

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL  
ANTONIO TIZZANO  
apresentadas em 19 de Junho de 2003 <sup>1</sup>

Índice

Matéria de facto e tramitação processual .....	I - 3931
Matéria de facto .....	I - 3931
O procedimento administrativo e a decisão impugnada .....	I - 3933
Tramitação processual no Tribunal de Justiça .....	I - 3936
Análise jurídica .....	I - 3936
Introdução .....	I - 3936
A qualificação das subvenções pagas pela THA à SMI como auxílios estatais incompatíveis com o mercado comum .....	I - 3937
Argumentos das partes .....	I - 3937
Apreciação .....	I - 3940
A qualificação do empréstimo de 70,3 milhões de DEM concedido à SMI pelo <i>Land</i> de Brandeburgo como auxílio estatal incompatível com o mercado comum .....	I - 3942
i) A não aplicação da derrogação do artigo 87.º, n.º 2, alínea c), e a insuficiente fundamentação quanto a este ponto .....	I - 3943
ii) A violação dos artigos 87.º, n.º 1, e 88.º CE .....	I - 3945
A qualificação da subvenção de 1,8 milhões de DEM paga à SMI para operações de transferência como um auxílio estatal incompatível com o mercado comum .....	I - 3947
A qualificação do empréstimo concedido à SiMI pelo <i>Land</i> de Brandeburgo como auxílio estatal incompatível com o mercado comum .....	I - 3947
A qualificação da subvenção paga pela BvS à SiMI como auxílio estatal incompatível com o mercado comum .....	I - 3948

1 — Língua original: italiano.

A ordem de recuperação dos auxílios de empresas que não sejam a SMI .....	I - 3948
Argumentos das partes .....	I - 3949
Apreciação .....	I - 3953
i) A recuperação dos auxílios concedidos à SiMI .....	I - 3953
ii) A recuperação dos auxílios concedidos à SMI .....	I - 3958
iii) Considerações finais .....	I - 3961
Quanto às despesas .....	I - 3962
Conclusões .....	I - 3962

1. Por recurso interposto em 11 de Julho de 2000, a República Federal da Alemanha pediu, ao abrigo do artigo 230.º CE, a anulação da Decisão 2000/567/CE da Comissão Europeia, de 11 de Abril de 2000, «relativa ao auxílio estatal concedido pela Alemanha a favor da System Microelectronic Innovation GmbH, Frankfurt/Oder (*Land* de Brandeburgo)» (a seguir «decisão impugnada»)<sup>2</sup>.

actividade principal de fabrico por medida de circuitos integrados e detinha, neste sector económico, a liderança do mercado em toda a área do Comecon. A esta empresa sucedeu a Mikroelektronik und Technologie GmbH (a seguir «MTG»), cuja propriedade era da Treuhandanstalt, um organismo alemão de direito público encarregado da reestruturação das empresas da antiga República Democrática Alemã (a seguir «THA»).

## Matéria de facto e tramitação processual

### *Matéria de facto*

2. Antes da reunificação da Alemanha, a empresa do povo VEB/Kombinat Halbleiterwerk, com sede em Frankfurt/Oder (*Land* de Brandeburgo), exercia a sua

3. Em Janeiro de 1993 (com efeitos a partir de Março desse mesmo ano) a THA cedeu à empresa norte-americana Synergy Semiconductor Corporation (a seguir «Synergy») 49% do capital da MTG, que adoptou nesse contexto a denominação de Halbleiter Electronic Frankfurt (O) GmbH (a seguir «HEG»); essa denominação foi posteriormente alterada em Dezembro de 1993 para System Mikroelektronik GmbH (a seguir «SMI»). Em 28 de Junho de 1994, a THA transferiu a sua participação no capital da SMI (de 51%) para o *Land* de Brandeburgo.

2 — JO L 238, p. 50.

4. No período de 1993 a 1997, a SMI recebeu financiamentos da THA e do *Land* de Brandeburgo num montante global de 135,1 milhões de DEM, repartidos do seguinte modo:

- subvenções da THA de 64,8 milhões de DEM, dos quais: 45 milhões para investimentos; 18 para fazer face às exigências de liquidez da empresa; e 1,8 para operações de transferência<sup>3</sup>;
- um empréstimo de 70,3 milhões de DEM, repartido em duas prestações de 35 e 35,3 milhões de DEM, por parte do *Land* de Brandeburgo.

5. Devido às dificuldades encontradas no exercício da sua actividade, em 25 de Abril de 1997 a SMI foi obrigada a apresentar-se à falência, adoptando por conseguinte a denominação de SMI in Gesamtvollstreckung (SMI em liquidação; a seguir «SMI i.G.»). Em 30 de Junho de 1997, a SMI i.G. cessou a sua actividade e, no dia seguinte, o Amtsgericht Frankfurt/Oder decretou o início do processo de falência, procedendo à nomeação de um administrador. No mesmo dia, a fim de permitir a prossecução da actividade da SMI (que nessa época contava com 370 trabalhadores), o administrador da falência criou duas

empresas de acantonamento: a Silicium Mikroelektronik Integration GmbH (a seguir «SiMI»), detida a 100% pela SMI i.G.; e a Microelectronic Design & Development GmbH (a seguir «MD & D»), detida a 100% pela SiMI. A SiMI, com um capital social de 50 000 DEM e 105 trabalhadores, deveria continuar a exercer a actividade da SMI, utilizando a título oneroso os activos desta. A MD & D, com o mesmo capital, deveria, pelo contrário, operar nas áreas de consultoria, marketing, concepção e desenvolvimento de produtos e serviços no sector da microelectrónica.

6. Sempre com o objectivo de permitir a prossecução da actividade da SMI, em 29 de Julho de 1997, o *Land* de Brandeburgo concedeu à SiMI um empréstimo de 4 milhões de DEM com uma taxa de juro 3% mais elevada que a taxa normal de mercado. A Bundesanstalt für vereinigungsbedingte Sonderaufgaben (sucessora da THA; a seguir «BvS») concedeu, além disso, à SiMI um empréstimo posterior de 1 milhão de DEM para compensar as perdas previstas nos primeiros doze meses de actividade.

7. O *Land* de Brandeburgo, de acordo com o administrador da falência, tentou encontrar um investidor privado que adquirisse a SiMI. Na sequência de algumas negociações infrutíferas, em 28 de Junho de 1999, 80% das acções da MD & D foram vendidas à empresa norte-americana Megaxess Inc. (a seguir «Megaxess»), e os restantes 20% foram cedidos a três trabalhadores da própria MD & D. Em 14 de Julho

3 — Na decisão impugnada, a subvenção de 1,8 milhões de DEM para operações de transferência é descrita como uma subvenção da THA, mas do recurso resulta que esta foi paga pela Bundesanstalt für vereinigungsbedingte Sonderaufgaben (sucessora da THA).

de 1999, a MD & D adquiriu, pois, as participações da SiMI, no valor nominal de 50 000 DEM, e os activos da SMI i.G., pelo preço de 1,7 milhões de DEM.

*O procedimento administrativo e a decisão impugnada*

8. Depois de ter tido conhecimento através da imprensa de um projecto de auxílios em benefício da SMI, em 2 de Setembro de 1996 e em 23 de Janeiro de 1997, a Comissão dirigiu-se às autoridades alemãs para obter informações adicionais a esse respeito. Não tendo recebido nenhuma comunicação oficial em resposta a esses pedidos, por ofício de 5 de Agosto de 1997, a Comissão informou o Governo alemão da sua decisão de dar início a um processo em conformidade com o artigo 88.º, n.º 2, CE<sup>4</sup>. Nesse ofício, a Comissão exprimia, em especial, as suas dúvidas: a) quanto à compatibilidade com o mercado comum dos presumidos auxílios estatais, num montante global de 131 milhões de DEM, concedidos à SMI pela THA e pelo *Land* de Brandeburgo; b) quanto ao cumprimento das normas comunitárias em matéria de auxílios por ocasião da venda das participações da HEG à Sinergy. A Comissão ordenava, além disso, ao Governo alemão que transmitisse todos os documentos, informações e elementos necessários para lhe permitir apreciar a compatibilidade dos auxílios já pagos ou a pagar pela SMI, indicando que, caso contrário, adoptaria uma decisão com base apenas nas informações à sua disposição.

9. No decurso do processo, as autoridades alemãs comunicaram várias vezes elementos informativos à Comissão e apresentaram as suas observações. Apenas um terceiro interessado (a Swedish Electronic Component Manufacturers Association) apresentou observações à Comissão, apoiando a sua decisão de dar início ao processo.

10. Com base nas informações obtidas no decurso do processo, em 11 de Abril de 2000 a Comissão adoptou a decisão impugnada, na qual:

- declarou que as subvenções pagas pela THA a favor da SMI num montante total de 64,8 milhões de DEM e o empréstimo de 70,3 milhões de DEM concedido à mesma empresa pelo *Land* de Brandeburgo constituíam auxílios estatais incompatíveis com o mercado comum (artigo 1.º);
- declarou igualmente que a subvenção de 1 milhão de DEM paga pela BvS à SiMI e o empréstimo de 4 milhões de DEM concedido à mesma empresa pelo *Land* de Brandeburgo constituíam auxílios estatais incompatíveis com o mercado comum (artigo 2.º);
- e ordenou à Alemanha que tomasse todas as medidas necessárias para recuperar junto dos beneficiários esses

4 — V. a comunicação de abertura do processo publicada no JO C 352, p. 3.

auxílios pagos indevidamente (acrescidos dos juros entretanto vencidos), nos termos das disposições do direito alemão, precisando para esse fim que «o termo 'beneficiário' abrange a SiMI, a SMI e a Microelectronic Design & Development GmbH (MD & D), bem como qualquer outra empresa que tenha recebido ou venha a receber activos da SMI, da SiMI ou da MD & D com o fim de contornar as consequências da [...] decisão» (artigo 3.º).

11. Na fundamentação da decisão, a Comissão explicou antes de mais as razões pelas quais: a) as medidas em questão constituíam auxílios estatais nos termos do artigo 87.º, n.º 1, CE (n.ºs 26 e 27); b) esses auxílios eram incompatíveis com o mercado comum, não podendo beneficiar de nenhuma das derrogações referidas nos n.ºs 2 e 3 do artigo 87.º (n.ºs 29 a 40). Nesse contexto, para o que aqui interessa, a Comissão esclareceu também que, ao contrário do que entenderam as autoridades alemãs, as subvenções pagas pela THA à SMI não estavam abrangidas pelas decisões em que a Comissão autorizou o segundo e o terceiro regimes de auxílios da THA<sup>5</sup>. A esse propósito, a Comissão sublinhou, em especial, que as subvenções em questão apenas poderiam ser abrangidas nesses regimes se a SMI fosse privatizada e que, para esse fim, não era suficiente a cessão de

49% do capital dessa empresa à Sinergy<sup>6</sup>, porque «uma instituição pública manteve uma participação maioritária na empresa e um controlo ilimitado sobre a sua actividade enquanto que os accionistas privados apenas detinham uma participação minoritária»<sup>7</sup>.

12. Uma vez estabelecido que as medidas em questão eram qualificadas como auxílios estatais incompatíveis com o mercado comum, e dado que esses auxílios foram concedidos ilegalmente, a Comissão considerou oportuno fornecer algumas indicações sobre a consequente obrigação de recuperação, «tendo em conta as recentes alterações introduzidas a nível dos beneficiários do auxílio»<sup>8</sup>.

13. A esse respeito, a Comissão começou por esclarecer em termos gerais que «o auxílio tem de ser recuperado da empresa que o recebeu efectivamente. Caso o beneficiário tenha sido alienado subsequentemente, o auxílio tem de ser recuperado do comprador, independentemente do facto de os respectivos montantes terem sido consi-

6 — Segundo o que resulta dos autos, foi cedido à Sinergy, na realidade, 49% do capital da HEG, que só posteriormente alterou a denominação para System Mikroelektronik (SMI). Tendo em conta, todavia, que na decisão impugnada se menciona a cessão à Sinergy de 49% do capital da SMI, por uma questão de simplicidade nas presentes conclusões faremos o mesmo.

7 — N.º 26. A Comissão sublinhou, em especial, que «com excepção das privatizações, estes regimes só [admitiam] empréstimos e garantias» e que «[estavam] previstas subvenções no caso de uma privatização precisamente devido ao papel único e singular da THA, ou seja, a realização da passagem de uma economia estatal para uma economia de mercado». Esse objectivo, contudo, só poderia ser atingido «se as empresas públicas forem vendidas e o seu controlo passar para investidores privados».

8 — N.º 42.

5 — Decisões E 15/92 e N 768/94, não publicadas no Jornal Oficial.

derados ou não nas condições de venda»<sup>9</sup>. Aplicando o referido princípio ao auxílio concedido à SiMI, a Comissão indicou, portanto, que «as suas participações foram vendidas à MD & D em 14 de Julho de 1999», retirando daí a consequência que «este auxílio [tinha] de ser recuperado da MD & D»<sup>10</sup>.

14. É mais complexo, no entanto, o raciocínio desenvolvido pela Comissão no que respeita à recuperação do auxílio concedido à SMI.

15. A esse propósito, a Comissão observou antes de mais que «é possível ou até mesmo provável, que no decurso da liquidação subsequente a um processo de falência, todos os activos restantes da empresa sejam vendidos, o que, em si, não deve ser considerado como problemático, dado que a venda se realizou sob o controlo de um administrador da falência que é suposto agir no interesse dos credores, destinando-se o produto da venda dos activos a satisfazer as exigências dos credores. Se bem que esse produto possa não ser suficiente para extinguir todas as dívidas da empresa e para assegurar um reembolso total, a liquidação não deixa de ser interessante em termos de condições de concorrência. As empresas concorrentes susceptíveis de terem sofrido prejuízos resultantes de auxílios estatais incompatíveis, devem poder ocupar o nicho de mercado deixado pela empresa em processo de liquidação e adquirir os activos vendidos

e utilizá-los mais eficazmente. A fim de evitar, além disso, que a sua decisão seja contornada e para excluir quaisquer distorções da concorrência, a Comissão pode, se for caso disso, exigir que o processo de recuperação não esteja limitado ao beneficiário inicial dos auxílios, alargando-o à empresa que prossegue a actividade do beneficiário inicial com os meios de produção que lhe foram transferidos, caso determinados aspectos da transferência em ambas as empresas permitam a comprovação da continuação da actividade económica»<sup>11</sup>.

16. Em seguida, quanto ao caso em análise, a Comissão indicou que «os activos imobilizados da SMI foram alienados em conjunto com as participações da SiMi à MD & D. A alienação dos activos imobilizados foi necessária para permitir que a MD & D prosseguisse a actividade da SiMI, dado que a SiMI havia utilizado os activos da SMI, tendo beneficiado assim do auxílio concedido formalmente à SMI. A alienação dos activos imobilizados teve lugar pouco depois de 28 de Junho de 1999 quando o mesmo administrador vendeu 80% das participações da MD & D à Megaxess e os restantes 20% a trabalhadores da MD & D». Segundo a Comissão, era,

11 — N.º 47 e 48. Como indícios da «comprovação da continuação da actividade económica», a Comissão referiu em especial: «o objecto da transferência (activos e dívidas, retoma de trabalhadores, resumo dos activos), o preço de aquisição, a identidade dos accionistas e/ou proprietários da empresa beneficiária inicial e do comprador, a data da transferência (após o início das investigações, da abertura do procedimento formal de investigação ou após a adopção da decisão definitiva) e a rentabilidade da transferência». A Comissão precisou, além disso, que as suas considerações sobre a recuperação dos auxílios relativamente às empresas que continuam a actividade do beneficiário inicial «são igualmente pertinentes nos casos em que a actividade é transferida durante os processos de insolvência».

9 — N.º 43.

10 — N.º 44.

portanto, evidente «que todas estas transacções [estavam] interligadas, tendo por fim colocar todos os activos que estavam na posse da SMI e eram utilizados pela SiMI, sob o controlo dos novos accionistas da MD & D, de modo a protegê-los da operação de recuperação de auxílios estatais ilegalmente concedidos». Nessas circunstâncias, em seu entender, «o preço pago pelas participações da MD & D, por um lado, e o preço pago pelos activos da SMI e pelas participações da SiMI, por outro, não [tinha] qualquer peso na apreciação da transacção na sua globalidade»<sup>12</sup>.

condenação da Comissão nas despesas do processo. A Comissão contestou obviamente esses pedidos, pedindo, por sua vez, a condenação da recorrente nas despesas. Concluída a fase escrita, no decurso da qual foram apresentadas igualmente uma réplica e uma tréplica, as partes foram ouvidas em audiência em 21 de Novembro de 2002.

## Análise jurídica

17. Tendo em conta igualmente que a «Megaxess e os outros compradores da MD & D e obviamente a MD & D estavam perfeitamente a par da existência deste processo e deveriam tê-lo tomado em consideração», a Comissão chegou, portanto, à conclusão que «o termo ‘beneficiário’ [abrangia] não só a SiMI e a SMI, mas igualmente a MD & D e qualquer outra empresa que [tivesse] recebido ou [viesse] a receber activos da SMI; da SiMI ou da MD & D com o fim de contornar as consequências da [...] decisão»<sup>13</sup>.

## Introdução

19. No requerimento de interposição do presente recurso, o Governo alemão apresentou quatro fundamentos, designadamente:

## *Tramitação processual no Tribunal de Justiça*

18. Por recurso interposto em 11 de Julho de 2000, a República Federal da Alemanha pediu a anulação da decisão impugnada e a

- i) violação dos direitos da defesa e do artigo 88.º, n.º 2, CE, devido ao facto de a ordem de recuperação se dirigir também à SiMI, à MD & D e a outras empresas não referidas, sem que a Comissão tenha dado início a qualquer processo de inquérito relativamente a essas empresas;

12 — N.ºs 50 e 51.

13 — N.º 52.

ii) violação de formalidades essenciais, devido, por um lado, a erro no apuramento dos factos (relativamente à privatização da SMI, ao facto de o empréstimo concedido à SiMI pelo *Land* de Brandeburgo poder ou não ser abrangido num regime de auxílios autorizado e à transferência de vantagens para a SiMI, a MD & D ou para terceiros) e, por outro, a falta de fundamentação [relativamente à privatização da SMI e à possível aplicação da derrogação do artigo 87.º, n.º 2, alínea c), CE];

iii) violação dos artigos 87.º, n.ºs 1 e 2, alínea c), e 88.º CE, devido a erro na qualificação das medidas controvertidas como auxílios estatais incompatíveis com o mercado comum;

iv) diversos vícios relativos à ordem de recuperação dos auxílios junto de empresas que não a SMI e, em especial: incompetência da Comissão; violação sob diversos aspectos dos artigos 87.º, n.º 1, e 88, n.º 2, CE; violação de formalidades essenciais por insuficiente apuramento dos factos e falta de fundamentação; violação dos princípios da segurança jurídica e da proporcionalidade.

20. Como é fácil verificar, estes fundamentos (ou as partes em que se articulam) têm por objecto pontos diferentes da decisão impugnada: com efeito, o primeiro, uma parte do segundo e o quarto fundamentos referem-se à ordem de recuperação dos auxílios (artigo 3.º da decisão), e algumas partes do segundo e o terceiro fundamentos dizem respeito à qualificação das medidas controvertidas como auxílios estatais incompatíveis com o mercado comum (artigos 1.º e 2.º). Por motivos de clareza e de ordem de exposição, na análise dos referidos fundamentos convirá, portanto, começar pelos que põem em causa a qualificação das diversas medidas controvertidas (consideradas separadamente) como auxílios estatais incompatíveis com o mercado comum e, em seguida, passar a analisar os que dizem respeito à ordem de recuperação.

*A qualificação das subvenções pagas pela THA à SMI como auxílios estatais incompatíveis com o mercado comum*

Argumentos das partes

21. À parte as críticas de carácter geral relativas à não aplicação da derrogação do artigo 87.º, n.º 2, alínea c) <sup>14</sup> e à insuficiente fundamentação da decisão quanto a este

14 — Como é sabido, esta disposição declara compatíveis com o mercado comum «os auxílios atribuídos à economia de certas regiões da República Federal da Alemanha afectadas pela divisão da Alemanha, desde que sejam necessárias para compensar as desvantagens económicas causadas por esta divisão».



ponto, que dizem respeito indistintamente a todas as medidas controvertidas, as críticas especificamente formuladas pelo Governo recorrente quanto à qualificação das subvenções pagas pela THA à SMI como auxílios estatais incompatíveis com o mercado comum partem das referidas decisões em que a Comissão autorizou o primeiro e o segundo regimes de auxílios da THA.

22. Em especial, sublinha o Governo alemão, a decisão relativa ao primeiro regime da THA precisou que, em caso de privatização de uma empresa por parte dessa entidade, o preço de venda não continha elementos de auxílio se a empresa interessada tivesse sido cedida à melhor oferta ou ao único adquirente no quadro de um processo de venda aberta e incondicionada. Na decisão relativa ao segundo regime da THA, a Comissão esclareceu depois que um preço de venda negativo (ou seja, em substância, uma subvenção à empresa cedida ou ao adquirente) não constituía um auxílio estatal no caso de a liquidação da empresa ter sido mais onerosa. Segundo essa decisão, continua o Governo alemão, a venda de uma empresa a um preço negativo devia ser notificada à Comissão e ser analisada por esta apenas se a empresa em questão empregasse mais de mil trabalhadores e se: a venda não tivesse ocorrido no âmbito de um processo aberto e incondicionado; a empresa não tivesse sido cedida à melhor oferta; ou a liquidação da empresa tivesse sido menos onerosa. Em todos os

outros casos de privatização, a concessão de financiamentos não deveria ter sido considerada um auxílio estatal, ou pelo menos deveria ter sido considerada um auxílio concedido no âmbito de um regime autorizado pela Comissão.

23. Entendendo que no caso vertente estavam reunidas todas as condições previstas pela decisão de autorização do segundo regime da THA, o Governo recorrente critica, assim, a Comissão por não ter considerado aplicável a referida decisão (porque, na opinião da referida instituição, não tinha sido realizada uma privatização) e, portanto, de ter qualificado erradamente as subvenções pagas pela THA como auxílios estatais incompatíveis com o mercado comum. A esse respeito, refere, designadamente:

- violação de formalidades essenciais por insuficiência e erro no apuramento da matéria de facto, porque a Comissão não teve em devida conta as condições da venda de 49% do capital da SMI à Sinergy e entendeu erradamente que não tinha sido transferido para a Sinergy o controlo da empresa, chegando assim à conclusão errada de que esta venda não implicava uma privatização na aceção do segundo regime da THA;

- falta de fundamentação, devida ao facto de na decisão terem sido completamente ignorados os argumentos desenvolvidos pelas autoridades alemãs para explicar que os contratos relativos à cessão à Sinergy de 49% do capital da SMI implicavam uma privatização na acepção do segundo regime da THA;
  - violação dos artigos 87.º, n.º 1, e 88.º CE, devido ao facto de a Comissão ter entendido erradamente que a venda de 49% do capital da SMI à Sinergy ou a venda subsequente dos restantes 51% desse capital ao *Land* de Brandeburgo não implicavam uma privatização na acepção do segundo regime da THA e, por conseguinte, ter qualificado erradamente as medidas controvertidas como auxílios estatais incompatíveis com o mercado comum.
24. Concentrando-nos, pelas razões que veremos em breve, na crítica relativa à insuficiência e erro no apuramento da matéria de facto, os argumentos das partes podem ser sintetizados do seguinte modo.
25. Por um lado, o Governo alemão sustenta que na decisão impugnada não foram tidas em consideração as circunstâncias de facto relativas à cessão à Sinergy de 49% do capital da SMI e que a Comissão nem sequer apreciou, em concreto, se a Sinergy tinha adquirido ou não a direcção ou o controlo da empresa. A Comissão limitou-se simplesmente a verificar que a Sinergy tinha adquirido apenas a parte minoritária da SMI, daí deduzindo aprioristicamente que a THA tinha mantido o controlo da empresa e que, por conseguinte, não tinha sido realizada uma privatização efectiva.
26. Essa dedução errada teria sido evitada, segundo aquele Governo, se a Comissão tivesse analisado os contratos relativos à operação de privatização, para os quais, aliás, tinha chamado a sua atenção nas suas comunicações de 6 de Outubro de 1997 e de 7 e 14 de Fevereiro de 2000. Desses contratos resulta, com efeito, que a Sinergy tinha adquirido a direcção e o controlo da SMI, considerando em especial que lhe tinha sido reconhecido o direito de nomear dois dos três administradores, metade dos membros do conselho de fiscalização e o presidente do referido conselho. A posição de controlo da Sinergy, segundo o Governo alemão, teria sido, além disso, confirmada: a) pelo facto de os acordos parassociais atribuírem a essa empresa uma opção de compra das restantes participações sociais e ao administrador delegado nomeado para gerir as participações da THA uma correspondente opção de venda; b) pelo facto de todas as decisões importantes deverem ser tomadas com o consentimento da Sinergy, porque para estas os estatutos da SMI previam uma maioria de 85% dos votos. No mesmo sentido depõe, em seguida,

igualmente o facto de apenas serem reconhecidos ao administrador delegado das participações da THA poderes secundários e limitados de fiscalização.

## Apreciação

27. Por outro lado, a Comissão objecta que, não obstante o pedido de informações dirigido ao Governo alemão com o ofício que o informava da abertura do processo, este só lhe comunicou os elementos de facto relevantes de modo reticente e incompleto, obrigando-a assim a adoptar uma decisão com base apenas nas informações disponíveis<sup>15</sup>. Em especial, a Comissão afirma que não pôde ter em consideração as circunstâncias materiais e jurídicas relativas à cessão à Synergy de 49% do capital da SMI, porque: a) dos contratos concluídos no âmbito dessa cessão só lhe foi dado conhecimento pela primeira vez com o recurso; b) é inexacta a afirmação segundo a qual o conteúdo destes contratos já lhe tinha sido exposto nas três comunicações referidas pelo Governo alemão. A Comissão acrescenta, em seguida, que, de qualquer modo, dado o conceito jurídico de privatização que perflha, não havia razão para se interessar de modo mais aprofundado pela transferência da direcção e do controlo da SMI à Synergy.

28. Deste modo, expostas em síntese as posições das partes, e chegando à apreciação da crítica em análise, devo antes de mais recordar que na decisão impugnada a Comissão entendeu que as subvenções pagas pela THA não estavam abrangidas no segundo e terceiro regimes de auxílios da THA, porque a cessão à Synergy de 49% do capital da SMI «não [podia] ser [encarada] como uma ‘privatização’ na acepção dos regimes [referidos]». Em apoio desta afirmação, a Comissão precisou, em especial, que «ao abrigo destes regimes, [estavam] previstas subvenções no caso de uma privatização precisamente devido ao papel único e singular da THA, ou seja, a realização da passagem de uma economia estatal para uma economia de mercado. Tais auxílios, contudo, só podem atingir o seu objectivo se as *empresas públicas forem vendidas e o seu controlo passar para investidores privados*». No caso em apreço, pelo contrário, segundo a Comissão, «*uma instituição pública manteve uma participação maioritária na empresa e um controlo ilimitado sobre a sua actividade enquanto que os accionistas privados apenas detinham uma participação minoritária*»<sup>16</sup>.

15 — A Comissão invoca a esse respeito a conhecida jurisprudência Boussac (acórdão de 14 de Fevereiro de 1990, França/Comissão, C-301/87, Colect., p. 1-307), segundo a qual, «se o Estado-Membro não fornecer as informações requeridas, apesar de ter sido intimado a fazê-lo pela Comissão, esta pode pôr termo ao processo e adoptar uma decisão que declara a compatibilidade ou incompatibilidade do auxílio com o mercado comum, baseando-se nos elementos de que dispõe» (n.º 22).

29. Do texto da decisão resulta, portanto, claramente que a Comissão excluiu que no

16 — N.º 26; o sublinhado é meu.

caso vertente tivesse sido realizada uma «privatização», referindo o facto de, além da maioria da SMI, a THA ter mantido «um controlo ilimitado sobre a sua actividade». Parece, de resto, um dado adquirido que, como sublinha o Governo alemão sem ser contrariado pela Comissão, essa apreciação colidia com a realidade dos factos, porque os contratos relativos à cessão de 49% do capital da SMI conferiam à Sinergy o controlo dessa empresa. Daí pode facilmente deduzir-se que a apreciação da Comissão quanto à qualificação das medidas controvertidas como auxílios estatais incompatíveis com o mercado comum se baseava efectivamente num erro no apuramento da matéria de facto.

30. Esta conclusão, no entanto, não é suficiente para acolher a crítica em análise, porque há ainda que apreciar se, como sustenta a Comissão, este erro no apuramento da matéria de facto é na realidade imputável não à instituição demandada, mas ao próprio Governo recorrente. Ou seja, há que determinar se esse erro no apuramento da matéria de facto não dependia do comportamento do Governo alemão, o qual, embora tenha recebido em 15 de Agosto de 1997 uma ordem formal na acepção da jurisprudência Boussac, já referida, não forneceu à Comissão as informações solicitadas, autorizando-a assim a apreciar as medidas controvertidas «baseando-se nos elementos de que [dispunha]»<sup>17</sup>.

31. No entanto, duvido que a questão se coloque nestes termos. Como observou com razão o Governo recorrente, com efeito, longe de se prevalecer da faculdade oferecida pela jurisprudência Boussac, a Comissão continuou a discutir com as autoridades alemãs e a solicitar-lhes informações no âmbito de um procedimento que durou dois anos e oito meses, durante os quais esta instituição teve com certeza possibilidade de esclarecer um aspecto especialmente importante para a economia da sua própria decisão, como é o controlo da SMI na sequência da cessão de 49% do seu capital à Sinergy.

32. Mas, sobretudo, parece-me decisivo o facto de na realidade a Comissão ter sido informada da cessão do controlo da SMI à Sinergy. Em resposta, com efeito, a um seu pedido de informações de 13 de Janeiro de 2000, em 14 de Fevereiro seguinte as autoridades alemãs precisaram que, com a venda de 49% do capital da SMI «cessou a responsabilidade da THA [por essa empresa], porque o controlo e a direcção desta se mantiveram nas mãos da Sinergy, que decidiu o plano de reestruturação e a gestão». É verdade que com essa comunicação não foram esclarecidas as modalidades da transferência para a Sinergy do controlo da SMI e que não se anexavam os contratos respectivos, mas é evidente que se existissem dúvidas a esse respeito a Comissão deveria ter pedido explicações às autoridades alemãs. Em qualquer caso, não pode com certeza considerar-se correcto o comportamento desta instituição, que ignorou completamente e sem fundamento a comunicação das autoridades alemãs e baseou a sua decisão no pressu-

17 — Acórdão Boussac, já referido, n.º 22.

posto errado de que, na sequência da cessão de 49% do capital da SMI, a THA mantinha «um controlo ilimitado sobre a sua actividade».

33. Parece-me igualmente improcedente, de resto, o argumento desenvolvido pela Comissão na tréplica. Nesse articulado, a instituição demandada sustentou, em especial, que não era necessário apreciar se a Sinergy tinha ou não adquirido o controlo da SMI, visto que, de qualquer modo, nem sequer a transferência de 49% do capital de uma empresa e do controlo da mesma implicavam uma privatização na acepção do segundo e terceiro regimes da THA; para esse fim seria necessário, ao invés, a cessão da maioria do capital. A esse respeito, no entanto, é fácil objectar que não é este o motivo pela qual na decisão impugnada se negou a realização de uma privatização. Como vimos, com efeito, a Comissão chegou a essa conclusão referindo apenas o facto de que, além da maioria da SMI, a THA tinha mantido «um controlo ilimitado sobre a sua actividade». Por outro lado, parece-me evidente que, se tivesse querido seguir a tese exemplificada na tréplica, já na decisão a Comissão deveria ter explicado porque é que a venda de 49% do capital de uma empresa, com a cessão nesse contexto do controlo, não implicava uma privatização na acepção do segundo e terceiro regimes da THA, quando para atingir esse resultado seria suficiente a venda de 51% do capital social.

34. À luz das considerações precedentes, entendo, portanto, que o presente fundamento é procedente e que, por conseguinte, a decisão impugnada deve ser anulada na parte em que qualificou as subvenções pagas pela THA à SMI como auxílios estatais incompatíveis com o mercado comum, sem que seja necessário analisar as outras críticas relativas a esse aspecto.

*A qualificação do empréstimo de 70,3 milhões de DEM concedido à SMI pelo Land de Brandeburgo como auxílio estatal incompatível com o mercado comum*

35. Relativamente à qualificação do empréstimo de 70,3 milhões de DEM concedido à SMI pelo Land de Brandeburgo como auxílio estatal incompatível com o mercado comum, o Governo recorrente critica: por um lado, tal como relativamente a todas as medidas controvertidas, a não aplicação da derrogação do artigo 87.º, n.º 2, alínea c), CE e a insuficiente fundamentação da decisão quanto a este ponto; por outro, a violação dos artigos 87.º, n.º 1, e 88.º CE, devido ao facto de a Comissão não ter considerado que o empréstimo em questão tinha sido concedido no âmbito da privatização da SMI e, por conseguinte, estava abrangido pela decisão de autorização do segundo regime da THA.

i) A não aplicação da derrogação do artigo 87.º, n.º 2, alínea c), e a insuficiente fundamentação quanto a este ponto

36. No que respeita a este primeiro aspecto, o Governo alemão critica, em substância, a Comissão por ter excluído erradamente, sem apreciação e fundamentação adequadas, a aplicabilidade da derrogação do artigo 87.º, n.º 2, alínea c), CE, segundo o qual são compatíveis com o mercado comum «os auxílios atribuídos a certas regiões da República Federal da Alemanha afectadas pela divisão da Alemanha, desde que sejam necessários para compensar as desvantagens económicas causadas por esta divisão». O Governo recorrente sublinha, em especial, que a Comissão deveria ter apreciado se, na aceção da disposição em causa, a cidade de Frankfurt/Oder (situada na fronteira com a Polónia) era uma «região» afectada pela divisão da Alemanha e se as diversas medidas em favor da SMI e da SiMI, ambas estabelecidas nesta região, eram necessárias para compensar a desvantagem decorrente do seu isolamento económico. Se tivesse sido correctamente efectuada, continua o Governo alemão, essa apreciação deveria necessariamente ter conduzido a Comissão a aplicar a derrogação em questão e, por conseguinte, a declarar os auxílios compatíveis com o mercado comum.

37. Por seu lado, a Comissão objecta que no decurso do processo as autoridades alemãs não apresentaram nenhum argumento relativo à possível aplicação da

derrogação em questão e que, portanto, não tinha nenhuma razão para analisar aprofundadamente esse aspecto. De resto, segundo a Comissão, nem sequer no recurso teriam sido fornecidos elementos a favor da aplicação da derrogação em questão, dado que o Governo alemão não conseguiu demonstrar, como exige a jurisprudência<sup>18</sup>, que o mencionado isolamento económico da cidade de Frankfurt/Oder derivava da criação de uma fronteira política no interior da Alemanha, em 1948. Especificamente em relação à alegada falta de fundamentação, a Comissão sublinha, em seguida, que o Governo recorrente conhecia bem a interpretação estrita da derrogação em questão constantemente acolhida na prática da Comissão, pelo que no caso vertente era suficiente mencionar a referida derrogação e verificar a sua aplicabilidade.

38. No que me diz respeito, afirmo desde logo que considero convincente a argumentação da Comissão e que, portanto, considero improcedentes as críticas em análise. Isto pelas seguintes razões.

39. Recordo antes de mais que, ao prever «uma derrogação ao princípio geral da incompatibilidade com o mercado comum

18 — A Comissão refere-se, em especial, ao acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 15 de Dezembro de 1999, Freistaat Sachsen e o./Comissão (T-132/96 e T-143/96, Colect., p. II-3663) e ao acórdão do Tribunal de Justiça de 19 de Setembro de 2000, Alemanha/Comissão (C-156/98, Colect., p. I-6857).

dos auxílios de Estado», o artigo 87.º, n.º 2, alínea c), CE «deve ser objecto de interpretação estrita»<sup>19</sup>. Aplicando este critério interpretativo, o Tribunal de Justiça esclareceu que «a expressão ‘divisão da Alemanha’ refere-se, historicamente, ao estabelecimento da linha de fronteira entre as duas zonas de ocupação, em 1948. Por conseguinte, as ‘desvantagens económicas causadas por esta divisão’ apenas abrangem as desvantagens económicas resultantes do isolamento gerado, em certas regiões alemãs, pelo estabelecimento desta fronteira física, tais como a ruptura de vias de comunicação ou a perda de mercados na sequência da interrupção das relações comerciais entre as duas partes do território alemão»<sup>20</sup>. O Tribunal de Justiça sublinhou, além disso, que a derrogação em questão não permite «compensar integralmente o atraso económico [...] de que sofrem os novos *Länder*» dado que «as diferenças de desenvolvimento entre os antigos e os novos *Länder* se explicam por outras causas que não o corte geográfico resultante da divisão da Alemanha e, designadamente, pelos regimes político-económicos diferentes instituídos em cada parte da Alemanha»<sup>21</sup>.

40. Tendo em consideração, portanto, o âmbito de aplicação estrito e específico da derrogação em questão, devo concordar

19 — Acórdão de 19 de Setembro de 2000, Alemanha/Comissão, já referido, n.º 49.

20 — *Ibidem*, n.º 52.

21 — *Ibidem*, n.ºs 53 e 55.

com a Comissão que, na falta de qualquer indicação a esse respeito por parte das autoridades alemãs, a Comissão podia limitar-se a verificar que as medidas controvertidas não eram necessárias para compensar as desvantagens económicas provocadas pela divisão da Alemanha. Por outras palavras, embora seja verdade que (como sustentou a Comissão sem ser contrariada pelo Governo recorrente) no decurso do processo as autoridades alemãs nunca invocaram a derrogação em questão, nem indicaram nenhum elemento que pudesse indicar que esta se considerava aplicável, creio que não se pode censurar a instituição recorrida por não ter analisado de modo mais aprofundado essa questão e por se ter pronunciado a esse respeito com base nos elementos disponíveis<sup>22</sup>.

41. O que se disse é válido, por maioria de razão, se for tido em conta que, como sublinhou com razão a Comissão, o Governo recorrente não forneceu ao Tribunal de Justiça nenhum elemento de prova que possa indicar que se considera aplicável a derrogação em causa. Com efeito, longe de demonstrar que as medidas controvertidas eram necessárias para compensar as desvantagens económicas decorrentes de

22 — Nesse sentido, v., por exemplo, acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de Junho de 2002, Países Baixos/Comissão (C-382/99, *Collect.*, p. I-5163), em que se sublinha que «a legalidade de uma decisão tomada pela Comissão em matéria de auxílios de Estado, designadamente à luz do dever de fundamentação, deve ser apreciada em função dos elementos de informação fornecidos pelo Estado-Membro no momento em que a decisão foi tomada». Fundando-se no referido princípio, nesse acórdão o Tribunal de Justiça entendeu, designadamente, que o Governo recorrente não podia «criticar a Comissão por não ter examinado o objectivo de protecção ambiental no âmbito da apreciação da compatibilidade das medidas litigiosas com o artigo 92.º, n.º 1, do Tratado», porque «não referiu estas considerações na fase administrativa» (n.º 84).

um isolamento da cidade de Frankfurt/Oder causado pela criação da fronteira histórica no interior da Alemanha, o Governo recorrente limitou-se a sublinhar a vizinhança da referida cidade com a fronteira da Polónia e a invocar genericamente um isolamento económico presumível e impreciso.

43. À luz das considerações precedentes, entendo, portanto, que os fundamentos em análise devem ser declarados improcedentes.

42. Parece-me útil, além disso, acrescentar que uma fundamentação detalhada sobre este ponto não se tornava estritamente necessária no caso vertente até porque, como sublinhou a Comissão, o Governo recorrente conhecia bem a prática decisória desta instituição e as condições especiais a que subordinava a aplicação da derrogação em causa. Recordo, com efeito, que num caso muito semelhante ao vertente, no qual o Governo alemão criticava a Comissão por não ter fundamentado suficientemente a não aplicação da derrogação em questão relativamente a um determinado regime de auxílios, o Tribunal de Justiça teve de sublinhar que a decisão impugnada podia ser «fundamentada de forma sumária» porque «foi adoptada num contexto bem conhecido do Governo alemão» e «que se [situava] na linha de uma prática decisória constante, designadamente em relação a este»<sup>23</sup>.

ii) A violação dos artigos 87.º, n.º 1, e 88.º CE

44. Com o fundamento relativo à violação dos artigos 87.º, n.º 1, e 88.º CE, o Governo alemão critica a Comissão por ter qualificado erradamente o empréstimo de 70,3 milhões de DEM concedido à SMI pelo *Land* de Brandeburgo como auxílio estatal incompatível com o mercado comum, porque, em sua opinião, esse empréstimo foi concedido no âmbito da privatização da SMI e, portanto, ficou abrangido no segundo regime da THA. O Governo recorrente reconhece que a decisão da Comissão relativa a esse regime autorizava intervenções financeiras da THA, enquanto aqui se trata de intervenções do *Land*. O Governo alemão entende, todavia, que a referida decisão deve ser interpretada no sentido de abranger também intervenções de entidades públicas diferentes da THA, quando, como no caso vertente, as intervenções estejam ligadas a uma privatização executada pela THA e sirvam para equilibrar o orçamento desta. Em apoio desta interpretação, o Governo alemão sustenta, em especial, que a Comissão não pode determinar com que recursos públicos a Alemanha deve financiar certas medidas, sem interferir indevidamente em decisões que são da exclusiva competência das autoridades nacionais.

23 — Acórdão de 19 de Setembro de 2000, Alemanha/Comissão, já referido, n.º 105.



45. Por seu lado, a Comissão objecta antes de mais que no caso vertente não foi realizada uma privatização na acepção do segundo regime de auxílios da THA. A esse respeito, a Comissão chama a atenção, aliás, para as contradições do raciocínio do Governo recorrente, que, primeiro, sustenta que a SMI saiu completamente do controlo da THA o mais tardar no momento da venda de 51% do seu capital ao *Land* de Brandeburgo e, depois, tenta justificar o empréstimo subsequentemente concedido por esse *Land* com base no segundo regime da THA. Independentemente da ligação do empréstimo em questão com a privatização da SMI, a Comissão sustenta, em seguida, que a decisão de autorização do segundo regime da THA deve ser interpretada em sentido estrito e não pode, portanto, abranger auxílios concedidos por outros organismos públicos.

46. Este último argumento da Comissão parece-me determinante para a improcedência do presente fundamento.

47. Concordo, com efeito, com a Comissão que, na medida em que constituem uma derrogação ao princípio geral da incompatibilidade dos auxílios de Estado com o mercado comum, as decisões de autorização dos regimes da THA devem ser interpretadas em sentido estrito<sup>24</sup>. Tendo em conta, portanto, que as referidas deci-

sões se referem exclusivamente às medidas adoptadas pela THA para facilitar a transição dos novos *Länder* alemães de uma economia planificada para uma economia de mercado, não creio que essas decisões possam abranger também medidas de entidades públicas diversas, como o *Land* de Brandeburgo, que se venham juntar às da THA.

48. Isto não quer obviamente dizer que medidas adoptadas por outras entidades públicas a fim de facilitar a complexa missão da THA não possam ser equiparadas pela Comissão às da própria THA; quer dizer simplesmente que tais medidas não entram no âmbito de aplicação das decisões de autorização dos regimes da THA e devem, portanto, ser especificamente notificadas à Comissão e aprovadas por esta em conformidade com as disposições do Tratado em matéria de auxílios estatais. Parece-me claro, por outro lado, que tal solução não implica nenhuma interferência indevida na escolha das autoridades alemãs relativamente aos recursos a empregar para facilitar o processo de privatização, mas limita-se a retirar as consequências jurídicas das escolhas livremente assumidas por essas autoridades.

49. Do que se disse resulta, portanto, que também o presente fundamento deve ser declarado improcedente.

24 — Quanto à exigência de interpretação estrita das disposições que prevêm «uma derrogação ao princípio geral da incompatibilidade com o mercado comum dos auxílios de Estado», v. acórdão de 19 de Setembro de 2000, Alemanha/Comissão, já referido, n.º 49.

*A qualificação da subvenção de 1,8 milhões de DEM paga à SMI para operações de transferência como um auxílio estatal incompatível com o mercado comum*

*A qualificação do empréstimo concedido à SiMI pelo Land de Brandeburgo como auxílio estatal incompatível com o mercado comum*

50. O Governo alemão critica especificamente a qualificação da subvenção de 1,8 milhões de DEM paga à SMI para operações de transferência (em seu entender, pela BvS) como auxílio estatal incompatível com o mercado comum. Como já tivemos ocasião de precisar<sup>25</sup>, todavia, a decisão impugnada considera a medida a que se refere o Governo recorrente como uma subvenção paga pela THA e analisa-a juntamente com outras subvenções concedidas por essa entidade num montante total de 64,8 milhões de DEM<sup>26</sup>. Tendo em consideração, portanto, que já concluí pela anulação da decisão impugnada na parte em que qualificou as subvenções pagas pela THA à SMI como auxílios estatais incompatíveis com o mercado comum (v. *supra*, n.ºs 21 a 34), entendo que não é necessário pronunciar-me sobre a crítica em análise, porque a anulação parcial da decisão que proponho deixa-a sem objecto.

51. Quanto à qualificação do empréstimo de 4 milhões de DEM concedido à SiMI pelo Land de Brandeburgo como auxílio estatal incompatível com o mercado comum, além das críticas gerais relativas à não aplicação da derrogação do artigo 87.º, n.º 2, alínea c), CE e à insuficiente fundamentação da decisão sobre este ponto (já consideradas improcedentes nos n.ºs 36 a 41), o Governo recorrente critica a Comissão por ter cometido um erro no apuramento da matéria de facto e de violação dos artigos 87.º, n.º 1, e 88.º CE, por não ter verificado que essa subvenção estava abrangida num regime de auxílios autorizado pela Comissão. Segundo este Governo, com efeito, o empréstimo em questão foi concedido com base na «directiva do Land de Brandeburgo sobre a concessão de recursos do fundo de consolidação para a protecção das pequenas e médias empresas industriais», que previa um regime de auxílios expressamente autorizado pela Comissão<sup>27</sup>.

52. Em resposta a essas críticas, a Comissão observa que durante o processo administrativo o Governo alemão não referiu que o empréstimo em questão tinha sido concedido com base na referida directiva do Land de Brandeburgo e nunca invocou a decisão em que foi autorizado o respectivo

25 — V. *supra*, nota 3.

26 — Mais precisamente, segundo resulta da decisão impugnada, as subvenções pagas pela THA à SMI num montante total de 64,8 milhões de DEM eram subdivididas do seguinte modo: 45 milhões para investimentos; 18 milhões para fazer frente às exigências de liquidez da empresa; e 1,8 milhões para operações de transferência.

27 — Uma referência à decisão de autorização do regime em questão consta do JO 1995, C 293, p. 24.

regime de auxílios. Nessa situação, segundo a Comissão, esta não pode ser criticada por não ter apreciado se o empréstimo em questão estava abrangido pela decisão que tinha autorizado o regime de auxílios do *Land* de Brandeburgo.

53. Tendo em conta o que afirmou a Comissão sem ser contrariada pelo Governo recorrente, parece-me também, com efeito, que não lhe pode ser censurada a falta de tomada em consideração do regime de auxílios autorizado. Na falta de informações sobre a base jurídica da medida controvertida e sobre a sua possível inserção no âmbito de um regime de auxílios autorizado, regime esse ao qual as autoridades alemãs nem sequer fizeram referência no decurso do processo, creio, com efeito, que a Comissão tinha legitimidade para apreciar a medida em questão apenas com referência às disposições do Tratado<sup>28</sup>.

54. À luz da exposição precedente, entendo, portanto, que os presentes fundamentos devem igualmente ser declarados improcedentes.

28 — A esse respeito, pode igualmente invocar-se o acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de Junho de 2002, Países Baixos/Comissão, já referido, no qual, como dissemos, o Tribunal de Justiça salientou que «a legalidade de uma decisão tomada pela Comissão em matéria de auxílios de Estado, designadamente à luz do dever de fundamentação, deve ser apreciada em função dos elementos de informação fornecidos pelo Estado-Membro no momento em que a decisão foi tomada» (n.º 84).

*A qualificação da subvenção paga pela BvS à SiMI como auxílio estatal incompatível com o mercado comum*

55. Quanto à qualificação da subvenção de um milhão de DEM paga pela BvS à SiMI como auxílio estatal incompatível com o mercado comum, o Governo recorrente formula apenas as críticas gerais relativas à não aplicação da derrogação do artigo 87.º, n.º 2, alínea c), CE e à insuficiente fundamentação da decisão sobre esse ponto. A este respeito, posso, portanto, limitar-me a remeter para o que afirmei acima, nos n.ºs 36 a 43, no sentido de considerar tais críticas improcedentes.

*A ordem de recuperação dos auxílios de empresas que não sejam a SMI*

56. Relativamente, enfim, à ordem de recuperação dos auxílios de empresas que não sejam a SMI, o Governo recorrente formula críticas diversas, acusando a Comissão, em síntese, do seguinte:

— violação dos direitos da defesa e do artigo 88.º, n.º 2, CE, devido ao facto de a ordem de recuperação se dirigir também à SiMI, à MD & D e a outras empresas não designadas, sem que a

Comissão tenha aberto um processo de inquérito relativamente às mesmas; incompetência para determinar de que modo as autoridades nacionais devem proceder para recuperar os auxílios ilegais;

das relativamente à identificação dos sujeitos obrigados a restituir auxílios estatais ilegais em caso de cessão de acções ou quotas da empresa beneficiária («share deal») ou de activos da mesma («asset deal»).

- violação dos artigos 87.º, n.º 1 e 88.º, n.º 2, CE, devido à extensão ilegal da qualidade de beneficiário dos auxílios com o fim de contornar a obrigação de reembolso;

Argumentos das partes

- violação de formalidades essenciais por insuficiente apuramento dos factos e falta de fundamentação;

58. Com a crítica em análise, como se disse, o Governo alemão acusa a Comissão de ter ilegitimamente estendido à SiMI, à MD & D e a outras empresas não designadas a qualidade de beneficiário dos auxílios controvertidos (num montante total de 140,1 milhões de DEM), com a consequente obrigação de restituição.

- violação dos princípios da segurança jurídica e da proporcionalidade.

59. A esse respeito, o Governo recorrente sublinha que nenhuma dessas empresas recebeu uma vantagem económica decorrente de recursos públicos num valor de 140,1 milhões de DEM e que nenhuma delas retirou qualquer benefício das diferentes medidas adoptadas pelo administrador da falência. Relativamente a essas medidas, o Governo recorrente sustenta, em especial, por um lado, que a SiMI não obteve nenhuma vantagem com a utilização dos activos da SMI, porque pagou uma contrapartida conforme às condições normais de mercado; por outro, que a

57. Pelas razões que veremos em breve, parece-me oportuno concentrar a atenção na crítica relativa à violação dos artigos 87.º, n.º 1, e 88.º, n.º 2, CE, que suscita questões de princípio importantes e delicadas

MD & D não obteve qualquer vantagem com a aquisição de 80% do capital da SiMI e dos activos da SMI, porque a esta correspondeu o preço de mercado.

60. Por outro lado, o Governo alemão observa que a MD & D não pode ser obrigada a restituir os auxílios concedidos à SMI pelo simples facto de ter adquirido os activos dessa empresa. Com efeito, seria absurdo pensar que a obrigação de restituição deveria sempre seguir os activos da SMI, uma vez que, se assim fosse, ninguém estaria disposto a comprá-los e seriam simplesmente destruídos. O Governo recorrente sustenta, além disso, que a SiMI não foi dissolvida depois da venda das suas acções à MD & D, pois continuou a existir mantendo intactos os seus direitos e obrigações: a seu cargo deveriam, portanto, permanecer também as eventuais dívidas para o reembolso dos auxílios, pelas quais a MD & D não pode ser considerada responsável.

61. O Governo recorrente nega, em seguida, que as operações executadas pelo administrador da falência fossem destinadas a contornar a obrigação de restituição dos auxílios. Ao vender os activos da SMI ao preço de mercado, o administrador da falência, com efeito, não os colocou «a salvo», dado que a soma ganha com a sua venda entra na massa falida onerada com a obrigação de restituição. Nem a obrigação foi contornada pelo facto de os activos da SMI terem sido vendidos «em bloco», visto que desse modo se obteve uma soma mais elevada do que a que seria ganha vendendo

separadamente os activos em questão, com o consequente aumento dos recursos disponíveis para a recuperação dos auxílios. Mesmo que a SiMI e a MD & D não tivessem sido criadas, de resto, nenhum investidor estaria disposto a adquirir a empresa insolvente SMI com todas as suas dívidas, de modo que o administrador da falência só poderia vender ao preço de mercado os activos dessa empresa.

62. O Governo alemão critica, enfim, a ideia da Comissão segundo a qual a distorção da concorrência determinada pela concessão de auxílios estatais não é eliminada se quem adquirir os activos da empresa beneficiária prosseguir, com esses activos, a actividade económica desenvolvida por esta. Segundo este Governo, com efeito, quem adquire ao preço de mercado os activos da empresa beneficiária não provoca nenhuma distorção da concorrência, porque não obteve nenhuma vantagem anómala relativamente aos seus concorrentes.

63. Por seu lado, a Comissão esclarece, antes de mais, em termos gerais, o seu ponto de vista sobre a determinação das pessoas obrigadas à recuperação dos auxílios em caso de cessão de acções ou quotas da empresa beneficiária (share deal) ou de activos da mesma (asset deal).

64. A esse respeito, a Comissão começa por observar que a questão não apresenta particular problema em caso de *share deal*, porque a empresa beneficiária continua a existir e é simplesmente alterada a sua propriedade. Como se confirma igualmente pela jurisprudência<sup>29</sup>, nessa hipótese a obrigação de recuperação continua a incumbir à empresa que recebeu os auxílios, independentemente das alterações ocorridas na situação do proprietário e da eventual tomada em consideração da obrigação de recuperação na determinação das condições de venda. Continuando a desenvolver a actividade subvencionada, essa empresa continua, com efeito, a retirar vantagem dos auxílios, fazendo assim perdurar a distorção da concorrência.

65. Também não se coloca qualquer problema particular quando os activos da empresa beneficiária sejam transferidos para empresas pertencentes ao mesmo grupo. Nesse caso, além da empresa beneficiária, com efeito, são obrigadas à recuperação dos auxílios também as empresas do grupo que, graças à transferência dos activos, possam beneficiar dos efeitos favoráveis decorrentes dos auxílios, retirando deles vantagens económicas.

66. No que respeita, pelo contrário, à venda a empresas terceiras dos activos da empresa beneficiária, a Comissão faz — na

verdade, de maneira um pouco confusa — uma distinção consoante esses activos tenham sido vendidos separadamente ou «em bloco».

67. No caso de os activos serem vendidos separadamente ao preço de mercado, os adquirentes não são obrigados ao reembolso dos auxílios<sup>30</sup>. Através dessa venda separada, desaparece, com efeito, a actividade subvencionada e é deixado espaço aos concorrentes da empresa beneficiária. Desse modo, tanto quanto se dá a entender, a recuperação dos auxílios junto do vendedor (seja ele a própria empresa beneficiária ou a massa falida ou da liquidação<sup>31</sup>) permitiria eliminar a distorção da concorrência.

68. Maiores problemas surgiriam, pelo contrário, no caso de os activos serem vendidos «em bloco», de modo a permitir ao adquirente a continuação do exercício da actividade da empresa beneficiária. Pelo que se me dá a entender, nesta hipótese a prossecução da actividade subvencionada poderia fazer perdurar a distorção da concorrência, de modo que seria necessária uma especial vigilância para evitar que a cessão dos bens da empresa beneficiária permita contornar, em substância, a obrigação de recuperação pondo «a salvo» os

29 — Acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de Março de 1991, Itália/Comissão (C-303/88, Colect., p. I-1433).

30 — Não se percebe bem se para excluir a responsabilidade dos adquirentes a Comissão exige também que a venda seja efectuada através de um processo aberto e incondicionado. Observo todavia que, se assim fosse, não se compreenderia a distinção entre a hipótese de venda separada dos activos da empresa beneficiária e a da venda «em bloco».

31 — Não é muito claro a qual destas hipóteses se refere a Comissão, mas do carácter geral do seu raciocínio parece poder deduzir-se que a mesma regra deveria valer em caso de venda dos activos pela empresa beneficiária, de liquidação voluntária ou de falência.

activos vendidos. Isto parece excluído pela Comissão apenas quando, além de ocorrer ao preço de mercado, a venda «em bloco» dos activos da empresa beneficiária seja efectuada através de um processo incondicionado e aberto a todos os concorrentes dessa empresa: apenas nesse caso, me parece, os adquirentes não seriam obrigados ao reembolso dos auxílios.

SiMI e a sua filial MD & D tinham beneficiado dos auxílios ilegalmente concedidos à SMI;

69. Visto isto em termos gerais, relativamente ao caso vertente a Comissão sublinha que:

— as decisões de abrir o processo de falência e de criar a SiMI e a MD & D foram tomadas entre Junho e Julho de 1997, ou seja, num momento em que as autoridades alemãs já estavam certamente ao corrente da intenção da Comissão de iniciar um processo de inquérito;

— entre esse momento e os meses de Junho e Julho de 1999 a actividade da SMI foi prosseguida pela SiMI através da locação dos seus activos. Não tendo obtido informações que lhe permitissem avaliar se o preço da locação era conforme às condições de mercado, a Comissão não podia senão partir da ideia de que durante esse período a

— em 28 de Junho de 1999, quando a Comissão se preparava para adoptar uma decisão negativa com ordem de recuperação, a MD & D foi vendida à Megaxess e a três trabalhadores da mesma;

— em 14 de Julho seguinte as acções da SiMI e o conjunto dos activos da SMI foram vendidos à MD & D, sem seguir um processo aberto e transparente.

70. De uma apreciação global destas circunstâncias resulta, segundo a Comissão, que as diversas transacções foram coordenadas de modo a fazer incumbir a obrigação de recuperação à SMI e à SiMI, permitindo à MD & D, liberta dessa obrigação, prosseguir as actividades económicas subvencionadas (nesse sentido, é particularmente significativo o facto de a MD & D ter adquirido as participações da SiMI e os activos da SMI logo após a venda à Megaxess). À luz destas circunstâncias, a Comissão entende, portanto, que não foi rompida a ligação económica existente entre a MD & D, por um lado, e a SMI e a SiMI, por outro, na medida em que as diversas transacções tinham o único objectivo de permitir a prossecução das actividades subvencionadas, contornando a ordem de recuperação. Isso justifica, portanto, a extensão da obrigação de restituição igualmente à MD & D.

## Apreciação

tem de ser recuperado do comprador, independentemente do facto de os respectivos montantes terem sido considerados ou não nas condições de venda»<sup>35</sup>.

71. Quanto à apreciação da presente crítica, é antes de mais oportuno recordar que na decisão impugnada é efectuada uma análise diferente no que respeita à recuperação dos auxílios concedidos à SiMI<sup>32</sup> e à SMI<sup>33</sup>. Por razões de clareza e simplicidade, nas presentes conclusões seguir-se-á o mesmo esquema.

73. Perante um caso típico de *share deal*, a Comissão entendeu, portanto, que os auxílios deviam ser restituídos pela empresa que tinha adquirido as participações da empresa beneficiária, sem efectuar qualquer apreciação relativamente ao preço de venda. Na decisão impugnada, a Comissão seguiu, portanto, uma atitude diferente da que foi posteriormente acolhida nos seus articulados, em que se sustenta — como vimos — que, em semelhante caso, a obrigação de restituição continua a incumbir à empresa beneficiária, independentemente da eventual consideração dessa obrigação nas condições de venda. Esta posição é confirmada pelo Governo recorrente, que critica precisamente a decisão impugnada sustentando que os eventuais auxílios concedidos à SiMI devem ser restituídos por essa empresa.

i) A recuperação dos auxílios concedidos à SiMI

72. Começando pelos auxílios concedidos à SiMI, na decisão impugnada, como vimos, indica-se simplesmente que «as suas participações foram vendidas à MD & D em 14 de Julho de 1999»; daí deduz-se que «este auxílio tem de ser recuperado da MD & D»<sup>34</sup>. Essa conclusão automática explica-se à luz de um princípio geral anteriormente exposto na mesma decisão, segundo o qual «o auxílio tem de ser recuperado da empresa que o recebeu efectivamente. Caso o beneficiário tenha sido alienado subsequentemente, o auxílio

74. Para apreciar a solução acolhida na decisão impugnada há, portanto, que analisar a questão controvertida da recuperação dos auxílios em caso de venda das participações da empresa beneficiária e tentar esclarecer a qual das pessoas envolvidas (o vendedor, a empresa beneficiária

32 — Parágrafo 9.1, n.º 44.

33 — Parágrafo 9.2, n.º 45 a 52.

34 — N.º 44.

35 — N.º 43.



ou o comprador) incumbe a obrigação de restituição.

75. A esse respeito, são fornecidas algumas indicações pelo acórdão ENI-Lanerossi<sup>36</sup>, do qual parece resultar que os auxílios concedidos a quatro empresas cuja propriedade é da Lanerossi (que é, por sua vez, propriedade da *holding* pública ENI) deviam ser recuperados junto das empresas mesmo depois de a Lanerossi as ter cedido a investidores privados<sup>37</sup>, independentemente do facto de a dívida relativa à restituição dos auxílios não ter sido considerada nas condições de venda<sup>38</sup>.

76. Esta posição parece, todavia, contrariada pelo acórdão do Tribunal de Justiça no processo intentado pela Comissão devido à não recuperação dos auxílios (acórdão ENI-Lanerossi II)<sup>39</sup>. Qualificando a SNAM (sucessora da Lanerossi) como beneficiária dos auxílios, o Tribunal de Justiça entendeu, com efeito, neste segundo acórdão, que a recuperação foi correctamente efectuada através da restituição dos auxílios por essa empresa. Deste modo, o Tribunal de Justiça admitiu, portanto, substancialmente que os auxílios podiam ser restituídos pelo antigo proprietário das quatro empresas subvencionadas (o vendedor), sem exigir que a recuperação se

efectuasse relativamente a estas, nem aos operadores privados que as tinham adquirido.

77. Outras indicações sobre a questão controvertida retiram-se, em seguida, do acórdão Banks<sup>40</sup>, no qual o Tribunal de Justiça apreciou a título prejudicial o problema da recuperação dos auxílios na sequência da privatização das empresas beneficiárias.

78. Nesse acórdão, o Tribunal de Justiça excluiu, designadamente, que no caso concreto as empresas compradoras pudessem ser obrigadas a restituir os auxílios, precisando que «o facto de as sociedades de Estado que sucederam à British Coal [i.e., as empresas beneficiárias] terem sido posteriormente adquiridas no âmbito de um processo de adjudicação aberto e concorrencial nas condições do mercado [levava] a considerar que o elemento de auxílio de que a British Coal e aquelas sociedades de Estado beneficiaram não [existia] em relação às sociedades privadas adjudicatárias, como é o caso da RJB. Uma vez que esses adjudicatários adquiriram as sociedades em causa em condições concorrenciais não discriminatórias e, por definição, ao preço de mercado, quer dizer, ao preço mais elevado que um investidor privado actuando em condições concorrenciais normais estava disposto a pagar por estas sociedades na situação em que se encontravam, designadamente após terem beneficiado de auxílios de Estado, o elemento de auxílio foi avaliado ao preço de mercado e

36 — Acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de Março de 1991, Itália/Comissão, já referido.

37 — Ao que parece, essa cessão tinha ocorrido após o início do processo em conformidade com o artigo 88.<sup>º</sup>, n.º 2, CE, e poucos meses antes da adopção da decisão da Comissão que ordenava a recuperação.

38 — V., em especial, n.ºs 56 a 60.

39 — Acórdão de 4 de Abril de 1995, Comissão/Itália (C-350/93, Colect., p. I-699).

40 — Acórdão de 20 de Setembro de 2001, Banks (C-390/98, Colect., p. I-6117).

incluído no preço de compra. Nestas condições, os adjudicatários não [podiam] ser considerados como tendo beneficiado de uma vantagem em relação aos outros operadores que estão no mercado [...]. Não [podia], portanto, ser pedido às empresas privadas adjudicatárias como a RJB o reembolso do auxílio considerado»<sup>41</sup>. Uma vez precisado isto relativamente à situação das empresas compradoras, o Tribunal de Justiça, em seguida, afirmou em geral que, «em princípio, sempre que uma sociedade beneficiária de um auxílio tenha sido vendida ao preço de mercado, o preço de venda reflecte as consequências do auxílio anterior e é o vendedor da referida sociedade que conserva o benefício do auxílio. Neste caso, o restabelecimento da situação anterior deverá, em primeiro lugar, ser assegurado através do reembolso do auxílio pelo vendedor»<sup>42</sup>.

79. Nesse acórdão, cujos termos foram posteriormente retomados no acórdão Falck<sup>43</sup>, o Tribunal de Justiça esclareceu que quando a empresa beneficiária é vendida a um preço que reflecte o seu valor de mercado após a concessão dos auxílios e, portanto, a um preço que de qualquer modo inclui o valor dos auxílios, estes devem ser restituídos pelo vendedor<sup>44</sup>. Na óptica do Tribunal de Justiça, esta solução poderia, no entanto, não ser válida no caso

de o preço de venda ser determinado tendo em conta a possibilidade de a empresa beneficiária ser chamada a restituir (pelo menos em parte) os auxílios recebidos<sup>45</sup>, dado que nesse caso o valor dos auxílios poderia não ser completamente incluído no preço de venda.

80. Enfim, outras indicações, embora não muito claras, sobre a questão em análise, podem retirar-se do recente acórdão do Tribunal de Justiça no processo Multimedia<sup>46</sup>, no qual se tratava, entre outros, de determinar se o facto de a empresa Seleo ter vendido 66% das acções da sua filial Multimedia a terceiros podia isentá-la da (presumível) responsabilidade pela restituição de certos auxílios<sup>47</sup>, transferindo a respectiva obrigação da Seleo para o vendedor<sup>48</sup>. A esse respeito, depois de ter sublinhado que «a venda de acções de uma sociedade beneficiária de um auxílio ilegal por um accionista a um terceiro não influencia a obrigação de recuperação», o Tribunal de Justiça precisou que «a situação em causa no caso vertente [era] diferente desta situação. Com efeito, [tratava-se] da venda de acções na Multimedia, feita pela Seleo, que constituiu esta socie-

41 — N.º 77.

42 — N.º 78.

43 — Acórdão do Tribunal de Justiça de 24 de Setembro de 2002, Falck (C-74/00 P e C-75/00 P, Colect., p. I-7869, n.º 180 e 181).

44 — Todavia, não é claro se, afirmando que a reposição da situação anterior deve ser garantida «em primeiro lugar» pela restituição do auxílio pelo vendedor, o Tribunal de Justiça quis pôr a hipótese de uma responsabilidade conjunta ou solidária de outras pessoas.

45 — Isso poderia, por exemplo, ocorrer quando as acções fossem vendidas durante um processo iniciado pela Comissão em conformidade com o artigo 88.º, n.º 2, CE.

46 — Acórdão de 8 de Maio de 2003, SIM Multimedia (C-328/99 e C-399/00, Colect., p. I-4035).

47 — Segundo a decisão da Comissão impugnada naquele processo (Decisão 2000/536/CE, de 2 de Junho de 1999, publicada no JO L 227, n.º 24), a Multimedia era solidariamente responsável pela restituição de determinados auxílios concedidos à Seleo, porque no decurso do processo de inquérito esta tinha transferido para a Multimedia um ramo especial da empresa.

48 — V., em especial, n.º 60.

dade e cujo património [beneficiava] do preço de venda das acções. Portanto, não se [podia] excluir que a Seleco [tivesse conservado] o benefício dos auxílios recebidos pela venda das suas acções ao preço de mercado»<sup>49</sup>. Visto isto, o Tribunal de Justiça, em seguida, anulou a decisão da Comissão, afirmando que estava insuficientemente fundamentada, «designadamente, no que respeita ao carácter pretensamente irrelevante do facto de as acções na Multimedia terem sido compradas a um preço que [parecia] ser o preço de mercado»<sup>50</sup>.

81. Como se assinalou, desse acórdão não resulta uma tomada de posição clara sobre a questão da recuperação dos auxílios em caso de *share deal*. Afirmando que «a venda de acções de uma sociedade beneficiária de um auxílio ilegal por um accionista a um terceiro não influencia a obrigação de recuperação», o Tribunal de Justiça demonstra, com efeito, querer seguir a tese segundo a qual a recuperação deve, de qualquer modo, ser efectuada relativamente à empresa que recebeu os auxílios. Essa interpretação parece, todavia, contrariada pela passagem subsequente em que, invocando o acórdão Banks, o Tribunal de Justiça sustenta, em substância, que a venda das acções ao preço de mercado poderia conduzir o benefício dos auxílios para o vendedor. Desse modo, dá-se a entender que, em caso de venda das acções ao preço de mercado, poderia ser o vendedor a ter de

restituir os auxílios, como parece, de resto, confirmar-se pelo facto de a decisão ter sido anulada por falta de fundamentação justamente com referência à apreciação do preço de venda das acções.

82. Da breve análise jurisprudencial precedente resulta, em síntese, que sobre a questão da recuperação dos auxílios em caso de cessão das participações da empresa beneficiária o Tribunal de Justiça oscila entre duas posições: a de que os auxílios devem, de qualquer modo, ser restituídos pela empresa beneficiária; e a de que, se as participações forem vendidas a um preço que reflecte o valor de mercado da referida empresa após a concessão dos auxílios, estes devem ser restituídos pelo vendedor. Em nenhum dos precedentes o Tribunal de Justiça declarou que a obrigação de restituição incumbia ao comprador, cuja responsabilidade foi, assim, expressamente excluída em caso de venda ao preço de mercado (acórdão Banks).

83. A esse respeito, devo observar que a primeira das posições assumidas pelo Tribunal de Justiça me parece sem dúvida preferível, por ser mais consentânea com os princípios sobre a recuperação dos auxílios. Entendo, com efeito, que, se a empresa que recebeu um auxílio não for dissolvida e permanecer no mercado, a distorção da concorrência provocada pelo auxílio pode ser eliminada (ou pelo menos atenuada)

49 — N.º 83, onde são citados os n.ºs 77 e 78 do acórdão Banks.  
50 — N.º 85.

apenas fazendo incumbir a obrigação de restituição a essa empresa; só desse modo é que a mesma efectivamente «perde [...] a vantagem de que tinha beneficiado no mercado relativamente aos seus concorrentes, e a situação anterior à concessão do auxílio é reposta»<sup>51</sup>.

84. Por outro lado, se é verdade que quem vende as participações da empresa beneficiária a um preço que reflecte o seu valor de mercado após a concessão dos auxílios se prevalece da reavaliação da empresa, não deixa de ser evidente que essa eventual vantagem não afasta a vantagem obtida pela empresa beneficiária relativamente aos seus concorrentes. E é precisamente esta vantagem que determina as distorções da concorrência e que é necessário eliminar com a recuperação dos auxílios, enquanto a vantagem financeira decorrente da venda das participações pode mesmo não influir no funcionamento concorrencial dos mercados, porque não se diz que quem vende as participações seja um operador económico. Se, de qualquer maneira, se esclarecesse de uma vez por todas que, mesmo em caso de venda das suas participações ao preço de mercado, a empresa beneficiária continua a ser obrigada a restituir os auxílios recebidos, as oportunidades de especulação para o vendedor seriam significativamente reduzidas (e reconduzíveis na prática ao risco normal dos negócios), porque o possível passivo decorrente da recuperação dos auxílios deveria normalmente ser tido em

consideração na determinação das condições de venda.

85. A tese segundo a qual a recuperação deve, de qualquer modo, ser efectuada relativamente à empresa beneficiária parece-me, além disso, preferível até porque permite dar mais segurança aos operadores económicos. A tese contrária, segundo a qual em circunstâncias especiais os auxílios devem ser recuperados junto do vendedor, cria, com efeito, uma certa insegurança, porque frequentemente é difícil determinar se o preço de venda reflecte plenamente o valor de mercado da empresa beneficiária após a concessão dos auxílios e não prevê minimamente o risco de que essa empresa seja chamada a restituir pelo menos em parte os referidos auxílios. Isto para já não falar da enorme confusão e das grandes dificuldades práticas que poderia provocar o acolhimento da tese ora criticada. Nesse caso, com efeito, seria muito complicado recuperar os auxílios concedidos a uma grande empresa cotada na bolsa, cujas acções são diariamente objecto de um elevado número de operações de compra e venda: cada operação poderia, com efeito, implicar uma vantagem financeira para o vendedor e fazer surgir na sua esfera a correlativa obrigação de restituição.

51 — Acórdão de 4 de Abril de 1995, Comissão/Itália (C-348/93, Colect., p. I-673, n.º 27). No mesmo sentido, v. igualmente acórdão de 12 de Outubro de 2000, Espanha/Comissão (C-480/98, Colect., p. I-8717, n.º 35).

86. Esclarecida a minha preferência pela primeira das duas posições assumidas pelo

Tribunal de Justiça, parece-me de qualquer maneira evidente para os efeitos do presente processo (e reconhecido, em substância, por ambas as partes) que em todo o caso, em face da jurisprudência e dos princípios, a Comissão não pode impor a recuperação dos auxílios relativamente a quem adquiriu as participações da empresa beneficiária sem sequer tomar em consideração o preço de venda<sup>52</sup>.

87. Daí deve deduzir-se que a apreciação efectuada na decisão impugnada quanto à restituição dos auxílios concedidos à SiMI é contrária aos princípios sobre a recuperação dos auxílios decorrentes dos artigos 87.º CE e 88.º CE.

ii) A recuperação dos auxílios concedidos à SMI

88. Quanto à recuperação dos auxílios concedidos à SMI, começo por recordar que na decisão impugnada foi sublinhado que «os activos imobilizados da SMI foram alienados em conjunto com as participações da SiMI à MD & D. A alienação dos activos imobilizados foi necessária para permitir que a MD & D prosseguisse a actividade da SiMI, dado que a SiMI havia utilizado os activos da SMI, tendo beneficiado assim do auxílio concedido formalmente à SMI. A alienação dos activos imobilizados teve lugar pouco depois de 28 de Junho de 1999 quando o mesmo

administrador vendeu 80% das participações da MD & D à Megaxess e os restantes 20% a trabalhadores da MD & D».

89. Segundo a Comissão, portanto, era claro «que todas estas transacções [estavam] interligadas, tendo por fim colocar todos os activos que estavam na posse da SMI e eram utilizados pela SiMI, sob o controlo dos novos accionistas da MD & D, de modo a protegê-los da operação de recuperação de auxílios estatais ilegalmente concedidos». Nestas circunstâncias, em sua opinião, «o preço pago pelas participações da MD & D, por um lado, e o preço pago pelos activos da SMI e pelas participações da SiMI, por outro, não [teve] qualquer peso na apreciação da transacção na sua globalidade»<sup>53</sup>.

90. Dado que a «a Megaxess e os outros compradores da MD & D e obviamente a MD & D estavam perfeitamente a par da existência deste processo e deveriam tê-lo tomado em consideração», a Comissão chegou à conclusão que «o termo 'beneficiário' [abrangia] não só a SiMI e a SMI, mas igualmente a MD & D e qualquer outra empresa que [tivesse] recebido ou [visse] a receber activos da SMI, da SiMI

52 — V., em especial, n.º 77 do referido acórdão Banks.

53 — N.ºs 50 e 51.

ou da MD & D com o fim de contornar as consequências da [...] decisão»<sup>54</sup>.

91. Dessas passagens sobre a recuperação dos auxílios concedidos à SMI resulta que a Comissão considerou «beneficiários» desses auxílios igualmente a SiMI, a MD & D e qualquer outra empresa que tenha comprado os activos de uma destas três empresas com o fim de contornar as consequências da decisão. Deste modo, a Comissão estendeu, portanto, a essas empresas a responsabilidade (não é claro se se trata de responsabilidade conjunta ou solidária) pela restituição dos auxílios concedidos à SMI.

92. No que respeita à SiMI, parece que a sua responsabilidade decorre simplesmente do facto de que esta «havia utilizado os activos da SMI, tendo beneficiado assim do auxílio concedido formalmente à SMI»<sup>55</sup>. Perante o Tribunal de Justiça, como vimos, a Comissão precisou, em seguida, que, não tendo obtido informações que lhe permitissem apreciar se o preço pago pelo SiMI à SMI pela locação dos seus activos era conforme às condições de mercado, só podia partir da ideia de que entre Junho/Julho de 1997 e Junho/Julho de 1999 a SiMI tinha beneficiado dos auxílios concedidos ilegalmente à SMI.

93. A esse respeito, parece-me todavia evidente: por um lado, que a Comissão não pode pôr a cargo de uma filial a obrigação de restituir os auxílios concedidos à empresa-mãe pelo simples facto da locação durante determinado período dos activos desta; e, por outro, que a Comissão não pode basear essa obrigação na mera presunção, sem qualquer fundamento, de que o preço a que a empresa-mãe recebeu pela locação dos seus activos à filial não é conforme às condições de mercado.

94. À luz destas considerações, entendo, portanto, que a apreciação que levou a Comissão a estender à SiMI a responsabilidade pela restituição dos auxílios concedidos à SMI é contrária aos princípios sobre a recuperação dos auxílios.

95. No que respeita à responsabilidade da MD & D, como se viu, a Comissão baseou-se no facto de, logo após a venda dessa empresa a terceiros, o administrador da falência lhe ter vendido os activos da SMI e as participações da SiMI. Sem fazer qualquer apreciação sobre o preço pago pelas três operações de compra e venda, a Comissão entendeu que estas estavam «interligadas, tendo por fim colocar todos os activos que estavam na posse da SMI e eram utilizados pela SiMI, sob o controlo dos novos accionistas da MD & D, de modo a protegê-los da operação de recupe-

54 — N.º 52.

55 — N.º 50.

ração de auxílios estatais ilegalmente concedidos». A fim de evitar que as operações executadas pelo administrador da falência permitissem contornar a decisão, a Comissão estendeu, portanto, à MD & D a responsabilidade pela restituição dos auxílios concedidos à SMI.

96. Também a apreciação referida quanto à responsabilidade da MD & D me parece, todavia, contrária aos princípios sobre a recuperação dos auxílios, na medida em que estende à obrigação de restituição a essa empresa com base numa intenção não demonstrada de contornar a decisão decorrente da alegada subtração dos activos da SMI à obrigação de recuperação.

97. A esse propósito, observo antes de mais que os activos da SMI não podem certamente ser subtraídos à obrigação de recuperação por causa da venda das participações da SiMI, dado que esta empresa se limitava a utilizar os activos em questão por força de um contrato de locação. Tendo além disso em consideração que, como afirmou o Governo alemão sem ser contrariado pela Comissão, as participações da SiMI foram vendidas ao preço de mercado, essa operação não subtraiu recursos à massa falida sobre a qual existiam os créditos públicos relativos à recuperação dos auxílios.

98. Mas os activos da SMI nem sequer foram subtraídos à obrigação de recuperação devido à sua cessão à MD & D, porque mesmo nesse caso, como afirmou o Governo alemão sem ser contrariado pela Comissão, a venda foi efectuada ao preço de mercado. Através dessa venda, o administrador ganhou um montante igual ao valor de mercado dos activos, montante que entrou na massa falida onerada com a obrigação de restituição. Vendendo ao preço de mercado os activos da SMI para pagar as dívidas dessa empresa (entre as quais justamente as dívidas relativas à restituição dos auxílios), o administrador da falência, portanto, não contornou de modo nenhum a decisão da Comissão. E também não se pode dizer que essa decisão tenha sido contornada pelo facto de o administrador ter vendido «em bloco» os activos da SMI, visto que o Governo alemão afirmou, sem ser contrariado pela Comissão, que desse modo obteve um montante mais elevado do que o que obteria vendendo separadamente os activos em questão.

99. Por outro lado, a Comissão não referiu nenhum elemento que possa levar a considerar que no caso vertente tenham sido cometidos actos de fraude em prejuízo dos credores que tenham podido depauperar o património da empresa falida, nem sustentou que no âmbito do processo de falência tenha sido violado o princípio da igualdade dos credores *par condicio creditorum* em prejuízo dos credores públicos. Nessa situação, entendo que, se os créditos relativos à recuperação dos auxílios foram correctamente inscritos no passivo da falência, a venda dos activos da SMI ao preço de mercado não pôde implicar nenhuma

forma de contornar a obrigação de recuperação<sup>56</sup>.

rente da SMI se ter queixado da pouca transparência que teria caracterizado a operação.

100. Esclarecido isto, devo ainda observar que a responsabilidade da MD & D não pode ser validamente fundada, como parece sustentar a Comissão nos seus articulados, no pressuposto de que a venda «em bloco» dos activos da SMI (que permitiu a prossecução das actividades subvencionadas) não foi efectuada com base num processo aberto e transparente e, portanto, não permitiu eliminar as distorções de concorrência decorrentes dos auxílios.

101. A esses argumentos é fácil objectar que não é com base nesse pressuposto que na decisão impugnada se fundou a responsabilidade da MD & D. Em nenhuma passagem da decisão se sustenta, com efeito, que a venda «em bloco» dos activos da SMI não tenha sido efectuada com base num processo aberto e transparente e que a alguns concorrentes da SMI tenha sido, desse modo, vedada a compra dos activos com que a empresa exercia as actividades subvencionadas. Da decisão impugnada e dos articulados deduzem-se, ao invés, diversos elementos que permitem supor precisamente o contrário, como por exemplo o facto de a venda em questão ter sido efectuada no âmbito de um processo de falência sob o controlo de um tribunal; de essa venda não ter sido efectuada imediatamente mas ter sido antecedida de negociações infrutíferas com outra empresa norte-americana; ou de nenhum concor-

102. À luz das considerações precedentes entendo, portanto, que também a apreciação que levou a Comissão a estender à MD & D a responsabilidade pela restituição dos auxílios concedidos à SMI é contrária aos princípios sobre recuperação dos auxílios. O mesmo é válido também para a extensão dessa responsabilidade a qualquer empresa que tenha comprado os activos da SMI, da SiMI ou da MD & D com o fim de contornar as consequências da decisão, dado que a esse respeito a Comissão parece substancialmente retomar a apreciação efectuada com referência à MD & D.

### iii) Considerações finais

103. Com base na exposição precedente, entendo, portanto, que o presente fundamento deve ser considerado procedente e que, por conseguinte, a decisão impugnada deve ser anulada na parte em que ordenou a recuperação dos auxílios por empresas que não sejam a SMI, sem que seja necessário analisar as outras críticas relativas a esse aspecto.

<sup>56</sup> — A esse respeito v., em especial, acórdão de 21 de Março de 1990, Bélgica/Comissão, dito «Tubemeuse» (142/87, Colect., p. I-959, n.º 62).



### Quanto às despesas

Com base no disposto no artigo 69.º, n.º 2, do Regulamento de Processo, a parte vencida deve ser condenada nas despesas se isso for requerido. Todavia, nos termos do artigo 69.º, n.º 3, desse mesmo regulamento, se as partes obtiverem vencimento

parcial quanto a um ou mais fundamentos, o Tribunal de Justiça pode repartir as despesas ou decidir que cada uma das partes suporte as suas próprias despesas. Uma vez que, como já referi, entendo que a Alemanha e a Comissão devem ser ambas parcialmente vencidas, parece-me justo propor que cada uma das partes suporte as suas próprias despesas.

### Conclusões

À luz das considerações precedentes, proponho ao Tribunal de Justiça que declare:

«— a Decisão 2000/567/CE da Comissão, de 11 de Abril de 2000, ‘relativa ao auxílio estatal concedido pela Alemanha a favor da System Microelectronic Innovation GmbH, Frankfurt/Oder (*Land* de Brandeburgo)’, é anulada na parte em que qualificou as subvenções pagas pela THA à SMI como auxílios estatais incompatíveis com o mercado comum e na parte em que ordenou a recuperação dos auxílios por empresas que não a SMI;

— quanto ao resto, é negado provimento ao recurso;

— cada uma das partes suporta as suas próprias despesas.»