo 4.°, n.° 6, da sétima directiva.

— o princípio da igualdade;

— o princípio da confiança legítima;

— o direito de o recorrente ser ouvido.

19. Sendo que o projecto de auxílio lhe foi submetido para apreciação no seu conjunto, a Comissão tinha de também tomar posição quanto à compra do navio porta-contentores de 2 700 TEU. Acresce que, ao considerar que esta compra não comporta qualquer elemento de ajuda ao desenvolvimento e que as condições de crédito eram compatíveis com o mercado comum, a decisão não afectou os interesses do Estado-membro recorrente [18].

17 — SG(89)D/311 relativa à aplicação da anterior directiva do Conselho 87/167/CEE, de 26 de Janeiro de 1987, cuja redacção era idêntica (JO L 69, p. 55) (anexo 11 do recurso).

18 — Pode, em contrapartida, afectar os interesses de concorrentes dos estaleiros adjudicatários.

20. Assim, o recurso é inadmissível quanto a este aspecto.

21. Quanto aos artigos 2.° e 3.° da decisão, cabe responder em primeiro lugar à seguinte questão:

O auxílio previsto é um auxílio ao desenvolvimento, na acepção do artigo 4.°, n.° 7, da sétima directiva? Mais especificamente, compete à Comissão atender, nesta matéria, ao critério da «necessidade» do auxílio?

22. Haverá, em seguida, que examinar se o Estado recorrente pode, como defende, invocar erro de apreciação, violação dos princípios da igualdade, da confiança legítima e do respeito dos direitos da defesa.

O auxílio previsto é um auxílio ao desenvolvimento, na acepção do artigo 4.°, n.° 7, da sétima directiva?

23. O artigo 92.°, n.° 3 dispõe que

«Podem ser considerados compatíveis com o mercado comum:

a) ...

b) ...

c) ...

d) As outras *categorias* de auxílios determinadas por decisão do Conselho, deliberando por maioria qualificada, sob proposta da Comissão» [19].

24. No acórdão de 18 de Maio de 1993, Bélgica/Comissão [20], o Tribunal de Justiça declarou, a propósito da Directiva 87/167/CEE do Conselho [21], adoptada, tal

19 — Sublinhado nosso.

20 — C-356/90 e C-180/91, Colect., p. I-2323.

21 — De 26 de Janeiro de 1987, relativa aos auxílios à construção naval (JO L 69, p. 55).

como a sétima directiva que a veio substituir, com base no artigo 92.°, n.° 3, alínea d), que

«... o Conselho, de acordo com *a ratio* do artigo 92.°, n.° 3, partindo da verificação da incompatiblidade dos auxílios à construção naval, teve em conta várias exigências de ordem económica e social que o levaram a utilizar a faculdade, reconhecida pelo Tratado, de considerar, contudo, esses auxílios compatíveis com o mercado comum, na condição de satisfazerem os critérios de derrogação contidos na directiva...» [22].

25. Esta fundamentação é transponível para a sétima directiva, que só difere da anterior quanto a aspectos menores (os dois textos têm, em substância, o mesmo artigo 4.°). Encontramo-nos, assim, no quadro «... de um regime derrogatório, que pressupõe necessariamente que os auxílios referidos são, à partida, incompatíveis com o mercado comum» [23].

26. Como se repartem as competências entre a Comissão e o Conselho quando este aplica o artigo 92.°, n.° 3, alínea d)?

27. É sabido que, tratando-se da apreciação da compatibilidade de determinado auxílio, a Comissão dispõe, sob controlo do Tribunal de Justiça, de uma competência de princípio [24]. Quanto ao Conselho, apenas tem a competência excepcional que lhe é conferida pelo artigo 93.°, n.° 2, terceiro parágrafo [25].

28. No âmbito do artigo 92.°, n.° 3, alínea d), a partilha de competências entre o Conselho e a Comissão é, portanto, clara. Enquanto o primeiro pode ampliar o catálogo de auxílios susceptíveis de ser declarados compatíveis, fixando um quadro abstracto e geral («categorias de auxílios»), só a segunda procede ao exame concreto da questão de saber se um auxílio abrangido numa categoria definida pelo Conselho é ou não compatível com o Tratado. Assim, o Conselho não se substitui à Comissão na apreciação concreta da compatibilidade de determinado auxílio. Além disso, quando aplica o artigo 93.°, n.° 2, terceiro parágrafo, decide a pedido de um Estado-membro e por *unanimidade*, enquanto que, para ampliar o leque de auxílios no quadro do artigo 92.°, n.° 3, alínea d), decide por *maioria qualificada*.

29. Quais os poderes da Comissão no quadro desta disposição?

22 — N.° 30.

23 — N.° 33.

24 — V. n.° 11 do acórdão de 17 de Março de 1993, Sloman Neptun Schiffhafarts (C-72/91 e C-73/91, Colect., p. I-887).

25 — A título de exemplo, v. a Decisão 73/209/CEE do Conselho, de 24 de Julho de 1973, relativa ao regime de auxílio existente no Reino-Unido a favor da refinação do açúcar bruto (JO L 207, p. 47).

30. É sabido que, para declarar compatíveis com o mercado comum os auxílios abrangidos nas categorias enumeradas no artigo 92.°, n.° 3, alíneas a), b) e c), «... a Comissão goza de um *poder discricionário* cujo exercício envolve apreciações de ordem económica e social que devem ser efectuadas num contexto comunitário» [26].

31. No que se refere a estas categorias de auxílios, o Tribunal de Justiça admite que o poder discricionário da Comissão é mais ou menos amplo: assim, «... a utilização, na derrogação constante da alínea a), dos termos 'anormalmente' e 'grave' demonstra que essa derrogação apenas abrange regiões em que a situação económica é particularmente desfavorável relativamente ao conjunto da Comunidade. Em contrapartida, a derrogação estabelecida na alínea c) tem alcance mais amplo na medida em que permite o desenvolvimento de determinadas regiões, sem se encontrar limitada pelas condições económicas previstas na alínea a), desde que os auxílios com essa finalidade não 'alterem as condições das trocas comerciais de maneira que contrariem o interesse comum'» [27].

32. Alguns autores chegaram a defender que a Comissão dispunha nesta matéria de uma muito ampla margem de intervenção, precisamente para preencher o vazio normativo devido à ausência de regulamentação do Conselho, com base nos artigos 92.°, n.° 3, alínea d), e 94.° do Tratado:

«A Comissão teve de se substituir de facto ao órgão intergovernamental, exercendo em seu lugar uma espécie de poder regulamentar desconhecido» [28].

33. De qualquer modo, qual é a amplitude do poder de apreciação da Comissão quando o Conselho determina, com base no artigo 92.°, n.° 3, alínea d), as «categorias de auxílios» *que podem* ser consideradas compatíveis?

34. O Tribunal de Justiça considerou já implicitamente no acórdão de 18 de Maio de 1993, Bélgica/Comissão [29], que esse poder se estendia a essas categorias de auxílios, salientando que

«... o artigo 92.°, n.° 3, alínea d), autoriza o Conselho, deliberando por maioria qualificada sob proposta da Comissão, a alargar o leque dos auxílios *que podem* ser considerados compatíveis com o mercado comum,

26 — Acórdão Philip Morris, já referido, n.° 24, sublinhado nosso. V. igualmente o acórdão de 21 de Março de 1991, Itália/Comissão (C-303/88, Colect., p. I-1433, n.° 34). A jurisprudência do Tribunal de Justiça, nesta matéria, é pacífica.

27 — Acórdão de 14 de Outubro de 1987, Alemanha/Comissão (248/84, Colect., p. 4013, n.° 19).

28 — Blumann, C.: «Régime des aides d'État: jurisprudence récente de la Cour de justice», *Revue du Marché commun*, 1992, p. 721.

29 — Já referido, v. *supra* nota 20.

para além das categorias referidas nas alíneas a), b) e c)» [30].

35. Esse poder transparece na própria redacção do artigo 4.°, n.° 7, da sétima directiva, que dispõe:

«Esses auxílios (os auxílios relativos à construção e transformação navais, concedidos enquanto auxílios ao desenvolvimento) *podem* ser considerados compatíveis com o mercado comum...» [31].

36. Examinemos, agora, as modalidades de execução deste diploma.

37. O sector da construção naval vive uma situação muito específica.

38. As distorções de concorrência afectam este sector no mercado mundial e a construção naval comunitária não pode defender-se da concorrência externa «... através de medidas pautais ou outras medidas de política comercial sem prejudicar os armadores da Comunidade que exercem a sua actividade num mercado de natureza internacional» [32].

39. Os sucessivos acordos concluídos no âmbito da OCDE permitiram atenuar estas distorções, limitando e harmonizando as condições de concessão de créditos à exportação de navios [33].

40. Em anexo à resolução do Conselho da OCDE, de 3 de Agosto de 1981, relativa a uma revisão do acordo sobre os créditos à exportação de navios, prevê-se, no n.° 6, que uma parte contratante pode, em casos especiais, conceder condições mais favoráveis *for genuine aid reasons* [34]. Este auxílio deve, nomeadamente, ser notificado com um pré-aviso suficiente aos outros contratantes [35].

41. No documento C/WP6(84)3 intitulado «Revisão das definições e dos procedimentos administrativos relativos ao acordo sobre os

30 — N.° 26, sublinhado nosso.

31 — Sublinhado nosso. V. igualmente o artigo 4.°, n.° 1.

32 — Terceiro considerando da Directiva 69/262/CEE do Conselho, de 28 de Julho de 1969, relativa à concessão de auxílios à construção naval destinados a corrigir as distorções de concorrência no mercado internacional (JO L 206, p. 25).

33 — V. o sexto considerando da Directiva 78/338/CEE do Conselho, de 4 de Abril de 1978, relativa aos auxílios à construção naval (JO L 98, p. 19) e o quinto considerando da Directiva 75/432/CEE do Conselho, de 10 de Julho de 1975, relativa aos auxílios à construção naval (JO L 192, p. 27).

34 — Anexo 12 do recurso.

35 — Foi desta forma que o auxílio aprovado pela República Federal da Alemanha foi notificado à OCDE.

créditos à exportação de navios», datado de 18 de Janeiro de 1984 [36], o grupo de trabalho n.° 6 do Conselho da construção naval esclareceu as condições de execução do já referido n.° 6.

42. Tem de se tratar de um auxílio público ao desenvolvimento (*official development assistance*). O proprietário efectivo tem de residir no Estado beneficiário do auxílio, não podendo ser uma filial fictícia de uma empresa estrangeira. Deve, por último, comprometer-se a não vender o navio sem a aprovação do seu governo.

43. Em adenda de 30 de Janeiro de 1985, o grupo de trabalho esclareceu a noção de auxílio público ao desenvolvimento [37]:

«Entende-se por 'auxílio público ao desenvolvimento' qualquer atribuição de recursos aos países em desenvolvimento e às instituições multilaterais feita por organismos públicos, incluindo as colectividades locais, ou pelos seus organismos de gestão, que preencha os seguintes critérios:

a) ser atribuída com o objectivo essencial de favorecer o desenvolvimento económico e a melhoria do nível de vida nos países em via de desenvolvimento;

b) ser feita em condições favoráveis e conter um elemento de subvenção de montante pelo menos igual a 25%... (com base numa taxa de actualização de 10%) [38] do valor contratual».

44. Pelo artigo 4.°, n.° 7, primeiro parágrafo, da sétima directiva, o Conselho subscreveu estas condições, remetendo pura e simplesmente para as disposições adoptadas pelo já referido grupo de trabalho.

45. Estas condições foram enunciadas na comunicação da Comissão aos Estados-membros SG(89)D/311, de 3 de Janeiro de 1989 [39].

36 — Anexo 13 do recurso.
37 — Anexo 14 do recurso.
38 — Anexo 14 do recurso, n.° 18.
39 — Anexo 11 do recurso.

46. A Comissão não contesta que, no caso em apreço, tais condições foram respeitadas.

47. O artigo 4.°, n.° 7, segundo parágrafo, impõe-lhe que, antes de se assegurar que o auxílio preenche as condições indicadas pela OCDE, verifique «a componente específica 'desenvolvimento'».

48. Em que deve consistir esta verificação? O simples facto de o auxílio poder ser classificado como «auxílio público ao desenvolvimento», na acepção do acordo OCDE, será, a este respeito, suficiente?

49. Na sua decisão, a Comissão defende que, independentemente do exame dos critérios OCDE definidos no artigo 4.°, n.° 7, primeiro parágrafo, terá de «... verificar a genuinidade da componente 'desenvolvimento' do auxílio...» [40].

50. Sustenta que a COSCO é uma empresa florescente — quinto operador mundial no domínio dos contentores — com a capacidade financeira de assegurar por si própria qualquer programa de renovação da sua frota. A COSCO estava, aliás, disposta a adquirir o navio porta-contentores de 2 700 TEU sem auxílio. O auxílio é, portanto, incompatível porque não *necessário* à empresa beneficiária. Além disso, um auxílio injustificado comporta um «... risco de forte distorção da concorrência, em medida não compatível com o interese comum» [41].

51. A República Federal da Alemanha entende, pelo contrário, que «verificar a componente desenvolvimento» se limita à verificação de que foi cumprida a percentagem mínima do elemento de subvenção (*grant element*) de 25% estabelecido pela OCDE [42]. Além disso, o critério da necessidade do auxílio, instituído no acórdão Philip Morris, no quadro de uma hipótese diferente, e não retomado nas cartas da Comissão de 3 de Janeiro de 1989 e 22 de Novembro de 1991, não tem aqui aplicação.

52. A redacção do artigo 4.°, n.° 7, segundo parágrafo, fornece preciosas indicações. A Comissão, embora deva assegurar-se de que o auxílio se encontra abrangido pelo acordo da OCDE, deve igualmente verificar a sua componente específica «desenvolvimento». Por conseguinte, é claro que a compatibilidade com os critérios da OCDE, sendo embora uma condição necessária da compatibilidade, não é dela condição suficiente. Se o

40 — Decisão impugnada, VI, segundo parágrafo.

41 — Decisão impugnada, VI, terceiro parágrafo, ponto 2.

42 — Ponto 5 da réplica.

artigo 4.°, n.° 7, não colocasse outras condições para além do respeito dos critérios da OCDE, teria idêntica redacção à do artigo 4.°, n.° 6, que, em matéria de auxílios concedidos sob a forma de facilidades de crédito, não estabelece outras exigências para além da conformidade com uma resolução do Conselho da OCDE. A componente específica «desenvolvimento» não se confunde, assim, com os critérios da OCDE.

53. Para interpretar esta noção, uma consideração parece determinante: saliente-se, com efeito, o *contraste* existente entre as condições gerais exigidas pela sétima directiva para a concessão de auxílios à produção — em especial a fixação de um *limite* [43] — e as especialmente exigidas para a concessão de auxílios ao desenvolvimento ligados à construção e transformação navais que prevêem um *mínimo*. Devido ao objectivo de desenvolvimento que prossegue, o auxílio do artigo 4.°, n.° 7, não está sujeito às mesmas exigências que as estabelecidas no artigo 4.°, n.os 1 a 6.

54. A sétima directiva permite relacionar o auxílio ao desenvolvimento com a construção de navios mercantes na Comunidade.

55. Um auxílio baseado no artigo 4.°, n.° 7, da directiva que não prossiga um verdadeiro objectivo de desenvolvimento pode encobrir um auxílio indirecto a estaleiros navais da Comunidade — «uma subvenção à construção naval» [44] — sem que esteja, nesse caso, sujeito às condições restritivas dos n.os 1 a 6 do artigo 4.°

56. A Comissão descobriu um tal desvio no processo que esteve na origem da Decisão 91/306/CEE, de 12 de Dezembro de 1990, relativa a dois projectos de auxílio do Estado alemão a favor de um estaleiro em dificuldades financeiras [45], na qual observa que

«O objectivo do n.° 7 do artigo 4.° da Directiva 87/167/CEE (sexta directiva) consiste em sancionar os auxílios que visam reduzir o preço das embarcações destinadas a certos países em vias de desenvolvimento em circunstâncias específicas e não em conceder auxílios de viabilização a estaleiros da Comunidade» [46].

57. Compreende-se, assim, a importância da missão atribuída pelo Conselho à Comissão:

43 — Artigo 4.°, n.° 1. V. *supra*, n.° 2.

44 — Decisão impugnada, IV, segundo parágrafo, ponto 1.

45 — JO 1991, L 158, p. 71.

46 — *Ibidem*, II, quarto parágrafo.

investigar se se trata de um auxílio ao desenvolvimento ou, na realidade, de um auxílio indirecto aos estaleiros navais comunitários em causa. É essa, aliás, a dúvida que a Comissão exprimiu na sua comunicação 92/C22/07 [47].

58. Se verificar a componente «desenvolvimento» se limitasse, como defende o Governo alemão, a constatar que «... o auxílio... deverá ajudar a China a satisfazer as suas necessidades crescentes de transporte e a economizar mais divisas fortes geradas pelas exportações» e que «os navios porta-contentores prosseguirão o desenvolvimento de um sistema integrado de transporte...» [48], tal controlo não permitiria descobrir eventuais desvios de processo.

59. Se, pelo contrário, verificar a «componente *específica* 'desenvolvimento'» consiste em proceder a um verdadeiro controlo da proporcionalidade (o auxílio previsto é adequado à consecução do objectivo de desenvolvimento fixado? Este não poderia ser atingido através de um medida que respeitasse melhor as normas de concorrência [49]?), pela análise da *necessidade* do auxílio, tendo em conta as condições concretas e efectivas da sua utilização, a Comissão poderá, então, determinar se esse auxílio está ou não abrangido pelos n.os 1 a 6 do artigo 4.°

60. Foi a este último tipo de controlo que a Comissão procedeu, concluindo que «... a COSCO não é uma empresa que *careça* de ajuda ao desenvolvimento para poder contribuir para o desenvolvimento da China» [50].

61. Ao fazer isto, terá acrescentado indevidamente alguma condição, para além das estabelecidas no artigo 4.°, n.° 7, da sétima directiva, para a concessão de auxílios ao desenvolvimento?

62. Certamente que «... um acto de carácter geral não pode ser implicitamente modificado por uma decisão individual» [51]. Excluí-se, portanto, que, através da sua decisão, a Comissão possa acrescentar uma condição, ou mesmo um critério, aos enumerados pela directiva, no que concerne à atribuição de auxílios ao desenvolvimento.

63. Pensamos que, por mais imprecisa que seja a redacção da decisão da Comissão (que refere, nas versões francesa, italiana, portu-

47 — Já referida, nota 12, v. *supra*, p. 5.

48 — Decisão impugnada, II.

49 — E, nomeadamente: o projecto não pode ser financiado por outros fundos provenientes do mercado (*cash flow*)?

50 — Decisão impugnada, VI, terceiro parágrafo, ponto 2, sublinhado nosso.

51 — Acórdão de 24 de Março de 1993, CIRFS e o./Comissão (C-313/90. Colect., p. I-1125, n.° 44). V. igualmente o ponto 13 das conclusões do advogado-geral C. O. Lenz.

guesa, espanhola e neerlandesa, o *critério* [52] da necessidade), tal não foi o caso.

64. A Comissão verificou se o auxílio previsto *prosseguia um objectivo de desenvolvimento específico*, o que é precisamente o que lhe pede o Conselho. A versão alemã do artigo 4.°, n.° 7, segundo parágrafo, da sétima directiva, não é ambígua a este respeito: «Die Kommission prüft, welches besondere Entwicklungs*ziel* mit der geplanten Beihilfe verfolgt wird...». A versão italiana é ainda mais explícita: «(La) Commissione... verifica la specifica *finalità* di 'sviluppo' contenuta nell'aiuto prospettato...» [53].

65. Constatando, nomeadamente, que a COSCO tinha condições para se autofinanciar e renovar a frota nas condições normais do mercado, concluiu que esse auxílio não prosseguia tal objectivo e não estava abrangido pelo artigo 4.°, n.° 7 [54]: *o mesmo objectivo de desenvolvimento pode ser atingido sem auxílio de Estado (e, assim, sem as distorções de concorrência que este inegavelmente provoca).*

66. Ao proceder a este controlo de proporcionalidade, a Comissão pôde verificar que o projecto de auxílio não entrava no âmbito de aplicação do artigo 4.°, n.° 7 (sem, contudo, pretender que estava abrangido nos outros números do mesmo artigo). Além do mais, respeitou a *ratio legis* da directiva, que visa a limitação dos auxílios que constituam excepções à regra da livre concorrência. Também se manteve no quadro dos poderes que lhe cabem na matéria: passar do geral ao especial e verificar se há *efectivamente* um auxílio ao desenvolvimento quando este é exigido.

67. O poder de apreciação reconhecido à Comissão não deve precisamente permitir-lhe recusar declarar a compatibilidade de determinado auxílio, com o fundamento de que o seu destinatário dele não precisa e de que não é necessário para atingir os objectivos fixados pelo artigo 92.°, n.° 3, alíneas a), b) ou c), ou os objectivos de uma directiva do Conselho?

68. Recordemos as conclusões do advogado-geral Capotorti no acórdão de 17 de Setembro de 1980, Philip Morris [55]:

«... não há razão para derrogar a proibição de auxílios de Estado, se determinado investimento... puder ser também efectuado independentemente desse benefício» [56].

52 — Este termo não é mencionado nas versões alemã, inglesa e grega.

53 — Sublinhado nosso.

54 — Decisão impugnada, VI.

55 — Já referido, nota 16.

56 — P. 2701.

69. Neste acórdão, o Tribunal afirmou que a Comissão considerara justamente que um auxílio concedido com base no artigo 92.°, n.° 3, teria de ser *necessário* para poder ser declarado compatível [57].

70. A legitimidade dessa exigência é consagrada — por vezes de forma implícita, é certo — pela jurisprudência do Tribunal de Justiça.

71. Assim, no acórdão de 21 de Março de 1991, Itália/Comissão [58], o Tribunal de Justiça aprovou a Decisão 89/43/CEE pela qual a Comissão declarou que os auxílios concedidos ao grupo ENI-Lanerossi, sob a forma de injecção de capital nas suas filiais que fabricam vestuário para homem, eram incompatíveis com o mercado comum. O Tribunal de Justiça julgou que aquela instituição tinha considerado, com razão, no final de uma análise extremamente rigorosa, que os auxílios em causa não podiam atingir os objectivos comunitários respeitantes aos auxílios sectoriais à indústria têxtil, nem responder às orientações que regulam os auxílios de emergência, não podendo, por conseguinte, beneficiar de uma das derrogações previstas no artigo 92.°, n.° 3 [59].

72. Refira-se ainda a decisão relativa a um auxílio ao investimento concedido a Deufil para produzir fios de poliamida, em que a Comissão se recusou a aplicar o artigo 92.°, n.° 3. O Tribunal de Justiça deu razão à Comissão, salientando que,

«Ao considerar que a outorga de um auxílio ao investimento que aumenta as capacidades de produção num sector já largamente excedentário é contrária ao interesse comum e que tal auxílio não é susceptível de favorecer o desenvolvimento económico da região em causa, a Comissão não excedeu, de modo algum, os limites do seu poder de apreciação» [60].

73. É igualmente significativo outro acórdão de 21 de Março de 1991, Itália/Comissão [61], em que a República Italiana alegava que os auxílios concedidos à Alfa Romeo estavam abrangidos pela alínea a) do n.° 3 do artigo 92.° (na medida em que se destinavam a favorecer o desenvolvimento económico do Mezzogiorno), ou pela alínea c) (na medida em que se destinavam a facilitar o desenvolvimento de certas actividades ou de certas regiões económicas). O Tribunal de Justiça rejeitou este argumento com fundamento em que

«... as contribuições de capital em causa constituíam auxílios de emergência que, na

57 — N.os 17 e 26.
58 — Já referido, nota 26.
59 — V. os n.os 30 a 39 do acórdão.
60 — Acórdão de 24 de Fevereiro de 1987, Deufil/Comissão (310/85, Colect., p. 901, n.° 18).
61 — C-305/89, Colect., p. I-1603.

falta de um verdadeiro plano de reestruturação, não podiam realizar o objectivo de um desenvolvimento durável de regiões em que se verifica uma grave situação de subemprego ou de certas actividades ou de certas regiões económicas» [62].

74. A metodologia da Comissão pôde ser resumida nos seguintes termos:

«... determinado auxílio só será declarado compatível quando contribua para a consecução de um dos objectivos de desenvolvimento referidos no artigo 92.°, n.° 3, e quando se provar que, sem intervenção dos poderes públicos, o livre jogo das forças de mercado não seria por si só capaz de atingir os objectivos em questão. Em contrapartida, a autoridade comunitária não autorizará auxílios que não sejam *necessários* ou *proporcionais* à realização de tais objectivos» [63].

75. A noção de necessidade é consubstancial à de auxílio. Assim, a montante do controlo da proporcionalidade do artigo 92.°, n.° 3, quando se trate de qualificar uma intervenção do Estado nas empresas públicas, o Tribunal de Justiça aplicou, em numerosos acórdãos, o *princípio do investidor privado numa economia de mercado* [64]: a intervenção dos poderes públicos no capital de uma empresa é um auxílio na acepção do artigo 92.°, n.° 1, do Tratado quando, em circunstâncias similares, um investidor privado, guiado por perspectivas de rentabilidade, pudesse ter sido levado a efectuar contribuições de capital do mesmo valor. Não quererá isto dizer que só há auxílio público na falta de alternativa de financiamento por um investidor privado, ou seja, em caso de necessidade?

76. Uma outra razão impõe o controlo da necessidade do auxílio. A directiva não tem apenas em conta o artigo 92.°, n.° 3, alínea d). *Baseia-se também no artigo 113.° do Tratado.*

77. Como a Comissão recorda, a política comercial da Comunidade, que inclui o regime de auxílios à exportação para países terceiros [65], é da competência exclusiva da Comunidade. Assim, um Estado-membro não deve poder contrariar esta política através de generosos auxílios públicos conce-

62 — N.° 36.

63 — Roberti, G. M.: «Le contrôle de la Commission des Communautés européennes sur les aides nationales», *AJDA*, 20 de Junho de 1993, pp. 397, 407, sublinhado nosso.

64 — Por exemplo, no acórdão de 21 de Março de 1991, Itália/Comissão, já referido, nota 61, n.° 23.

65 — Parecer de 11 de Novembro de 1975 (1/75, Recueil, pp. 1355, 1362).

didos fora do quadro estritamente definido pela directiva do Conselho, ou dispensando as condições por esta impostas.

78. Como o Tribunal de Justiça sublinha no parecer 1/75:

«A acção unilateral dos Estados-membros corria, com efeito, o risco de conduzir a disparidades nas condições de concessão do crédito à exportação, susceptíveis de falsear a concorrência entre empresas de diferentes Estados-membros nos mercados externos. Estes efeitos de distorção só podem ser eliminados através de uma identidade rigorosa das condições de crédito concedidas às empresas da Comunidade, seja qual for a sua nacionalidade» [66].

79. Assim, compete à Comissão, guardiã do Tratado, zelar por que os Estados-membros se mantenham dentro dos limites da derrogação e só apliquem o artigo 4.°, n.° 7, nos casos em que autorizem um verdadeiro auxílio ao desenvolvimento. Ao conceder um auxílio *não* necessário, um Estado-membro estaria a contornar a regulamentação comunitária e a exercer uma espécie de competência paralela, proibida pelo artigo 113.°

80. Por último, saliente-se que a Comunidade se atribuiu como objectivo a supressão total dos auxílios no sector da construção naval [67] e que nos encontramos aqui perante um regime derrogatório ao regime comum de incompatibilidade dos auxílios. As disposições que permitam declarar um auxílio compatível são, portanto, necessariamente, de interpretação restritiva.

81. Concluímos, assim, que a Comissão dispõe de uma competência autónoma para apreciar a noção de auxílio ao desenvolvimento, tal como consta do artigo 4.°, n.° 7, da directiva, e que não excede as suas competências ao verificar se tal auxílio é necessário.

82. Ao verificar que o auxílio concedido não era necessário à empresa destinatária e que, assim, não prosseguia o objectivo de auxílio ao desenvolvimento fixado pelo Conselho, a Comissão dispunha de elementos suficientes para afirmar que o auxílio não estava abrangido pelo artigo 4.°, n.° 7 da sétima directiva e que não podia, em consequência, beneficiar desta disposição derrogatória.

83. Se se aplicar aqui o princípio enunciado no acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de

66 — *Ibidem*, p. 1364.

67 — V. o nono considerando da sétima directiva.

Maio de 1993, Bélgica/Comissão [68], a não observância da condição essencial para que um auxílio baseado no artigo 4.°, n.° 7, possa ser considerado compatível com o mercado comum (contribuir para o desenvolvimento) implica *ipso facto* a sua incompatiblidade.

84. A Comissão desenvolveu, contudo, a sua fundamentação e observou que a concessão do auxílio em causa corria o risco de provocar uma dupla distorção de concorrência: por um lado, em prejuízo dos estaleiros navais da Comunidade, que não os encarregados da construção de navios, e por outro, dos armadores da Comunidade confrontados com a concorrência da COSCO.

85. Examinemos estes dois pontos.

86. É claro que a partir do momento em que o auxílio previsto em benefício de três navios porta-contentores destinados à COSCO não pode ser considerado como verdadeiro auxílio ao desenvolvimento, na acepção do artigo 4.°, n.° 7, a distorção de concorrência que necessariamente gera no mercado comum em benefício dos estaleiros de construção em causa deixa de se justificar. É sintomático, a este respeito, o facto de a queixa inicial dirigida contra o projecto COSCO provir de um estaleiro naval da Comunidade.

68 — Já referido, nota 20, v. n.os 32 e 33.

87. Devia a Comissão declarar existir também risco de distorção grave da concorrência no sector dos *transportes marítimos*, pelo facto de os navios comprados pela COSCO irem reforçar a posição deste armador em linhas em que os armadores da Comunidade estão igualmente presentes?

88. Não nos parece relevante esta objecção.

89. Com efeito, a directiva integra, por definição, este tipo de risco, inerente a qualquer auxílio ao desenvolvimento, que pode sempre povocar um efeito de retorno («effet-retour») prejudicial aos operadores comunitários. Assim, ela não impõe que os navios comprados graças a um auxílio ao desenvolvimento sejam afectados a linhas em que não exista concorrência com os transportadores marítimos comunitários. Ainda que se tratasse de um auxílio ao desenvolvimento necessário à COSCO, este tipo de risco teria existido.

90. Não vemos, contudo, nesta constatação da Comissão, um fundamento de anulação da sua decisão. De carácter redundante, não altera a fundamentação principal da decisão: a inexistência de um verdadeiro auxílio ao desenvolvimento.

Quanto ao erro de apreciação

91. Segundo o Estado recorrente, a decisão da Comissão está viciada de erro de apreciação na medida em que, de forma contraditória, declara a existência de risco de distorção grave da concorrência entre os Estados-membros, quer no sector da construção naval, quer no do transporte marítimo, ao mesmo tempo que se confessa incapaz de provar que o preço estabelecido se traduz num auxílio aos estaleiros navais (parte VI, terceiro parágrafo, ponto 1) [69].

92. O amplo poder de apreciação reconhecido à Comissão no domínio dos auxílios do artigo 92.°, n.° 3, implica um controlo restrito por parte do órgão jurisdicional: «Este controlo restrito não implica, contudo, uma ausência de controlo, visto que abrange o da exactidão material dos factos, do erro manifesto de apreciação, do erro de direito, da regularidade da tramitação processual e do desvio de poder» [70].

93. Quanto ao risco de *distorção grave da concorrência* num sentido contrário ao interesse comum dos armadores, acabámos de afirmar que essa constatação era redundante. Observe-se, a título supletivo, e no que se refere aos estaleiros navais em causa, que a Comissão salientou, sem que tenha sido feita prova em contrário, que esses estaleiros tinham tido a possibilidade de beneficiar do «mais elevado nível de preços de mercado em vigor para esse tipo de navio».

Quanto aos princípios da igualdade, da confiança legítima e do respeito dos direitos da defesa

94. A República Federal da Alemanha invoca a violação dos princípios da igualdade, da confiança legítima e do respeito dos direitos da defesa.

95. Terá a Comissão atendido pela primeira vez à necessidade do auxílio na decisão de 31 de Julho de 1992, não se lhe referindo, segundo a República Federal da Alemanha, nem na comunicação de 3 de Janeiro de 1989 relativa à interpretação do artigo 4.°, n.° 7, da sétima directiva, nem na comunicação pela qual iniciou o procedimento de exame neste processo, nem na variada troca de correspondência que antecedeu a adopção da decisão em causa?

69 — Recurso, n.° 9.

70 — Biancarelli, J.: «Le contrôle de la Cour de justice des Communautés européennes en matière d'aides publiques», *AJDA*, 20 de Junho de 1993, pp. 412, 423.

96. Resulta quer dos documentos apresentados em anexo ao recurso quer dos debates que a noção da necessidade do auxílio estava subjacente ou foi evocada 1) na carta de 22 de Novembro de 1991 que esteve na origem da comunicação [71], 2) aquando de uma reunião prévia à decisão impugnada entre representantes da Comissão e do Governo alemão [72], 3) a partir da carta de 3 de Janeiro de 1989, em que a Comissão insistiu na importância da verificação da componente específica «desenvolvimento» do auxílio previsto.

97. A invocação, pela República Federal da Alemanha, da violação dos princípios da igualdade, da confiança legítima e do respeito dos direitos da defesa está estritamente ligada à não exigência de necessidade nos actos da Comissão anteriores à decisão.

98. Visto ter ficado provado que a Comissão referiu esta noção antes de 31 de Julho de 1992, as três últimas acusações apenas merecem breves observações.

Quanto à violação do princípio da igualdade

99. A jurisprudência do Tribunal de Justiça nesta matéria é constante:

«... o princípio geral da igualdade, de que a proibição de discriminação em razão da nacionalidade mais não é do que uma expressão específica, é um dos princípios fundamentais do direito comunitário. Este princípio implica que situações comparáveis não sejam tratadas de maneira diferente, a menos que se justifique objectivamente uma diferenciação» [73].

100. Segundo a República Federal da Alemanha, a tomada em consideração de um critério que não consta do artigo 4.°, n.° 7, da sétima directiva, nem da carta de 3 de Janeiro de 1989, seria contrário ao princípio da igualdade, e ilegal [74].

101. Uma vez que a verificação da necessidade do auxílio participa da da componente desenvolvimento, ao proceder dessa forma a Comissão não pôde ter infringido o princípio da igualdade.

71 — «... ainda não é claro para a Comissão, com base nas informações recebidas por parte do sector, se o projecto de auxílio relativo ao contrato de construção de navios porta-contentores para a empresa COSCO não é, na realidade, mais do que uma verdadeira ajuda a um país em desenvolvimento, um auxílio ao funcionamento dos estaleiros alemães em questão» (JO 1992, C 22, p. 5).

72 — Na audiência, o agente da Comissão, sem ser contraditado, referiu uma reunião que teve lugar em 12 de Fevereiro de 1992 e durante a qual os representantes da DG IV exprimiram as suas dúvidas sobre a questão de saber se COSCO era uma empresa que podia beneficiar de um auxílio ao desenvolvimento.

73 — Acórdão de 8 de Outubro de 1980, Überschär (810/79, Recueil, p. 2747, n.° 16). V. também o acórdão de 16 de Outubro de 1980, Hochstrass/Tribunal de Justiça (147/79, Recueil, p. 3005).

74 — N.° 7 do recurso.

102. Observe-se, aliás, que o Estado recorrente não refere qualquer processo de auxílio de Estado no domínio do desenvolvimento como fundamento desta acusação.

Quanto à violação do princípio da confiança legítima

103. Para poder invocar utilmente este princípio, a República Federal da Alemanha teria de demonstrar que uma alteração na prática comunitária lhe causara prejuízos.

104. Como vimos, tal alteração não ocorreu. Não foi, pois, feita prova de uma violação deste princípio.

Quanto à violação do princípio do respeito dos direitos da defesa

105. Segundo uma jurisprudência constante, «... o respeito dos direitos da defesa em qualquer processo dirigido contra uma pessoa e susceptível de levar à adopção de um acto que lese os interesses desta constitui um princípio fundamental do direito comunitário e deve ser garantido mesmo na falta de regulamentação especial» [75].

106. Se «... este princípio exige que ao Estado-membro em causa seja dada a possibilidade de exprimir o seu ponto de vista sobre as observações apresentadas por terceiros interessados, nos termos do n.° 2 do artigo 93.° do Tratado, e que a Comissão pretende utilizar como base da sua decisão» [76], exige também que esta apenas retome na sua decisão os elementos sobre os quais o Estado-membro em causa pôde pronunciar-se.

107. Não ficou provado, bem pelo contrário, que o Governo alemão não teve a possibilidade de justificar a necessidade do auxílio.

108. Tal como as duas anteriores, esta acusação não ficou, assim, provada.

75 — Acórdão de 14 de Fevereiro de 1990, França/Comissão (C-301/87, Colect., p. I-307, n.° 29). V. a jurisprudência citada. V. também o acórdão de 10 de Julho de 1986, Bélgica/Comissão (40/85, Colect., p. 2321, n.° 28).

76 — *Ibidem*, n.° 30.

109. Concluímos, por conseguinte, pela inadmissibilidade do recurso no que se refere ao artigo 1.° da decisão, pelo seu não provimento quanto ao restante, e para que as despesas do processo fiquem a cargo do Estado recorrente.