

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA
(Quinta Secção Alargada)
17 de Outubro de 2002 *

No processo T-98/00,

Linde AG, com sede em Wiesbaden (Alemanha), representada por H.-J. Rabe e G. Berrisch, advogados,

recorrente,

apoiada pela

República Federal da Alemanha, representada por W.-D. Plessing, na qualidade de agente, assistido por J. Sedemund e T. Lübbig, advogados,

interveniente,

* Língua do processo: alemão.

contra

Comissão das Comunidades Europeias, representada por D. Triantafyllou e K.-D. Borchardt, na qualidade de agentes, com domicílio escolhido no Luxemburgo,

recorrida,

que tem por objecto um pedido de anulação parcial da Decisão 2000/524/CE da Comissão, de 18 de Janeiro de 2000, relativa a auxílios estatais concedidos pela Alemanha a favor da Linde AG (JO L 211, p 7),

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

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

secretário: D. Christensen, administradora,

vistos os autos e após a audiência de 31 de Janeiro de 2002,

II - 3964

profere o presente

Acórdão

Factos e procedimento

- 1 A recorrente é uma empresa alemã que produz e distribui gases industriais. Dispõe, designadamente, de uma unidade de produção em Leuna (Land da Saxónia-Anhalt).

- 2 Por contrato de 22 de Abril de 1993 (a seguir «contrato de privatização de 22 de Abril de 1993»), o Treuhandanstalt (o organismo de direito público responsável pela administração, adaptação e privatização das empresas da antiga República Democrática da Alemanha, a seguir «THA») vendeu à UCB Chemie GmbH (a seguir «UCB»), filial alemã do grupo Union chimique belge, as actividades no sector das aminas e da dimetilformamida da Leuna Werke AG (a antecessora jurídica da Leuna-Werke GmbH, a seguir «LWG»), uma empresa situada em Leuna.

- 3 Este contrato foi acompanhado de uma série de acordos acessórios, entre os quais o contrato de 22 de Abril de 1993 pelo qual o THA e a LWG se comprometiam a fornecer à UCB, ao preço do mercado, determinadas quantidades de monóxido de carbono, um gás que entra no fabrico das aminas e da dimetilformamida, durante um período de dez anos renováveis por um período indeterminado (a seguir «contrato de fornecimento de 22 de Abril de 1993»). De acordo com o

artigo 6.º, n.º 4, este último contrato podia ser rescindido pela LWG em dois casos, ou seja, por um lado, a celebração, pela UCB, de um contrato de fornecimento com um terceiro produtor em «condições comparáveis» e, por outro, a construção, pela UCB, da sua própria unidade de produção de monóxido de carbono. Neste último caso, o THA pagaria à UCB uma «subvenção ao investimento» de um montante máximo de 5 milhões de marcos alemães (DEM).

- 4 A LWG e o THA sofreram perdas muito elevadas, que ascenderam a cerca de 3,5 milhões de DEM por ano, devidas à execução do contrato de fornecimento de 22 de Abril de 1993. Com efeito, a unidade de produção de monóxido de carbono que exploravam para esse fim era particularmente vestuta e acarretava custos importantes. Tendo a UCB afastado a possibilidade de construir a sua própria unidade e como não existia em Leuna qualquer outro produtor de monóxido de carbono, a LWG não podia rescindir o contrato por aplicação do seu artigo 6.º, n.º 4. A LWG e o Bundesanstalt für vereinigungsbedingte Sonderaufgaben (a seguir «BvS»), organismo que sucedeu ao THA, procuraram, assim, uma empresa que aceitasse construir e explorar uma unidade de produção de monóxido de carbono e assegurasse, em seu lugar, o fornecimento a longo prazo da UCB.

- 5 Foi assim que, em Junho 1997, o BvS, a LWG, a UCB e a recorrente celebraram um acordo pela qual esta última se comprometia a construir, no prazo máximo de dezoito meses, uma unidade de produção de monóxido de carbono, que integraria na sua unidade de produção de hidrogénio de Leuna, a explorar a referida unidade e a fornecer determinadas quantidades de monóxido de carbono à UCB (a seguir «acordo de Junho de 1997»). Este acordo previa igualmente o pagamento à recorrente, pelo BvS e pela LWG, de uma «subvenção ao investimento» no montante de 9 milhões de DEM (a seguir «subvenção controvertida»), sendo o saldo do custo total do investimento, ou seja, 3,586 milhões de DEM, suportado pela recorrente. Além disso, estipulava que o contrato de fornecimento de 22 de Abril de 1993 terminaria quando a recorrente começasse a abastecer a UCB em monóxido de carbono e, o mais tardar, dezoito meses depois da celebração, por essas duas empresas, do contrato de fornecimento de monóxido de carbono (v. *infra*, n.º 6) ou, eventualmente, do referido acordo.

- 6 Concomitantemente ao acordo de 1997, a recorrente celebrou um contrato de fornecimento de monóxido de carbono com a UCB por um período de quinze anos, renováveis por períodos de cinco anos (a seguir «contrato de fornecimento de 1997»). Nos termos do artigo 2, n.º 2, deste acordo, o referido contrato «é considerado um contrato comparável na acepção do artigo 6.º, n.º 4, alínea i), [do contrato de fornecimento de 22 de Abril de 1993]». Em Outubro de 1998, a recorrente começou a fornecer monóxido de carbono à UCB nos termos do contrato de fornecimento de 1997.

- 7 Na sequência de uma reunião com as autoridades alemãs, em 15 de Maio de 1998, a Comissão interrogou estas últimas sobre a subvenção controvertida. Estas autoridades responderam numa comunicação de 7 de Agosto de 1998. A Comissão pediu-lhes informações complementares por ofício de 18 de Setembro de 1998, que lhe foram dadas por comunicação de 3 de Dezembro de 1998.

- 8 Por ofício de 30 de Março de 1999, a Comissão comunicou ao Governo alemão a sua decisão de dar início ao processo previsto no artigo 88.º, n.º 2, CE e convidou-o a apresentar as suas observações, bem como a responder a determinadas questões. Os interessados foram informados do início desse processo e foram convidados a apresentar as suas observações, através da comunicação publicada no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias* em 10 de Julho de 1999 (JO C 194, p. 14). O Governo alemão enviou as suas observações e respostas às questões colocadas por carta de 25 de Maio de 1999. Nenhum interessado reagiu a essa publicação.

- 9 Em 18 de Janeiro de 2000, a Comissão adoptou a Decisão 2000/524/CE relativa a auxílios estatais concedidos pela Alemanha a favor da Linde AG (JO L 211, p 7, a seguir «decisão impugnada»).

10 O dispositivo da decisão impugnada tem o seguinte teor:

«*Artigo 1.º*

O auxílio prestado pela Alemanha a favor da [recorrente] sob a forma de subvenção para construção de uma unidade de produção de [monóxido de carbono] em Leuna (Saxónia-Anhalt), nomeadamente, a parte que, segundo as regras de acumulação, não excede o limite máximo de 35% dos auxílios estatais de desenvolvimento regional autorizados para a Saxónia-Anhalt, é compatível com o mercado comum.

Artigo 2.º

O auxílio prestado pela Alemanha a favor da [recorrente] sob a forma de subvenção para construção de uma unidade de produção de [monóxido de carbono] em Leuna (Saxónia-Anhalt), nomeadamente, a parte que, segundo as regras de acumulação, excede o limite máximo de 35% dos auxílios estatais de desenvolvimento regional autorizados para a Saxónia-Anhalt, não é, nos termos do n.º 1 do artigo 87.º [...] CE, compatível com o mercado comum.

Artigo 3.º

1. A Alemanha deve tomar todas as medidas necessárias para exigir da beneficiária a restituição do auxílio concedido, indicado no artigo 2.º da presente decisão.

2. A exigência de restituição do auxílio processa-se imediatamente após concluídos os processos nacionais, na medida em que os mesmos permitam a execução imediata e efectiva da decisão. Sobre o montante a restituir incidem juros a contar da data em que o auxílio ilícito ficou à disposição da beneficiária até ao seu reembolso efectivo. Os juros são calculados com base na taxa de referência aplicável ao cálculo do equivalente-subvenção líquido dos auxílios ao desenvolvimento regional.

[...]»

Tramitação processual e pedidos das partes

- 11 Por petição entregue na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 21 de Abril de 2000, a recorrente interpôs o presente recurso destinado a obter a anulação parcial da decisão impugnada.

- 12 Por requerimento separado entregue na Secretaria em 20 de Setembro de 2000, a República Federal da Alemanha pediu para intervir no presente processo em apoio dos pedidos da recorrente. O presidente da Quinta Secção Alargada admitiu a intervenção por despacho de 6 de Outubro de 2000.

- 13 A República Federal da Alemanha apresentou as suas alegações de intervenção em 8 de Dezembro de 2000, em relação às quais a Comissão apresentou as suas observações. A recorrente renunciou à apresentação de observações sobre as alegações da interveniente.

- 14 Com base no relatório do juiz-relator, o Tribunal de Primeira Instância (Quinta Secção Alargada) decidiu dar início à fase oral do processo. No âmbito das medidas de organização do processo, solicitou à Comissão que respondesse a questões escritas e apresentasse determinados documentos. A Comissão respeitou estes pedidos.

- 15 Foram ouvidas as alegações e as respostas das partes às questões escritas do Tribunal de Primeira Instância na audiência de 31 de Janeiro de 2002.

- 16 A recorrente conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— anular os artigos 2.º e 3.º da decisão impugnada;

— condenar a Comissão nas despesas.

17 A Comissão conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— negar provimento ao recurso;

— condenar a recorrente nas despesas.

18 A República Federal da Alemanha apoia os pedidos da recorrente.

Questão de direito

19 Em apoio do seu recurso, a recorrente invoca um único fundamento baseado na violação do artigo 87.º, n.º 1, CE, fundamento que se divide em duas partes, uma principal e outra subsidiária. A título principal, sustenta que a subvenção controvertida não é um auxílio de Estado. A título subsidiário, invoca que a subvenção não falseia a concorrência e não afecta as trocas comerciais entre Estados-Membros. A República Federal da Alemanha invoca um segundo fundamento, baseado na falta de fundamentação.

20 Antes de mais, importa analisar a primeira parte do primeiro fundamento.

Argumentos das partes

- 21 A recorrente e a República Federal da Alemanha alegam que a subvenção controvertida não é um auxílio de Estado na acepção do artigo 87.º, n.º 1, CE.
- 22 A recorrente afirma que o acordo de Junho de 1997 se insere no âmbito do «regime do Treuhand» (que diz respeito às intervenções do THA e dos organismos que lhe sucederam), é o «resultado de negociações que se seguiram ao contrato de privatização [de 22 de Abril de 1993]» e constitui uma «medida de gestão deste contrato» na acepção da carta de 16 de Junho de 1997 do director-geral da Direcção-Geral «Concorrência» da Comissão ao ministro Federal da Economia e das orientações a esta anexas (a seguir «carta de 16 de Junho de 1997»).
- 23 A recorrente, depois de ter sublinhado o carácter vinculativo da carta de 16 de Junho de 1997, explica que esta exprime o princípio segundo o qual «as medidas de gestão» dos contratos de privatização tomadas pelo BvS que prosseguem um objectivo comercial não constituem auxílios de Estado. Refere que, entre essas medidas, consta a «adaptação dos contratos de privatização devida a lacunas regulamentares ou a uma alteração das circunstâncias». Acrescenta que as orientações anexas à carta de 16 de Junho de 1997 dispensam da obrigação de notificação à Comissão, designadamente, as medidas de gestão «imputáveis à execução ou à interpretação (complementar) do contrato de privatização», bem como as que «possa[m] impor-se do ponto de vista (puramente) comercial para salvaguardar os interesses financeiros do BvS». Estas orientações referem também que «é unicamente quando, sob a perspectiva comercial, se revelem economicamente vantajosas para o BvS que as concessões que se inserem na gestão de contratos não devem ser notificadas» e que «isto implica que é necessário proceder, *a posteriori*, a uma apreciação económica dos resultados das negociações e assegurar que a relação entre as prestações e contraprestações seja equilibrada».

- 24 No caso em apreço, segundo a recorrente, a «adaptação» feita no contrato de privatização de 22 de Abril de 1993 baseava-se precisamente em considerações comerciais e estava em conformidade com as exigências de uma «relação [equilibrada] entre prestações e contraprestações». Explica, a este respeito, que se impunha a rescisão do contrato de fornecimento de 22 de Abril de 1993 devido às grandes perdas que acarretaria a exploração da unidade de produção de monóxido de carbono da LWG. Face à recusa da UCB em instalar tal unidade e ao facto de não haver nenhum outro produtor de monóxido de carbono na região de Leuna, o BvS e a LWG não tiveram outra alternativa senão recorrer a uma empresa terceira que aceitasse construir uma unidade de produção desse gás e abastecesse a UCB. Foi nestas circunstâncias que a recorrente foi «convidada a participar nas negociações com a UCB posteriores ao contrato de privatização [de 22 de Abril de 1993]».
- 25 Quanto à subvenção controvertida, a recorrente precisa que esta se destinava a permitir-lhe abastecer a UCB de monóxido de carbono em «condições comparáveis» na acepção do artigo 6.º, n.º 4, do contrato de fornecimento de 22 de Abril de 1993 e, especialmente, de facturar «preços razoáveis».
- 26 Quanto ao resto, a recorrente considera que o critério do «investidor privado» (v. *infra*, n.º 36) não é aplicável no contexto do regime de gestão dos contratos de privatização.
- 27 A República Federal da Alemanha insiste, por seu lado, no facto de que a subvenção controvertida não tem a natureza de «vantagem unilateral» a favor da recorrente. A subvenção constitui, com efeito, a contrapartida adequada do compromisso desta última de abastecer a UCB de monóxido de carbono, em substituição do BvS e da LWG, em «condições comparáveis» às previstas no contrato de fornecimento de 22 de Abril de 1993. Na audiência, a recorrente retomou, no essencial, esta argumentação.

- 28 A República Federal da Alemanha sustenta também que a decisão de pagar a subvenção controvertida assentava em considerações comerciais. Com efeito, qualquer empresa privada que se encontrasse na mesma situação que o BvS e a LWG teria pago 9 milhões de DEM à recorrente para cumprir a obrigação de fornecimento de monóxido de carbono à UCB e pôr termo à exploração deficitária de uma unidade obsoleta.
- 29 A Comissão responde, em primeiro lugar, que a recorrente não se podia basear na carta de 16 de Junho de 1997.
- 30 Primeiro, essa carta não constitui uma tomada de posição oficial da Comissão, mas é uma «ajuda à interpretação, sem carácter vinculativo, prestada no âmbito da cooperação leal entre os serviços da Comissão e as autoridades nacionais».
- 31 Segundo, a subvenção controvertida não pode ser abrangida por qualquer das hipóteses previstas na referida carta ou nas orientações anexas e não constitui, assim, uma «medida de gestão do contrato de privatização» de 22 de Abril de 1993.
- 32 Terceiro, a subvenção controvertida não pode estar ligada a este último contrato. A este respeito, a Comissão sublinha que a obrigação de fornecimento de monóxido de carbono objecto do contrato de fornecimento de 22 de Abril de 1993 apenas diz respeito às relações entre o THA, a LWG e a UCB e que o referido contrato não prevê de forma alguma a possibilidade de uma empresa terceira construir uma unidade de produção e beneficiar, ao fazê-lo, de uma subvenção duas vezes mais elevada do que a prevista no mesmo contrato. Remetendo para o considerando 32 da decisão impugnada, alega que a subvenção controvertida se insere, na realidade, no acordo de Junho de 1997, ou seja, num novo acordo que implica partes diferentes, e que deve ser analisado

abstraindo do contrato de fornecimento de 22 de Abril de 1993. Entende que esta subvenção não pode, portanto, ser considerada uma simples «adaptação» desse contrato, nem ser justificada por uma «alteração de circunstâncias».

- 33 Em segundo lugar, a Comissão, ao invocar o acórdão de 14 de Dezembro de 2000, Ufex e o./Comissão (T-613/97, Colect., p. II-4055), sublinha que são essencialmente os efeitos do auxílio no que se refere à empresa beneficiária e os seus concorrentes que há que considerar e não a situação dos organismos distribuidores ou gestores do auxílio. O conceito de auxílio é, assim, um conceito objectivo e depende apenas da questão de saber se uma medida estatal confere ou não um benefício a uma ou a certas empresas.
- 34 No caso em apreço, a subvenção controvertida representaria inegavelmente uma vantagem para a recorrente, na medida em que lhe é permitido completar as instalações existentes com uma unidade de produção de monóxido de carbono sem ter que suportar o custo e permite-lhe alargar a sua gama de produtos. O facto de o BvS e a LWG poderem realizar importantes economias graças à atribuição desta subvenção é irrelevante.
- 35 Além disso, a Comissão contesta a pertinência do argumento segundo o qual a subvenção controvertida representa a contrapartida de um compromisso da recorrente. A este respeito, alega que os auxílios declarados compatíveis com o mercado comum ao abrigo do artigo 87.º CE pressupõem sempre uma contrapartida, sendo formalmente proibidos os auxílios destinados exclusivamente ao funcionamento da empresa beneficiária. Acrescenta que não é a existência de uma qualquer contrapartida que exclui o carácter de auxílio de Estado, mas a presença de uma «contraprestação sinalagmática ordinária», como, por exemplo, «o preço corrente do mercado no caso de venda». Ora, «a obrigação de fornecer em substituição do devedor público inicial uma empresa privatizada a preços que cobrem os custos incorridos graças a investimentos subvencionados não [constitui] uma contraprestação sinalagmática ordinária no

que diz respeito ao pagamento do auxílio ao investimento». Concretamente, a Comissão alega que a obrigação de a recorrente fornecer o monóxido de carbono a preços razoáveis corresponde a uma «prática comercial corrente» e não representa para esta última um verdadeiro encargo. Por último, o facto de, em qualquer hipótese, a vantagem concedida à recorrente não ser «inadequada» não é pertinente no que se refere a qualificação de uma medida como auxílio de Estado. Este elemento apenas poderia ser tido em conta na fase da apreciação da compatibilidade da medida em causa com o mercado comum nos termos do artigo 87.º, n.ºs 2 e 3, CE.

- 36 Em terceiro lugar, a Comissão alega que o comportamento adoptado no caso em apreço pelo BvS e pela LWG não pode corresponder ao de um «investidor privado que actua em condições normais de mercado», uma vez que «o Estado actuou neste caso [...] no prosseguimento da sua missão de privatização». Sublinha que, quando da aplicação deste critério, há que abstrair as obrigações que incumbem ao Estado enquanto poder público. A Comissão considera, designadamente, que, sabendo o THA e a LWG que a produção de monóxido de carbono nas instalações existentes na LWG acarretaria custos elevados, a obrigação de fornecimento que tinham subscrito no âmbito do contrato de fornecimento de 22 de Abril de 1993 não constituía uma «dívida normal» que foi aceite por um «devedor hipotético actuando nas condições normais do mercado». O compromisso assumido no âmbito do acordo de Junho de 1999, uma vez que se destinava a liberar o BvS e a LWG de uma obrigação «definid[a] [...] pelo objectivo público da privatização», também não pode ser considerado «conforme ao mercado».

Apreciação do Tribunal de Primeira Instância

- 37 Importa recordar que o artigo 87.º, n.º 1, CE dispõe que, «[s]alvo 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».

- 38 O termo «auxílio», na acepção desta disposição, designa necessariamente vantagens concedidas directa ou indirectamente e provenientes de recursos estatais ou que constituam um encargo suplementar para o Estado ou para os organismos designados ou instituídos para esse efeito por este (acórdãos de 7 de Maio de 1998, *Viscido e o.*, C-52/97 a C-54/97, Colect., p. I-2629, n.º 13, e de 22 de Novembro de 2001, *Ferring*, C-53/00, Colect., p. I-9067, n.º 16).
- 39 Foi designadamente decidido que, para apreciar se uma medida estatal constitui um auxílio, deve determinar-se se a empresa beneficiária recebe uma vantagem económica que não teria obtido em condições normais de mercado (acórdãos do Tribunal de Justiça de 11 de Julho de 1996, *SFEI e o.*, C-39/94, Colect., p. I-3547, n.º 60, e de 29 de Abril de 1999, *Espanha/Comissão*, C-342/96, Colect., p. I-2459, n.º 41).
- 40 Por último, há que referir que o conceito de auxílio, como é definido no Tratado, tem carácter jurídico e deve interpretar-se com base em elementos objectivos. Por esta razão, o juiz comunitário deve, em princípio e tendo em conta tanto os elementos concretos do litígio submetido à sua apreciação como o carácter técnico ou complexo das apreciações feitas pela Comissão, exercer uma fiscalização exaustiva no que diz respeito à questão de saber se uma medida cai no âmbito de aplicação do artigo 87.º, n.º 1, CE (acórdãos do Tribunal de Justiça de 16 de Maio de 2000, *França/Ladbroke e Comissão*, C-83/98 P, Colect., p. I-3271, n.º 25, e do Tribunal de Primeira Instância de 12 de Dezembro de 2000, *Alitalia/Comissão*, T-296/97, Colect., p. II-3871, n.º 95).
- 41 É à luz destes princípios e do contexto no qual se inscreve a subvenção controvertida que importa examinar os argumentos das partes.

42. Resulta dos autos que, em 1996, o BvS, que tinha sucedido ao THA e que era proprietário de uma unidade de produção de monóxido de carbono explorada pela LWG em Leuna, se deparou com um problema de ordem financeira devido à conjugação das seguintes circunstâncias:

- pelo contrato de fornecimento de 22 de Abril de 1993, o THA e a LWG comprometeram-se a fornecer à UCB, a um preço definido como correspondendo ao preço de mercado, determinadas quantidades de monóxido de carbono durante um período de dez anos renováveis por tempo indeterminado;
- contudo, posteriormente, verificou-se que este preço de fornecimento não cobria os custos de produção de monóxido de carbono pela LWG;
- estes custos eram, com efeito, particularmente elevados devido ao carácter obsoleto dos equipamentos e da tecnologia utilizados por esta última;
- além disso, o preço de fornecimento tinha sido fixado na perspectiva da instalação, nunca concretizada, de um segundo comprador de monóxido de carbono na região de Leuna, que iria permitir uma exploração mais rentável da unidade de produção da LWG;
- as perdas sofridas pelo BvS e pela LWG devido à execução deste contrato de fornecimento ascendem aproximadamente a 3,5 milhões de DEM por ano e ascenderiam, a partir de 1998, a 5 milhões de DEM por ano;

- assim, se o referido contrato tivesse sido executado até ao seu termo, isto é, 30 de Abril de 2003, em vez de ter sido rescindido em Outubro de 1998, o BvS e a LWG teriam suportado, a contar desta última data, perdas acumuladas que ultrapassariam 15 milhões de DEM;

- a LWG não podia rescindir o contrato de fornecimento de 22 de Abril de 1993 de acordo com o seu artigo 6.º, n.º 4 (v. *supra*, n.º 3), pois nenhuma das hipóteses previstas por esta disposição se verificou no caso em apreço;

- por um lado, com efeito, a UCB tinha afastado a possibilidade de construir e de explorar a sua própria unidade de produção de monóxido de carbono;

- por outro, não existia na região de Leuna qualquer outro produtor de gás onde a UCB pudesse abastecer-se;

- a UCB também não podia abastecer-se fora dessa região, pois o monóxido de carbono deve ser produzido na proximidade do utilizador (v. considerando 22 da decisão impugnada).

43 Face a estes elementos, há que declarar que era normal de um ponto de vista comercial que o BvS e a LWG tentassem encontrar uma solução que lhes permitisse pôr termo à obrigação de fornecimento de monóxido de carbono à UCB respeitando ao mesmo tempo os seus compromissos em relação a esta última sociedade.

- 44 Mais concretamente, o BvS e a LWG tinham fundamento para celebrar um acordo com uma empresa terceira que aceitasse construir e explorar, em Leuna, uma nova unidade de produção de monóxido de carbono tendo em vista abastecer, em sua substituição, a UCB, e isto em «condições comparáveis» às previstas pelo contrato de fornecimento de 22 de Abril de 1993.
- 45 Era economicamente racional que, para estes fins, o BvS e a LWG escolhessem a recorrente. Com efeito, esta já dispunha na região de Leuna de uma unidade de produção de hidrogénio na qual podia ser integrada uma unidade de produção de monóxido de carbono, o que permitiria uma diminuição sensível dos custos de investimento e, conseqüentemente, dos custos de produção. A Comissão também não contesta que a construção de uma nova unidade de produção de monóxido de carbono fora desta hipótese implicaria necessariamente um investimento muito mais elevado, ou seja, da ordem de 15 a 20 milhões de DEM. Ora, face às necessidades relativamente limitadas da UCB em monóxido de carbono e não havendo outro potencial comprador na região de Leuna, a exploração de uma nova unidade não seria rentável em tal situação.
- 46 Além disso, resulta de um documento anexo à réplica, cuja pertinência a Comissão não põe em dúvida, que, embora o facto de escolher a recorrente permitisse reduzir os custos de investimento em 12,586 milhões de DEM, se esta última tivesse de suportar a totalidade desses custos, os seus fornecimentos de monóxido de carbono à UCB em «condições comparáveis» às previstas pelo contrato de fornecimento de 22 de Abril de 1993 seriam largamente deficitários. Era, portanto, objectivamente justificado que o BvS e a LWG contribuíssem para os custos de investimento concedendo à recorrente uma subvenção de montante muito inferior ao das perdas acumuladas que teriam suportado se este último contrato tivesse sido executado até ao seu termo (v. *supra*, n.º 42). Com efeito, nenhum operador económico poderia proceder a tal investimento aceitando, ao mesmo tempo, tais obrigações de fornecimento à UCB, não havendo uma contribuição externa importante para os custos por ele causados. A este respeito, não tem importância, no plano económico, que esta contribuição seja concebida como uma compensação antecipada de perdas futuras que resultariam inevitavelmente dos fornecimentos de monóxido de carbono à UCB nas condições

deficitárias acima mencionadas ou como uma assunção de uma parte dos custos ocasionados pelo investimento inicial.

47 Este é o contexto no qual foram negociados e celebrados o acordo de Junho de 1997 e o contrato de fornecimento de 1997. Em resumo, estes concretizavam um pacto global que implicava o BvS, a LWG, a UCB e a recorrente e que previa o compromisso desta última assegurar, em substituição do BvS e da LWG, o fornecimento à UCB de monóxido de carbono em «condições comparáveis» às previstas pelo contrato de fornecimento de 22 de Abril de 1993. Para o efeito, a recorrente construiria uma unidade de produção de monóxido de carbono, que integraria na sua unidade existente de produção de hidrogénio de Leuna, e beneficiaria de uma «subvenção ao investimento» de 9 milhões de DEM da parte do BvS e da LWG.

48 Vistas todas as considerações precedentes, importa declarar, em primeiro lugar, que, como a Comissão correctamente sublinha na decisão impugnada (considerando 32) e nos seus articulados, esse pacto global constitui um novo acordo, juridicamente distinto dos contratos de privatização e de fornecimento de 22 de Abril de 1993. Isto é designadamente demonstrado pelo facto de que implica uma nova parte contratante, ou seja, a recorrente, altera os direitos e as obrigações das diferentes partes e prevê o pagamento de uma «subvenção ao investimento» sensivelmente mais elevada do que a inicialmente acordada. A alegação da Comissão segundo a qual as autoridades alemãs agiram, no caso em apreço, no exercício de uma missão pública de privatização, e não em condições normais de mercado, não pode, portanto, ser acolhida.

49 Em segundo lugar, deve ser considerado que o pacto global acima descrito constitui uma transacção comercial normal no âmbito da qual o BvS e a LWG se comportaram como operadores racionais em economia de mercado. É manifesto que essas entidades se orientaram, antes de mais, por considerações comerciais, abstraindo de qualquer objectivo de política económica ou social.

- 50 Em terceiro lugar, há que referir que, no seu princípio, a subvenção controvertida constitui um elemento essencial desse pacto global e, à semelhança deste último, se justifica por considerações comerciais.
- 51 Assim, há que declarar, em quarto lugar, que, na decisão impugnada, a Comissão não examina de forma alguma se o pacto global e a subvenção controvertida que dele faz parte integrante têm, no todo ou em parte, a natureza de transacção comercial normal. Contenta-se, com efeito, em afirmar que essa subvenção constitui um auxílio de Estado «pois permitiu à [recorrente] completar a sua unidade de produção de hidrogénio com uma unidade de produção de [monóxido de carbono], sem ter de suportar os respectivos custos (considerando 28 da decisão impugnada), antes de afastar — com razão (v. *supra*, n.º 48) — um dos argumentos suscitados pelas autoridades alemãs durante o procedimento administrativo e baseado numa alegada conexão entre o contrato de privatização de 1993 e o pacto global (considerandos 29 a 32 da decisão impugnada).
- 52 A Comissão não examina designadamente se o montante da subvenção controvertida correspondia globalmente ao preço que seria acordado entre operadores económicos que estivessem na mesma situação. Ora, é apenas em relação à parte que exceda esse preço que a subvenção pode, eventualmente, ser qualificada de auxílio de Estado.
- 53 A Comissão não conseguiu demonstrar se o montante pago à recorrente em contrapartida dos compromissos por ela assumidos excede o custo desses compromissos e o montante do excedente eventual.

54 Assim, a Comissão não demonstrou de forma juridicamente suficiente que a subvenção controvertida constitui no todo ou em parte um auxílio na acepção do artigo 87.º, n.º 1, CE.

55 Face ao que precede, a primeira parte do primeiro fundamento de anulação é procedente.

56 Assim, sem que seja necessário examinar os outros argumentos invocados pela recorrente e pela República Federal da Alemanha, os artigos 2.º e 3.º da decisão impugnada devem ser anulados.

Quanto às despesas

57 Nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 87.º do Regulamento de Processo, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido. Tendo a Comissão sido vencida, há que condená-la a suportar, além das suas próprias despesas, as despesas efectuadas pela recorrente, em conformidade com os pedidos desta última.

58 Por força do artigo 87.º, n.º 4, do mesmo regulamento, a República Federal da Alemanha suportará as suas próprias despesas.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA (Quinta Secção Alargada)

decide:

- 1) Os artigos 2.º e 3.º da Decisão 2000/524/CE da Comissão, de 18 de Janeiro de 2000, relativa a auxílios estatais concedidos pela Alemanha a favor da Linde AG, são anulados.
- 2) A Comissão suportará as suas próprias despesas e as da recorrente.
- 3) A República Federal da Alemanha suportará as suas próprias despesas.

Cooke

García-Valdecasas

Lindh

Forwood

Legal

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 17 de Outubro de 2002.

O secretário

O presidente

H. Jung

J. D. Cooke