

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL

F. G. JACOBS

apresentadas em 3 de Outubro de 1991 *

*Senhor Presidente,
Senhores Juizes,*

1. Este processo tem como pano de fundo a continuada relutância de alguns Estados-membros em darem cumprimento às obrigações que lhes são impostas pelas regras dos artigos 92.º a 94.º do Tratado CEE em matéria de auxílios de Estado. O processo foi submetido ao Tribunal de Justiça pelo Conseil d'État francês, que pede uma decisão a título prejudicial sobre as consequências perante os órgãos jurisdicionais nacionais da instituição de um auxílio de Estado com violação das regras processuais estabelecidas pelo artigo 93.º Em especial, o Conseil d'État francês pretende saber se «o último período do artigo 93.º, n.º 3, do Tratado ... deve ser interpretado como impondo às autoridades dos Estados-membros uma obrigação cujo incumprimento afecta a validade dos actos relativos à execução de medidas de auxílio, tendo em conta, nomeadamente, a adopção posterior de uma decisão da Comissão que declare essas medidas compatíveis com o mercado comum».

2. Esta questão foi suscitada por ocasião de um recurso interposto pela Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires e pelo Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon (a seguir «recorrentes») para anulação de um despacho interministerial de 15 de Abril de 1985. Este despacho (a seguir «despacho impugnado») entrou em vigor no dia da sua publicação, 20 de Abril de 1985, e executava o Decreto n.º 84-1297, de 31 de Dezembro

de 1984, que institui encargos parafiscais a favor do comité central das pescas marítimas, dos comités locais de pescas marítimas e do Instituto francês de investigação para a exploração do mar. Descreverei adiante, na medida do necessário, o contexto em que estas medidas foram adoptadas.

3. Os recorrentes alegam que o despacho impugnado foi adoptado com violação do último período do artigo 93.º, n.º 3, do Tratado. Antes de analisar o efeito desta disposição, devem descrever-se sucintamente as regras do Tratado em matéria de auxílios e o procedimento de execução dessas regras, na medida em que estas questões sejam relevantes para efeitos do processo perante o órgão jurisdicional nacional.

As regras do Tratado em matéria de auxílios

4. A regra de base está contida no artigo 92.º, n.º 1, do Tratado, que dispõe: «Salvo disposição em contrário do presente Tratado, são incompatíveis com o mercado comum, na medida em que afectem as trocas comerciais entre os Estados-membros, os auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções». O artigo 92.º, n.º 2, enuncia as categorias de auxílios que, não obstante o disposto no

* Língua original: inglês.

artigo 92.º, n.º 1, devem considerar-se compatíveis com o mercado comum. O artigo 92.º, n.º 3, enumera quatro outros tipos de auxílios que podem ser considerados compatíveis com o mercado comum.

5. A principal responsável pelo cumprimento do artigo 92.º é a Comissão. O artigo 93.º, n.º 1, exige que ela «proceda, em cooperação com os Estados-membros, ao exame permanente dos regimes de auxílios» existentes nos Estados-membros. Nos termos do artigo 93.º, n.º 2, se a Comissão, depois de ter notificado os interessados para apresentarem as suas observações, verificar que esse auxílio não é compatível com o mercado comum nos termos do artigo 92.º, decidirá que o Estado em causa deve suprimi-lo ou modificá-lo num determinado prazo. Se o Estado em causa não der cumprimento a esta decisão da Comissão, esta pode recorrer directamente ao Tribunal de Justiça.

6. O artigo 93.º, n.º 3, estabelece um regime que se aplica aos projectos que visam instituir novos auxílios ou alterar auxílios existentes. Está assim redigido:

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

7. No processo n.º 120/73, Lorenz/Alemanha, n.º 3 (Recueil 1973, p. 1471), o Tribunal de Justiça considerou que:

«Ao declarar que a Comissão deve ser informada atempadamente dos projectos de novos auxílios ou da alteração de auxílios existentes, para que possa apresentar as suas observações, os autores do Tratado pretendem dar a esta instituição um prazo de reflexão e de investigação suficiente para formar uma primeira opinião sobre a conformidade, parcial ou total, com o Tratado, dos projectos que lhe tenham sido notificados.

Só depois de ter tido oportunidade de formar essa opinião é que a Comissão deve, se considerar o projecto incompatível com o mercado comum, dar início sem demora ao processo contraditório previsto no n.º 2 do artigo 93.º, notificando o Estado-membro para apresentar as suas observações».

O Tribunal de Justiça continua declarando que, se era necessário que a Comissão dispusesse de um prazo suficiente para formar uma primeira opinião sobre a compatibilidade com o Tratado dos projectos que lhe tivessem sido notificados, devia definir a sua posição num prazo razoável, pois o Estado-membro em causa talvez quisesse actuar de modo urgente. Por analogia com os artigos 173.º e 175.º do Tratado, o Tribunal de Justiça fixou esse prazo em dois meses. Se, decorrido esse prazo, a Comissão ainda não se tiver pronunciado, o Estado-membro em causa pode pôr o projecto em execução desde que avise previamente a Comissão. O Tribunal acrescentou que, se no exame preliminar a Comissão concluir que o auxílio é compatível com o Tratado, ela deve informar o Estado em causa, mas não é obrigada

nessa fase a adoptar uma decisão na aceção do artigo 189.º do Tratado. Esta só é exigida no fim do processo contraditório previsto no artigo 93.º, n.º 2.

8. O acórdão do Tribunal de Justiça no processo Lorenz foi retomado num certo número de outros acórdãos proferidos no mesmo dia: ver o processo 121/73, *Markmann/Alemanha* (Recueil 1973, p. 1495); processo 122/73, *Nordsee/Alemanha* (Recueil 1973, p. 1511); *Lohrey/Alemanha*, (Recueil 1973, p. 1527). Numerosas considerações feitas nessas decisões foram reafirmadas posteriormente no processo 84/82, *Alemanha/Comissão* (Recueil 1984, p. 1451).

9. A função dos órgãos jurisdicionais nacionais na aplicação do regime de auxílios do Tratado é importante, mas subsidiária. Eles não têm competência para decidir sobre a compatibilidade do auxílio com o mercado comum, na aceção do artigo 92.º Podem, todavia, ter de «interpretar e aplicar o conceito de auxílio constante do artigo 92.º, para determinar se uma medida estatal adoptada sem ter em conta o procedimento de controlo previsto no artigo 93.º, n.º 3, devia ou não ter sido submetida a esse procedimento»: processo 78/76, *Steinike e Weinlig/Alemanha*, n.º 14 (Recueil 1977, p. 595). A questão da competência dos órgãos jurisdicionais nacionais para aplicar o último período do artigo 93.º, n.º 3, é colocada pelo órgão jurisdicional de reenvio e é a seguir abordada.

O contexto do despacho impugnado

10. Para explicar por que razão os recorrentes invocam o último período do artigo

93.º, n.º 3, é necessário expor brevemente o historial do despacho impugnado. Durante alguns anos, o Governo francês esteve em negociações com a Comissão sobre a compatibilidade com o Tratado de diversos tipos de auxílios concedidos a empresas no sector das pescas. Por carta de 15 de Junho de 1982, a Comissão informou as autoridades francesas de que tinha decidido alargar um primeiro exame, nos termos do artigo 93.º, n.º 2 do Tratado, a certos aspectos desse auxílio e iniciar um novo procedimento de exame em relação a certos outros aspectos. Em seguida, no início de 1984, as autoridades francesas enviaram à Comissão uma nota sobre a organização, financiamento e actividades de um organismo conhecido pelo nome de *Fonds d'intervention et d'organisation du marché des produits de la pêche maritime et des cultures maritimes* (a seguir «FIOM»). As funções do FIOM incluíam o subsídio dos preços, a direcção da produção, a realização de estudos comerciais, bem como a concessão de um subsídio aos pescadores impossibilitados de trabalhar por causa do tempo.

11. Por carta de 27 de Julho de 1984, a Comissão informou as autoridades francesas de que tinha decidido iniciar uma investigação separada, nos termos do artigo 93.º, n.º 2, às actividades do FIOM e notificou o Governo francês para apresentar as suas observações. A Comissão estava particularmente interessada em dois aspectos das actividades do FIOM. Em primeiro lugar, enquanto as actividades do FIOM se destinavam em larga medida a beneficiar os produtos e os produtores franceses, o FIOM era em parte financiado por um encargo parafiscal sobre as importações. Em segundo lugar, a Comissão entendia que as actividades do FIOM destinadas a apoiar o mercado eram incompatíveis com a legislação comunitária sobre a organização comum de mercado no sector dos produtos da pesca.

12. Posteriormente, as autoridades francesas informaram a Comissão de um certo número de alterações introduzidas na legislação relativa ao FIOM. Em especial, a taxa do encargo incidente sobre as importações devia passar a ser inferior à que era aplicada aos produtos franceses e o produto desse encargo devia ser utilizado para financiar a promoção dos produtos do mar em geral, qualquer que fosse a sua origem. Estas alterações foram executadas pelo Decreto n.º 84-1297 e pelo despacho impugnado, cujos textos foram enviados à Comissão por intermédio do representante permanente francês junto das Comunidades, em 14 de Junho de 1985. Por carta de 25 de Outubro de 1985, a Comissão informou as autoridades francesas do encerramento do procedimento instituído nos termos do artigo 93.º, n.º 2, em relação ao FIOM, com excepção de alguns aspectos das actividades do FIOM que não são objecto do processo perante o órgão jurisdicional de reenvio. Essa carta não declarava expressamente que a Comissão considerava compatíveis com o mercado comum os aspectos em relação aos quais encerrava o procedimento, mas parece ter sido interpretada nesse sentido pelo órgão jurisdicional de reenvio. Em 9 de Outubro de 1985, foi adoptada uma decisão que considerava incompatíveis com o mercado comum os outros aspectos das actividades do FIOM que estavam em exame, e exigia que lhes fosse posto termo, se bem que só tivesse sido publicada em 23 de Maio de 1986: ver Decisão 86/186/CEE (JO L 136, p. 55).

13. Para ser mais completo, mencionarei duas dificuldades processuais. Fá-lo-ei brevemente, porque, em meu entender, não é necessário resolvê-las no âmbito do presente processo. Em primeiro lugar, ninguém sustentou no caso vertente que a carta da Comissão de 25 de Outubro de 1985 não produzia efeitos à luz do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça no processo Lo-

renz, em que ele declarou que um exame nos termos do artigo 93.º, n.º 2, só podia terminar com a adopção de uma decisão, na acepção do artigo 189.º do Tratado. Apesar deste acórdão, o agente da Comissão explicou na audiência que só são adoptadas decisões formais quando a Comissão adquire a convicção de que o auxílio em questão é incompatível com o mercado comum ou só é compatível com este se forem preenchidas determinadas condições. Todavia, quer o órgão jurisdicional de reenvio quer a Comissão parecem considerar que a carta de 25 de Outubro de 1985 constitui uma decisão, na acepção do artigo 189.º A Comissão invoca em apoio dessa opinião o acórdão proferido no processo 169/84, Cofaz/Comissão (Colect. 1986, p. 391), no qual o Tribunal de Justiça admitiu que uma decisão tomada numa reunião da Comissão a fim de pôr termo a um procedimento de exame nos termos do artigo 93.º, n.º 2, e notificada ao Estado-membro em causa por carta, era susceptível de fiscalização, nos termos do artigo 173.º do Tratado. Contudo, poderia perguntar-se se, na prática, deve existir uma diferença formal entre a notificação no final do exame pré-contencioso da conformidade do auxílio com o Tratado, que o Tribunal de Justiça declarou no acórdão Lorenz que não tinha de revestir a forma de uma decisão na acepção do artigo 189.º, e a decisão tomada no fim do processo contraditório, a qual, segundo o Tribunal de Justiça, deve ter essa forma. Uma vez que a validade da carta da Comissão não foi impugnada, estou, todavia, disposto a admitir, no caso vertente, a exactidão da opinião defendida pelo órgão jurisdicional de reenvio e pela Comissão.

14. Em segundo lugar, dos autos ao dispor do Tribunal de Justiça não resulta claramente se todos os aspectos do auxílio controvertido devem considerar-se como tendo sido notificados à Comissão. O primeiro

considerando da Decisão 86/186 diz que o Governo francês «notificou à Comissão a sua intenção de conceder um certo número de auxílios às empresas de pesca marítima», mas mais adiante lê-se (ver p. 60) que alguns aspectos das actividades do FIOM só foram notificados após a execução dos auxílios e depois de vários pedidos da Comissão. Esta declaração retoma uma acusação formulada pela Comissão na sua carta de 27 de Julho de 1984, segundo a qual as informações relativas ao FIOM, que lhe foram fornecidas pelas autoridades francesas, eram incompletas, fragmentárias e tardias. Todavia, uma vez que o último período do artigo 93.º, n.º 3, tem, no caso presente, o mesmo efeito, quer o projecto de auxílio tenha ou não sido notificado, não me parece necessário aprofundar a questão.

O efeito do último período do artigo 93.º, n.º 3

15. Deve observar-se que o despacho impugnado, que pôs em execução o Decreto n.º 84-1297, entrou em vigor em 20 de Abril de 1985, muito antes de a Comissão ter enviado a sua carta de 25 de Outubro de 1985 que pôs fim ao procedimento nos termos do artigo 93.º, n.º 2. Isto significa que a França não cumpriu a obrigação que lhe impunha o último período do artigo 93.º, n.º 3, de não pôr em execução as medidas projectadas antes de o procedimento ter sido objecto de uma decisão final. O órgão jurisdicional de reenvio procura determinar as eventuais consequências resultantes da violação desta obrigação a partir de processos em que a Comissão, posteriormente, considerou as medidas em questão compatíveis com o mercado comum.

16. Até há pouco tempo, a resposta a esta questão podia parecer bastante clara. O Tribunal de Justiça declarou no n.º 8 do acórdão no processo Lorenz que:

«A proibição de pôr em execução, contida no último período do artigo 93.º, n.º 3, tem um efeito directo e cria para os particulares direitos que os órgãos jurisdicionais nacionais devem proteger;

a natureza imediatamente aplicável desta proibição abrange todo o período em relação ao qual ela se aplica;

assim, o efeito directo da proibição abrange qualquer auxílio que tenha sido posto em execução sem ser notificado e, em caso de notificação, opera durante a fase preliminar e, se a Comissão iniciar o processo contraditório, até à decisão final».

17. Este aspecto do acórdão do Tribunal de Justiça no processo Lorenz transparecia já do processo 6/64, Costa/Enel (Recueil, 1964, p. 585), e foi retomado no acórdão Steinike e Weinlig, já referido. Como já expliquei no n.º 37 das minhas conclusões no processo C-301/87, França/Comissão, «Boussac» (Colect. 1990, p. I-307), esta série de processos estabelece, do meu ponto de vista, que, em caso de violação da proibição contida no último período do artigo 93.º, n.º 3, quer porque novos auxílios foram postos em execução sem terem sido notificados, quer porque os auxílios notificados foram postos em execução antes de terem sido aprovados pela Comissão, os órgãos jurisdicionais nacionais, se uma parte

interessada a eles tiver recorrido, devem aplicar essa proibição. Isto significa que devem considerar ilegal qualquer medida tomada com violação do último período do artigo 93.º, n.º 3, e conceder qualquer medida necessária para garantir a eficácia da proibição nele estabelecida.

18. Todavia, no presente caso, o Governo francês alega que o acórdão do Tribunal de Justiça no processo Boussac, cujos excertos relevantes foram depois retomados no processo C-142/97, Bélgica/Comissão, «Tubemeuse» (Colect. 1990, p. I-959), implicitamente esbateu a sua jurisprudência anterior sobre o efeito directo do último período do artigo 93.º, n.º 3. O representante do Governo defendeu um ponto de vista semelhante nas alegações que apresentou ao órgão jurisdicional de reenvio antes de o pedido de decisão prejudicial ter sido submetido.

19. No processo Boussac, uma das pretensões da Comissão era a de que tinha o poder de considerar que um auxílio que não lhe tivesse sido notificado era ilegal por esse simples facto e não podia examinar a compatibilidade desse auxílio com o mercado comum. Contudo, o Tribunal recusou-se a aceitar que a falta de notificação por um Estado-membro dispense a Comissão, quando tenha conhecimento desse facto, do seu dever de examinar a compatibilidade do auxílio com o mercado comum.

20. O Tribunal declarou que, quando um Estado-membro tenha concedido ou alterado um auxílio sem notificação prévia, a Comissão tem o poder, depois de ter notificado o Estado-membro em causa para apre-

sentar as suas observações, de tomar uma decisão provisória intimando-a a suspender o pagamento do auxílio enquanto aguarda o resultado do exame deste e a prestar à Comissão todas as informações necessárias para apreciar a compatibilidade do auxílio com o mercado comum. O Tribunal acrescentou que a Comissão dispõe do mesmo poder «no caso de o auxílio ter sido notificado à Comissão, mas em que o Estado-membro em causa, sem esperar pelo termo do procedimento previsto no artigo 93.º, n.os 2 e 3, do Tratado, põe em execução o auxílio, contrariamente à proibição prevista no n.º 3 desse artigo» (n.º 20 do acórdão).

21. O acórdão do Tribunal de Justiça significa que a Comissão deve examinar a compatibilidade com o mercado comum de qualquer projecto, de que tenha conhecimento, que vise conceder ou alterar um auxílio, ainda que o Estado-membro em causa, com violação do último período do artigo 93.º, n.º 3, o tenha posto em execução sem esperar que para isso tenha sido autorizado. A Comissão não tem o poder de declarar ilegal um auxílio apenas pelo facto de esse período ter sido violado.

22. Na opinião do Governo francês, resulta do acórdão do Tribunal de Justiça no processo Boussac que os órgãos jurisdicionais nacionais também não têm competência para declarar um auxílio ilegal unicamente por violação do último período do artigo 93.º, n.º 3. Este ponto de vista é, em certa medida, partilhado pelo Governo do Reino Unido, que não apresentou observações escritas neste processo, mas que esteve representado na audiência. O Reino Unido retomou o argumento que tinha aduzido no processo Boussac, segundo o qual a violação do último período do artigo 93.º, n.º 3, não torna automaticamente ilegal um auxílio, embora estivesse disposto a admitir que

os órgãos jurisdicionais nacionais podem tomar medidas provisórias, em caso de tal violação, para proteger a situação de terceiros enquanto aguardam a conclusão do exame da Comissão.

23. Não aceito que o acórdão do Tribunal de Justiça no processo Boussac deva ser considerado uma alteração da sua jurisprudência anterior sobre o efeito directo do último período do artigo 93.º, n.º 3. No n.º 38 das minhas conclusões no processo Boussac, permiti-me sugerir que, como os órgãos jurisdicionais nacionais podiam declarar ilegal um auxílio por violação do último período do artigo 93.º, n.º 3, o Tratado devia ser interpretado como atribuindo à Comissão um poder análogo. O acórdão do Tribunal de Justiça no sentido de que a Comissão não dispõe de tal poder não tem, em meu entender, qualquer incidência nos poderes e obrigações dos órgãos jurisdicionais nacionais. A Comissão deve examinar em substância a compatibilidade da medida de auxílio projectada com o mercado comum, enquanto os órgãos jurisdicionais nacionais devem fazer com que a referida medida não seja posta em execução antes de esse exame ter terminado.

24. De facto, o acórdão Boussac realça não o paralelismo mas a distinção entre a posição da Comissão e a dos órgãos jurisdicionais nacionais. A Comissão não está dispensada do exame em substância do auxílio pelo facto de um Estado-membro ter violado o artigo 93.º, n.º 3, constituindo esse exame a sua principal responsabilidade. O órgão jurisdicional nacional limita-se a aplicar critérios processuais susceptíveis de permitir que o artigo 93.º, n.º 3, último período, tenha efeito directo. De resto, se bem que distintas, as duas funções são, contudo, complementares, porque o exercício pelo órgão jurisdicional nacional do seu poder de declarar ilegais medidas que não foram no-

tificadas, ou que foram executadas prematuramente, ajudará a garantir que os Estados-membros cumprem as suas obrigações e facilitará a tarefa da Comissão no exame em substância dos auxílios projectados. É por esta razão que os órgãos jurisdicionais nacionais devem aplicar o último período do artigo 93.º, n.º 3, em circunstâncias em que a Comissão teria a obrigação de examinar a compatibilidade do auxílio com o mercado comum.

25. Em meu entender, é portanto claro que o acórdão do Tribunal no processo Boussac não tem qualquer incidência na sua jurisprudência, bem assente, relativa ao efeito directo do último período do artigo 93.º, n.º 3. Com efeito, o acórdão não contém nenhuma alusão a uma qualquer intenção de alterar essa jurisprudência. Pelo contrário, o Tribunal de Justiça retomou nesse acórdão o princípio que tinha enunciado nos processos apensos 91/83 e 127/83, Heineken Brouwerijen/Inspecteurs der Vennootschapsbelasting, n.º 20 (Recueil 1984, p. 3435), segundo o qual «o último período do artigo 93.º, n.º 3 constitui a salvaguarda do mecanismo de controlo instituído por esse artigo, o qual, por sua vez, é essencial para garantir o funcionamento do mercado comum.

26. Além disso, seria, em meu entender, muito pouco desejável que fosse introduzida no presente caso uma qualquer alteração da jurisprudência do Tribunal de Justiça sobre o efeito directo do último período do artigo 93.º, n.º 3. Como salienta a Comissão, o objectivo desse período é impedir os Estados-membros de porem em execução projectos de concessão de auxílios antes de a

Comissão ter decidido se eles são ou não compatíveis com o mercado comum, prática que, de acordo com os números apresentados pela Comissão no presente caso, subsiste de uma forma inadmissível. Dada a importância do último período do artigo 93.º, n.º 3, para garantir o respeito pelos Estados-membros das regras do Tratado em matéria de auxílios, o Tribunal de Justiça sublinhou que é inaceitável uma interpretação do artigo 93.º que «leve a privar o disposto no n.º 3 da sua força vinculativa e mesmo a favorecer o seu incumprimento» (processo 173/73, Itália/Comissão, n.º 15, Recueil 1974, p. 709).

27. Assim, tal como o Tribunal de Justiça declarou no acórdão Lorenz, o efeito directo da proibição prevista no último período daquela disposição abrange qualquer auxílio que tenha sido posto em execução sem ter sido notificado e opera, em caso de notificação, durante toda a fase preliminar e, se a Comissão der início ao processo contraditório, até à decisão final. Os órgãos jurisdicionais nacionais devem extrair as consequências adequadas deste facto e devem, portanto, tomar qualquer medida que lhes pareça necessária no caso concreto para anular os efeitos da violação do último período do artigo 93.º, n.º 3. Por conseguinte, os órgãos jurisdicionais nacionais podem ser obrigados a declarar ilegal a legislação que executa o auxílio e ordenar a restituição do auxílio já pago. Sempre que o auxílio tenha sido financiado por encargos impostos às empresas, os órgãos jurisdicionais nacionais podem ser obrigados a ordenar que esses encargos sejam restituídos.

28. Que se passa então quando, antes de os órgãos jurisdicionais nacionais tomarem uma decisão, a Comissão considera que, se bem que instituído de forma ilegal, o auxílio

é, todavia, compatível em substância com o mercado comum? Em meu entender, o órgão jurisdicional nacional pode, ainda assim, ser obrigado a declarar ilegais as medidas adoptadas antes disso e a daí extrair as consequências necessárias. Salientando que, como assinala a Comissão, uma decisão por ela tomada no termo do processo contraditório não tem efeitos retroactivos e não pode, portanto, sanar os vícios de procedimento que já afectam a validade de uma medida nacional que executa o auxílio prematuramente. Do meu ponto de vista, isto é assim, quer o auxílio seja ou não considerado compatível com o mercado comum, sendo a finalidade do último período do artigo 93.º, n.º 3, impedir os Estados-membros de porem em execução projectos de concessão de auxílios antes de a Comissão ter tomado uma decisão. Se uma violação desta disposição fosse desprovida de consequências sempre que a Comissão considerasse afinal o auxílio compatível com o mercado comum, os Estados-membros seriam incitados a não esperar pelo fim do exame da Comissão, uma vez que, desse modo, o auxílio poderia ser instituído mais rapidamente. Tal resultado enfraqueceria consideravelmente o procedimento de execução do regime de auxílios do Tratado e conferiria um vantagem injusta às empresas que tivessem beneficiado do auxílio. Em princípio, portanto, os órgãos jurisdicionais nacionais devem assegurar a restituição de qualquer auxílio pago prematuramente. Se for necessário autorizar uma empresa a conservar um auxílio pago prematuramente, sendo esse auxílio imputado a um auxílio a ser pago posteriormente no âmbito de um projecto considerado compatível com o mercado comum, pode então revelar-se necessário fazer um ajustamento para compensar qualquer vantagem concorrencial de que, de outro modo, beneficiaria a empresa em causa, em razão do pagamento antecipado.

29. Em minha opinião, é claro que a decisão da Comissão que considera um projecto

de auxílio compatível com o mercado comum não pode ser entendida como criando uma expectativa legítima de que qualquer auxílio já pago seja legal. A Comissão publicou uma comunicação no Jornal Oficial em 1983 (JO C 318, p. 3) prevenindo os potenciais beneficiários de um auxílio de que este deveria eventualmente ser restituído se se verificasse que tinha sido concedido ilegalmente. Além disso, o Tribunal declarou no processo C-5/89, Comissão/Alemanha (Colect. 1990, p. I-3437), que, tendo em conta a importância da função desempenhada pela Comissão no âmbito do artigo 93.º do Tratado, os beneficiários de um auxílio só podem, em princípio, ter uma confiança legítima na legalidade desse auxílio se as condições processuais desse artigo tiverem sido preenchidas. O Tribunal assinalou que um operador económico diligente deve normalmente estar em condições de se certificar de que essas condições foram respeitadas.

30. O Tribunal não excluiu a possibilidade de o beneficiário de um auxílio pago ilegalmente invocar em certos casos uma expectativa legítima de que esse auxílio fosse legal e de se opor, assim, à sua restituição. Todavia, o Tribunal de Justiça declarou claramente que isso só é possível em circunstâncias excepcionais. Compete aos órgãos jurisdicionais nacionais apreciar tal pretensão, se for caso disso após terem submetido questões prejudiciais, nos termos do artigo 177.º do Tratado.

31. O Tribunal de Justiça acrescentou que um Estado-membro que concedeu um auxílio com violação das regras processuais previstas no artigo 93.º não podia ele próprio invocar a confiança legítima dos beneficiários para se furtar à obrigação de executar

uma decisão da Comissão que lhe ordenasse a recuperação do auxílio. Admitir tal possibilidade seria o mesmo, com efeito, que permitir às autoridades nacionais basearem-se no seu próprio comportamento ilegal para frustrar a eficácia das decisões tomadas pela Comissão ao abrigo das disposições do Tratado em matéria de auxílios (ver igualmente o acórdão de 21 de Março de 1991, Itália/Comissão, C-303/88, Colect., p. I-1433). Daí resulta, em meu entender, que um Estado-membro não pode invocar as pretensas expectativas legítimas dos beneficiários para se furtar à intimação de um órgão jurisdicional nacional para restituir um auxílio pago prematuramente.

32. Admito que, quando, como no caso presente, a Comissão conclua finalmente que o projecto em questão é compatível com o mercado comum, pode resultar algum inconveniente e atraso pelo facto de, entretanto, o órgão jurisdicional nacional ter declarado o auxílio ilegal por violação do último período do artigo 93.º, n.º 3. É igualmente verdade, como o Tribunal de Justiça reconheceu no processo Lorenz, que os processos de auxílios põem muitas vezes em jogo sectores em que é urgente intervir para que as medidas projectadas atinjam o efeito pretendido. Todavia, o melhor meio de os Estados-membros limitarem ao máximo os inconvenientes e o atraso é absterem-se de pôr em execução projectos que concedam auxílios ou que os alterem antes de terem sido autorizados pela Comissão.

33. Pelo contrário, não partilho o argumento aduzido pela Comissão segundo o qual, se um Estado-membro quiser reinstituir um auxílio considerado ilegal pelo órgão jurisdicional nacional, por violação do último período do artigo 93.º, n.º 3, mas

considerado compatível em substância com o mercado comum pela Comissão, deve proceder a uma nova notificação. Nesse caso, não é o projecto de auxílio que o órgão jurisdicional nacional considera ilegal, mas as medidas nacionais que põem em execução o projecto prematuramente. Como consequência, a decisão do órgão jurisdicional nacional não afecta a validade do próprio projecto. Quando a Comissão tenha decidido que o projecto é compatível com o mercado comum, o Estado-membro em causa pode, portanto, pô-lo em execução sem mais formalidades. O argumento da Comissão, se o aceitássemos, conduziria a complexidades processuais inúteis. Além

disso, se se concluísse que uma decisão de um órgão jurisdicional nacional, que declara inválida uma medida interna por violação do último período do artigo 93.º, n.º 3, tinha como efeito a nulidade do projecto que essa medida visava executar, poder-se-ia sustentar que tal decisão dispensava a Comissão da sua obrigação de examinar a compatibilidade do projecto com o mercado comum, quando o órgão jurisdicional nacional tivesse proferido uma decisão antes de a Comissão ter terminado a sua investigação. Tal conclusão, que poderia ser difícil contestar, seria, em meu entender, incompatível com o acórdão do Tribunal no processo Boussac.

Conclusão

34. Entendo, portanto, que deve responder-se do seguinte modo à questão submetida pelo Conseil d'État francês:

- «1) O último período do artigo 93.º, n.º 3, do Tratado CEE deve ser interpretado no sentido de que um Estado-membro não pode pôr em execução um projecto que institua ou modifique um auxílio antes de a Comissão ter formado uma opinião, no final do período preliminar ou, sendo caso disso, no termo do processo contraditório, sobre a compatibilidade do auxílio com o mercado comum. Aquele período atribui aos particulares direitos que os órgãos jurisdicionais nacionais devem proteger.
- 2) Como consequência, os órgãos jurisdicionais nacionais devem declarar ilegal qualquer medida adoptada por um Estado-membro com violação do último período do artigo 93.º, n.º 3, e devem extrair todas as consequências adequadas dessa ilegalidade.
- 3) O vício de ilegalidade que afecta qualquer medida adoptada por um Estado-membro com violação do último período do artigo 93.º, n.º 3, não é sanado por uma decisão posterior da Comissão que declare o auxílio em questão compatível com o mercado comum.»