

44. A nosso ver, todas estas condições estão - ou seria possível demonstrá-lo, se necessário fosse - verificadas na situação em apreço.

Em primeiro lugar e como é evidente, o Estado Português adquiriu os submarinos destinados a equipar a sua Marinha de Guerra a fim de assegurar níveis mínimos de protecção dos *"interesses essenciais da sua segurança"*, num momento em que Portugal se encontrava na extrema necessidade de adquirir *«capacidade submarina»*⁵², designadamente atendendo ao há muito anunciado *«fim da vida útil dos submarinos actualmente utilizados pela Marinha Portuguesa»*⁵³.

Em segundo lugar, as contrapartidas em causa estão, por essa mesma razão, relacionadas com *«a produção ou o comércio de armas, munições e material de guerra»* - os submarinos. E estão tão estreitamente relacionadas que, sem tais contrapartidas, a aquisição desse equipamento indispensável à defesa e à segurança do País não se teria feito. A integração, entretanto operada, dos ENVC na EMPORDEF vem reforçar a natureza da sua actividade como estando estreitamente ligada à segurança e à defesa do País.

Em terceiro lugar, está por demonstrar que as referidas medidas (as contrapartidas) *«alteram as condições de concorrência no mercado comum no que diz respeito aos produtos não destinados a fins especificamente militares»*. Nunca tal foi alegado - e muito menos demonstrado, o que seria ónus da entidade que pretendesse opor-se à legalidade das medidas e, em todo o caso, implicaria uma análise económica sofisticada que não parece fácil poder conduzir a tal resultado - e, mesmo a supor que tal

⁵² Vide Resolução do Conselho de Ministros n.º 122/2004, de 5.8.2004 (DR, I série, n.º 192, de 16.8.2004, pp. 5201).

⁵³ Vide Resolução do Conselho de Ministros n.º 183/2003, de 6.11.2003 (DR, I série, n.º 273, de 25.11.2003, pp. 7987).

acontecesse, sempre seria possível tomar medidas que assegurassem uma separação clara entre a fabricação de produtos para fins estritamente militares e os outros, de maneira a evitar que estes últimos beneficiassem de tais medidas (no caso, as contrapartidas) de modo a alterar significativamente as condições da concorrência no mercado comum.

Derrogações gerais

45. Mas mesmo que, por conveniência de raciocínio, se admitisse como possível não só que estaríamos perante um auxílio de Estado mas, além disso, que este não estaria abrangido pela derrogação específica do artigo 296.º TCE, ainda assim haveria que admitir que tal "auxílio" pudesse justificar-se por aplicação de alguma ou algumas das **derrogações gerais** ao princípio de proibição do n.º 1 do artigo 87.º TCE, previstas no artigo 88.º TCE.

46. Interessa aqui referir a **disciplina sectorial da construção naval**, regulada pelo *Enquadramento dos auxílios estatais à construção naval*⁵⁴, que estabelece as regras relativas aos auxílios à construção naval e que tem por objectivo tornar mais transparente a política da Comissão neste domínio, através da extensão das disposições horizontais de carácter geral ao sector da construção naval.

Os auxílios à construção naval incluem os auxílios concedidos, directa ou indirectamente, a um estaleiro

⁵⁴ J.O.U.E., série C, n.º 317, de 30.12.2003, pp. 11. Igualmente relevante é a *Comunicação da Comissão relativa à apresentação de notificações individuais sobre a aplicação de todos os regimes de auxílio de investimento com finalidade regional ao sector da construção naval e proposta de medidas adequadas nos termos do n.º 1 do artigo 88.º do Tratado CE* (JO, série C, n.º 263, de 1.11.2003, pp. 2) - J. L. Da Cruz Vilaça/M. Gorjão-Henriques, *Código da Concorrência, cit.*, pp. 1117 e 1126.

naval, entidade conexas, armador ou terceiro, para a construção, reparação ou transformação de navios⁵⁵.

O princípio geral é o de que os auxílios à construção naval podem ser concedidos nos termos dos artigos 87.º e 88.º TCE e de toda a legislação adoptada com base nestes artigos.

47. No entanto, existem certas disposições relativas a auxílios compatíveis com o mercado comum que são específicas deste sector e que poderiam ser relevantes para a questão *sub judice*, a saber:

a) Auxílios à investigação, ao desenvolvimento e à inovação

Trata-se de auxílios destinados a cobrir despesas efectuadas por empresas de construção, reparação ou transformação navais com projectos de investigação e desenvolvimento, desde que respeitadas as regras especificamente aplicáveis aos auxílios à investigação e desenvolvimento.

Os auxílios destinados à inovação que se destinem à construção, reparação ou transformação navais podem ser considerados compatíveis com o mercado comum desde que atinjam uma intensidade máxima de auxílio de 20%⁵⁶, e desde que estejam relacionados com a aplicação industrial de produtos e processos inovadores que impliquem um risco de fracasso tecnológico ou industrial e se limitem a financiar as despesas relativas a investimentos, concepção e actividades de engenharia e de ensaio⁵⁷.

⁵⁵ Cf., ponto 3.1. do *Enquadramento dos auxílios estatais à construção naval*.

⁵⁶ Montante do auxílio expresso em percentagem de custos elegíveis do projecto. Sempre que o auxílio seja concedido sob uma forma distinta da subvenção, o montante de auxílio será o seu equivalente subvenção.

⁵⁷ Cf. 3.3.1., parágrafo 15, alíneas a) e b) do *Enquadramento dos auxílios estatais à construção naval*.

b) Auxílios regionais

Os auxílios regionais à construção, reparação ou transformação navais podem ser considerados compatíveis com o mercado comum desde que estejam cumpridas as condições previstas no *Enquadramento dos auxílios estatais à construção naval*⁵⁸.

Os auxílios permitidos no referido enquadramento dos auxílios para a construção naval não poderão ser combinados com outra forma de auxílios estatais na acepção do n.º 1 do artigo 87.º TCE ou com outras formas de financiamento comunitário se o cúmulo der origem a uma intensidade de auxílio superior à prevista no referido enquadramento⁵⁹.

48. Para além do que acaba de referir-se, seria possível encarar ainda a aplicação das pertinentes **disposições horizontais**, designadamente as que constam das *orientações relativas a auxílios de emergência e a favor da reestruturação de empresas em dificuldade*.

A Comissão considera que uma **empresa se encontra em dificuldade**, para efeito da aplicação das referidas orientações, quando é incapaz, com os seus próprios recursos financeiros ou com os recursos que os seus accionistas e credores estão dispostos a conceder-lhe, anular prejuízos que a conduzirão, na ausência de uma intervenção externa dos poderes públicos, a um desaparecimento económico quase certo a curto ou a médio prazo.

Os **auxílios à reestruturação** podem revestir diversas formas, tais como injeções de capital, remissão de

⁵⁸ Cf. 3.3.6., parágrafo 26 do *Enquadramento dos auxílios estatais à construção naval*.

⁵⁹ Cf. 5, parágrafo 27 do *Enquadramento dos auxílios estatais à construção naval*.

dívidas, empréstimos, vantagens fiscais, reduções das quotizações para a segurança social ou garantias de empréstimos; ao passo que os **auxílios de emergência** devem limitar-se a empréstimos ou garantias de empréstimos.

49. Do que precede resulta não ser impossível que verdadeiros e próprios auxílios à construção naval, quando existentes e não abrangidos pela excepção do artigo 296.º TCE, podem justificar-se pela situação de emergência ou pela necessidade de proceder à reestruturação de empresas em dificuldade, respeitadas que sejam as condições fixadas nos instrumentos normativos e interpretativos em vigor.

50. Afigura-se, contudo, adequado reafirmar que a análise precedente (pontos 43 a 47) apenas é feita por uma razão de exaustividade e de cautela, pois suporia a demonstração, que se nos afigura contrária ao Tratado e à jurisprudência do Tribunal de Justiça, de que estaríamos, no caso presente, perante um auxílio de Estado⁶⁰; e, em todo o caso, perante uma situação não abrangida pela derrogação prevista no artigo 296.º TCE.

Só se **simultaneamente** preenchidas as duas hipóteses anteriores é que tais "auxílios" teriam de ser analisados à luz das derrogações gerais ao regime da proibição de auxílios de Estado e, então, notificados para eventual

⁶⁰ Importaria ainda ter presente que a qualificação como auxílio poderia, eventualmente, colocar problemas face ao princípio do auxílio único (*one-off aid principle* ou *one time, last time*), que visa «evitar que as empresas sejam injustamente apoiadas, quando só conseguem sobreviver graças aos sucessivos apoios do Estado». Segundo a Comissão, no que toca a auxílios de emergência e à reestruturação, «se tiverem decorrido menos de 10 anos desde a concessão do auxílio de emergência, desde o termo do período de reestruturação ou desde que o plano de reestruturação deixou de ser executado (...), a Comissão não autorizará a concessão de outros auxílios de emergência ou à reestruturação», salvo em condições específicas que não cumpre ora desenvolver, sendo igualmente irrelevante para o efeito «as alterações da propriedade da empresa beneficiárias na sequência da concessão de um auxílio (...) desde

aprovação pela Comissão Europeia, ao abrigo do procedimento fixado no artigo 88.º do Tratado e da demais legislação aplicável, nomeadamente o Regulamento (CE) n.º 659/99.

Para tal, no entanto, sempre nos faltariam os elementos empíricos aptos a proceder a uma tal análise.

51. Deste modo, afigura-se adequado concluir ser nosso entendimento:

- 1) Quanto ao primeiro ponto, que não existem fundos públicos envolvidos na operação em análise e que, portanto, o regime dos auxílios de Estado não é aplicável;
- 2) Quanto ao segundo ponto, que a operação é abrangida pela excepção da alínea b) do n.º 1 do artigo 296.º do Tratado, por se enquadrar, como seu elemento essencial, no contexto de uma operação de aquisição de equipamentos militares necessários à protecção dos interesses essenciais da segurança do Estado português.

que se trate da continuação de uma mesma empresa». De acordo com a informação disponível, não estão nesta situação os ENVC.

Questão 2:

1) O aumento do capital da EMPORDEF, pela entrada em espécie das acções representativas do capital social dos ENVC, constitui um auxílio de Estado na acepção do n.º 1 do artigo 87.º do Tratado?

2) A aquisição do controlo dos ENVC pela EMPORDEF deve ser considerada uma operação de concentração, ao abrigo da legislação da concorrência?

RESPOSTA⁶¹

Considerações gerais

52. Para resposta às questões formuladas, convém ter presente que, como resulta do enunciado da primeira sub-questão, a operação a que se refere a consulta se concretizará através do aumento de capital da EMPORDEF, aumento que será subscrito e realizado através de entrada em espécie das acções representativas da totalidade do capital social dos ENVC.

A EMPORDEF é, como se sabe, uma sociedade que tem como accionista único o Estado, sendo as acções representativas do seu capital social detidas pela DGT (Direcção-Geral do Tesouro⁶²) e os direitos do Estado

⁶¹ A resposta a esta questão foi redigida e objecto de parecer autónomo, numa primeira versão, antes da realização das operações nela analisadas. Mantiveram-se, nesta versão final e completa do Parecer, essencialmente a forma (futura) utilizada e as conclusões da análise, sem prejuízo de alguns ajustamentos de pormenor.

⁶² Decreto-Lei n.º 186/98, de 7 de Julho, que comete especificamente à DGT, entre muitas outras competências, o acompanhamento da «função accionista» do Estado e a execução das «operações daí decorrentes».

exercidos nos termos previstos no artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 235-B/96, de 12 de Dezembro.

Os ENVC são igualmente uma empresa propriedade do Estado, sendo as acções representativas do seu capital social também **detidas pela DGT** e os direitos do Estado exercidos nos termos previstos no artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 55/91, de 26 de Janeiro.

Esclareça-se também que, de acordo com as informações transmitidas, o aumento de capital da EMPORDEF é efectuado no montante de dois milhões e quinhentos mil euros (€ 2 500 000), correspondente exactamente ao valor contabilístico dos activos dos ENVC, após reavaliação efectuada por entidade abalizada, de acordo com os critérios mais rigorosos.

53. Importa, a título preliminar, ter presente que o capital social tem como função essencial determinar a exacta medida da situação de uma sociedade comercial, num determinado momento.

As sociedades comerciais constituem-se para realizar uma actividade económica e dotam-se dos meios económicos para o efeito.

No entanto, durante a vida de qualquer sociedade comercial, o montante do capital social pode deixar de se ajustar à realidade económica ou financeira, levando a sociedade a proceder ao seu aumento ou à sua redução, consoante a situação concreta em que se encontre.

54. Trata-se de uma realidade comum a todo o tecido empresarial e societário. O aumento de capital social das sociedades comerciais encontra-se, aliás, expressamente previsto nos artigos 87.º a 93.º do Código das Sociedades Comerciais. Nestes artigos, prevê-se que as sociedades comerciais possam proceder a um aumento do seu capital social, com vista a fazer face a uma nova realidade

económica, diferente da realidade existente à altura da sua constituição.

Desta forma, o aumento de capital é uma **alteração natural** e, muitas vezes, até necessária, na vida das sociedades comerciais.

1) A operação à luz do regime dos auxílios de Estado: a ausência de "vantagem" concedida por recursos do Estado

55. Como já se viu atrás, a existência de um auxílio de Estado, na acepção do n.º 1 do artigo 87.º TCE, requer a verificação **cumulativa** de um certo número de condições, entre as quais avulta a concessão de uma vantagem selectiva a uma empresa, a um grupo de empresas ou a um sector de actividade, através do Estado ou de recursos estatais.

A existência de uma **vantagem concedida pelo Estado ou através de recursos do Estado** constitui, pois, como vimos, uma condição indispensável ao reconhecimento da existência de um auxílio de Estado.

56. Ora, no caso presente, dados os termos (acima referidos) em que se concretizará a operação, torna-se patente que esta **não envolve a concessão, pelo Estado ou à custa do Estado, de uma vantagem** a qualquer das entidades envolvidas.

Por um lado, a EMPORDEF não usufrui de qualquer vantagem por força da operação. Com efeito, a EMPORDEF recebe um valor real rigorosamente equivalente ao aumento de capital efectuado.

E mesmo que houvesse dúvidas sobre o real "valor de mercado" dos activos transferidos, há que sublinhar que a

Comissão Europeia já reconheceu que pode, para o efeito, ser considerado como relevante o respectivo «valor contabilístico»⁶³.

Por outro lado, os ENVC também não beneficiam com a operação, uma vez que não recebem do Estado qualquer vantagem financeira, por força da operação.

Quanto à DGT, por seu turno, a operação é neutra, do ponto de vista financeiro. Com efeito, através da operação de aumento de capital da EMPORDEF, subscrito e realizado pela DGT mediante a entrada em espécie da totalidade das acções dos ENVC, a DGT limita-se a integrar os ENVC na EMPORDEF, continuando a deter e controlar, nas mesmas exactas condições, ambas as empresas, ainda que, agora, sob um chapéu societário único.

57. Em suma, entendemos que se trata de uma mera operação de reestruturação interna do grupo estatal, implicando simplesmente uma transferência de titularidade directa de uma sociedade - e do respectivo conjunto de activos empresariais, dedicados à construção naval - para o âmbito do grupo de empresas de defesa.

Entendemos, por isso, que esta operação deve, antes de mais, ser considerada à luz do artigo 295.º TCE, segundo o qual

"[o] presente Tratado em nada prejudica o regime da propriedade nos Estados membros".

Segundo esta norma, os Estados membros são livres de deter e gerir empresas, podendo adquirir participações sociais em empresas públicas ou privadas e participar na

⁶³ Decisão da Comissão relativa ao auxílio estatal executado pela Espanha com vista a um novo auxílio à reestruturação dos estaleiros públicos espanhóis - C 40/00, de 12 de Maio de 2004, JO L 58, de 4.3.2005, p. 85.

actividade económica da mesma forma que o fazem os entes privados.

Ora, a mera reorganização interna de um grupo de **empresas**, como a que é operada através da operação que nos é apresentada, **não excede os limites da liberdade dos Estados membros** de deter empresas, definindo, em cada momento, a titularidade do capital social e a sua organização e estruturação internas.

58. É certo que o direito comunitário não isenta o Estado ou as empresas públicas da aplicação das regras resultantes do Tratado, designadamente as relativas à proibição de auxílios de Estado.

Estas regras não estão, em nosso entender, em causa no caso presente, uma vez que, não envolvendo qualquer vantagem concedida com recursos do Estado, a operação não deve, como se viu, ser considerada como envolvendo qualquer auxílio de Estado.

O teste do "investidor privado"

59. Mas mesmo que, por mera hipótese, assim se não entendesse, e fosse possível vislumbrar na operação uma qualquer **vantagem financeira** concedida através de recursos do Estado, designadamente para os ENVC, sempre a referida operação passaria, em nosso entender, o chamado teste do "investidor privado", pelo que, também por aí, não seria considerada como um auxílio de Estado.

60. De acordo com o referido teste, o comportamento do Estado deve ser conforme com o que seria o comportamento de um investidor privado prudente e informado⁶⁴.

⁶⁴ Acórdão do TPI de 6.3.2003, *Westdeutsche Landesbank Girozentrale e Land Nordrhein-Westfalen c. Comissão* (West LB. c. Comissão), T-228/99 e T-233/99, Colect. II-435.

A aplicação do conceito de "investidor privado" neste contexto tem em conta as «possibilidades de a empresa obter as importâncias em questão no mercado privado de capitais» nas mesmas condições. O teste tem-se por respeitado desde que possa concluir-se que, em circunstâncias semelhantes um accionista privado, tendo em conta a possibilidade de obter um benefício e sem considerar nenhum elemento de política social, regional ou sectorial, teria subscrito o capital em questão⁶⁵.

Trata-se de um critério aplicável tanto a empresas em boa como a empresas em má situação económica⁶⁶.

Impõe-se, no entanto, uma maior concretização sobre quem é este "investidor privado". E, a este propósito, a resposta é clara: o tipo de investidor privado que se deve ter em conta, para este efeito, é o do detentor de uma "holding privada" ou de um grupo de empresas privadas que prosseguem uma política estrutural - quer geral, quer sectorial - guiada por perspectivas de rentabilidade a longo prazo⁶⁷.

Ora, parece-nos fácil de demonstrar que um investidor privado que fosse detentor de um grupo de empresas como este procederia às operações de reestruturação do seu grupo de empresas que se lhe afigurassem necessárias para potenciar a rentabilidade, a longo prazo, das mesmas e que, no número de tais operações, se contaria aquela que ora nos ocupa.

61. Posto isto, impõe-se concluir que a operação prevista não se enquadra no regime dos auxílios concedidos pelo

⁶⁵ Acórdão do Tribunal de Justiça de 10.7.1986, *Bélgica c. Comissão (Boch)*, 40/85, *Colect.*, p. 2321.

⁶⁶ Acórdão do TPI *West LB. c. Comissão*, T-228/99 e T-233/99, *cit.*

⁶⁷ *Inter alia*, acórdãos do Tribunal de Justiça de 21.3.1991, "Alfa Romeo I", *cit.*, I-1603, n.º 20; e acórdão do TPI de 21.1.1999, *Neue Maxhütte Stahlwerke GmbH e Lech-Stahlwerke GmbH c. Comissão*, *Colect.* II-17.

Estado, estando assim fora do âmbito da aplicação do n.º 1 do artigo 87.º TCE e do procedimento previsto no artigo 88.º do mesmo Tratado.

Sendo esta a conclusão, e sempre sob reserva de entendimento diferente por parte da autoridade competente, isto é, a Comissão Europeia, não há pois lugar a notificação a esta autoridade, prévia à realização da operação.

2) A operação à luz do regime das concentrações de empresas

62. O objecto desta segunda sub questão consiste em determinar se a integração da totalidade do capital social dos ENVC na EMPORDEF constitui uma **operação de concentração de empresas** entre a EMPORDEF e os ENVC, nos termos da legislação da concorrência; e, em caso afirmativo, se esta operação deve ser objecto de notificação às autoridades de concorrência competentes.

Não obstante não se dispor de todos os elementos potencialmente pertinentes, não parece haver dúvidas quanto à resposta a dar à questão formulada.

Da existência de uma operação de concentração

63. Para a resposta, importa ter presente que a **noção de operação de concentração de empresas** aplicável no domínio do direito da concorrência é idêntica quer se considere o direito nacional quer se considere o direito comunitário.

Em tal contexto, limitar-nos-emos, por isso, a apreciar a natureza da operação à luz das disposições pertinentes da legislação nacional aplicável (Lei n.º 18/2003, de 11 de

Junho), já que estas se encontram redigidas em termos semelhantes aos das disposições do Regulamento (CE) n.º 139/2004, do Conselho, de 20 de Janeiro de 2004 (Regulamento das concentrações)⁶⁸.

64. Nos termos do n.º 1 do artigo 8.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho,

«entende-se haver concentração de empresas:

.../

b) No caso de uma ou mais pessoas singulares que já detenham o controlo de pelo menos uma empresa ou de uma ou mais empresas adquirirem, directa ou indirectamente, o controlo da totalidade ou de partes de uma ou de várias outras empresas». (negro nosso).

65. Quanto ao conceito de **aquisição de controlo**, o n.º 3 do mesmo artigo 8.º da Lei n.º 18/2003 explicita que,

«[p]ara efeitos do disposto no número anterior, o controlo decorre de qualquer acto, independentemente da forma que este assuma, que implique a possibilidade de exercer, isoladamente ou em conjunto, e tendo em conta as circunstâncias de facto ou de direito, uma influência determinante sobre a actividade de uma empresa, nomeadamente:

- Aquisição da totalidade ou de parte do capital social; [...]»

66. No caso vertente, está em causa a aquisição pela EMPORDEF da totalidade das acções representativas do

⁶⁸ J.O.U.E. L 24, de 29.1.2004, pp. 1. Os textos da Lei n.º 18/2003 e do regulamento das concentrações podem consultar-se em J.L. da Cruz Vilaça/M. Gorjão-Henriques, *Código da Concorrência*, cit., pp. 11-33 e 262-296.

capital social dos ENVC, como forma de pagamento em espécie, pela DGT, das acções representativas do aumento de capital da EMPORDEF.

Poderia, pois, pensar-se que estaríamos perante uma operação de concentração de empresas, na acepção do artigo 8.º, n.º 1, alínea b), e n.º 3 da Lei n.º 18/2003.

67. Não é, porém, este o caso.

Com efeito, não se considera haver uma operação de concentração quando as aparentes alterações em termos de controlo se resumem a uma reestruturação interna de um grupo de empresas.

68. A conclusão anterior tanto vale para as empresas privadas como para as empresas públicas.

A sujeição das empresas públicas a estes princípios constitui entendimento pacífico das autoridades da concorrência e da jurisprudência dos tribunais comunitários, sendo explicado pela Comissão Europeia nos seguintes termos⁶⁹:

«Verifica-se uma situação excepcional nos casos em que tanto as empresas adquiridas como as empresas adquirentes são empresas públicas pertencentes ao mesmo Estado (ou à mesma entidade pública). Neste caso, o facto de a operação ser considerada ou não uma reestruturação interna depende, por seu turno, da questão de saber se ambas as empresas se integravam anteriormente na mesma

⁶⁹ Comunicação da Comissão relativa ao conceito de concentração de empresas em conformidade com o Regulamento CEE n.º 4064/89 do Conselho, relativo ao controlo das operações de concentração de empresas, J.O.U.E., C 66, de 2.3.1998, pp. 5-11 - J.L. da Cruz Vilaça/M. Gorjão-Henriques, *Código da Concorrência*, cit., pp. 875.

unidade económica, nos termos do considerando n.º 12 do Regulamento (CEE) n.º 4064/89.

Quando as empresas pertenciam previamente a diferentes unidades económicas, com poder de decisão autónomo, considerar-se-á que a operação constitui uma concentração e não uma reestruturação interna. Contudo, é de assinalar que esse poder de decisão autónomo não existe normalmente nos casos em que as empresas se integram na mesma empresa gestora de participações sociais». (negros nossos)

69. Na situação em apreço, portanto, a resposta à questão posta sobre a existência ou não uma operação de concentração de empresas depende de saber se a EMPORDEF e a ENVC se integravam ou não, antes da operação, na mesma unidade económica.

Ora, impõe-se considerar, em primeiro lugar, que o controlo sobre os ENVC e sobre a EMPORDEF pertence em exclusivo ao Estado português.

Em segundo lugar, que a entidade pública que detém a titularidade das acções representativas do capital social pertencentes ao Estado é a DGT, a quem compete o exercício de tais direitos.

E, em terceiro lugar, que a tutela administrativa e política sobre as duas empresas é exercida (na altura em que a operação é levada a cabo) pela mesma entidade, na estrutura do Governo: o Ministro de Estado, da Defesa e dos Assuntos do Mar, exercendo esses poderes sobre a EMPORDEF, na qualidade de Ministro da Defesa, e sobre os ENVC, na qualidade de Ministro de Estado encarregado dos Assuntos do Mar.

70. Assim sendo, conclui-se inequivocamente que a EMPORDEF e os ENVC eram, já antes da operação, partes

integrantes da mesma entidade económica, pelo que a operação em apreciação deve ser considerada uma **reestruturação interna**, não constituindo uma operação de concentração de empresas.

A única diferença é, aliás, em nosso entender, irrelevante, para este propósito. Com efeito, da aquisição pela EMPORDEF da totalidade das acções representativas do capital social dos ENVC, a única alteração substantiva resulta do facto de os ENVC deixarem de estar sob controlo **directo** da DGT, para passarem a estar sob controlo **directo** da EMPORDEF.

Contudo, resulta claramente que a **EMPORDEF** continua sob **controlo exclusivo** da DGT.

Em suma, é nossa opinião que a **operação em causa não constitui uma operação de concentração de empresas**, não carecendo, portanto, de ser notificada à Autoridade da Concorrência ou à Comissão Europeia.

Conclusões

71. Assim, nos termos descritos e s.m.j., afigura-se de concluir, em relação a esta segunda questão, em relação a cada uma das suas vertentes, que:

- 1) A operação em causa, a realizar-se nos termos descritos, **não constitui um auxílio de Estado** abrangido pelos artigos 87.º e 88.º do Tratado da Comunidade Europeia;
- 2) A operação em causa, a realizar-se nos termos descritos, **não constitui uma operação de concentração de empresas**, pelo que não deve ser notificada previamente à Autoridade da Concorrência nem à Comissão Europeia.

Questão 3: A venda, pelos ENVC à ENVC Imobiliária (ENVC-I), dos terrenos e equipamentos onde os ENVC estão implantados, pelo valor de quarenta e oito milhões e trezentos mil euros (48 300 000 €), celebrando-se, ao mesmo tempo, um contrato de arrendamento dos mesmos espaços e equipamentos entre o novo proprietário e os ENVC, de acordo com os valores de mercado, constitui um auxílio de Estado?

RESPOSTA

72. A pergunta envolve a análise de duas operações jurídicas distintas e subsequentes, do ponto de vista lógico.

Num primeiro momento, a venda pela ENVC à ENVC-I dos terrenos e equipamentos.

Num segundo momento, o arrendamento dos mesmos terrenos e equipamentos à ENVC pela ENVC-I.

73. Começamos pela primeira operação. Esta deve, tal como foi explicado na resposta anterior, ser analisada à luz do mesmo "teste" ou princípio do investidor privado.

74. Como já referido no ponto 60, o conceito de "investidor privado" baseia-se na possibilidade de os ENVC obterem «(...) as importâncias em questão no mercado privado de capitais»⁷⁰.

Por outro lado, o tipo de investidor privado que se deve ter em conta, ao fazer a referida análise, é o do detentor de um grupo de empresas privadas que prosseguem

⁷⁰ Acórdão do TPI *West LB. c. Comissão*, já citado.

uma política estrutural - seja ela geral ou sectorial - guiada por perspectivas de rentabilidade a longo prazo⁷¹.

Assim, caso a venda se faça pelo justo preço de mercado, i.e. pelo preço pelo qual um investidor privado, em igual situação e condições, se sentiria aliciado a comprar os ditos bens, poderá concluir-se que a operação não consubstancia um auxílio de Estado, na acepção do n.º 1 do artigo 87.º TCE.

75. No entanto, há que advertir que tal conclusão parte do pressuposto que a aquisição feita pelos ENVC-I não é, por sua vez, realizada através de auxílios provenientes de "recursos estatais" que confirmam qualquer vantagem, nos termos já assinalados e previstos no n.º 1 do artigo 87.º TCE.

76. No que respeita à segunda transacção, logicamente posterior à primeira, afigura-se-nos ser de aplicar um juízo semelhante.

Assim, em relação ao contrato de arrendamento de terrenos e equipamentos, a operação deve ser analisada à luz do mesmo **princípio do investidor privado**: caso a renda contratada seja uma renda que se enquadre nos valores de mercado, o contrato de arrendamento em causa não preenche os requisitos para ser considerado um auxílio de Estado.

77. Deve, no entanto, esclarecer-se que, mesmo que as transacções acima referidas não fossem susceptíveis de ultrapassar com sucesso o teste do investidor privado e, por conseguinte, devessem ser consideradas como "auxílios de Estado", por preencherem os elementos do conceito usado no n.º 1 do artigo 87.º TCE, ainda assim tal não significaria a sua necessária incompatibilidade com o direito comunitário.

⁷¹ *Inter alia*, acórdãos do Tribunal de Justiça *Itália c. Comissão* ("Alfa Romeo I"), já citado; e acórdão do TPI *Neue Maxhütte*

78. Com efeito, poderiam os referidos auxílios ser justificados por algumas das derrogações ao referido artigo, conforme explanado nos pontos 39 a 42 ou 43 a 47 *supra*, para onde agora se remete.

Questão 4: A operação de aumento de capital dos ENVC, por parte da EMPORDEF, no valor de quarenta milhões de euros (€ 40.000.000), bem como a concessão de um financiamento intercalar de dez milhões de euros (€ 10.000.000) realizado em regime de suprimentos pela accionista EMPORDEF, constituem um auxílio de Estado a favor dos ENVC?

RESPOSTA

79. A resposta à presente questão aproveita largamente das observações anteriores.

Assim, como se explicou a propósito da primeira questão, o conceito de auxílio de Estado relevante para o direito comunitário supõe a concessão, pelo Estado, directa ou indirectamente, mas sempre através de recursos estatais, de uma «*gratuitous advantage*», ou seja, de uma vantagem a que a empresa beneficiária não teria acesso pelo normal funcionamento do mercado.

80. É certo que, tal como estabelecido pelo Tribunal de Justiça no acórdão *Boch*⁷², tanto os empréstimos como as participações estatais no capital social de uma empresa podem constituir auxílios de Estado. Contudo, uma tal conclusão depende da aplicação do princípio do investidor privado, como a Comissão Europeia justamente recorda⁷³.

Ou seja, depende da resposta à questão de saber se:

⁷² Acórdão do Tribunal de Justiça de 10.7.1986, 40/85, *cit.*, n.º 12.

⁷³ Decisão da Comissão relativa ao auxílio estatal executado pela Espanha com vista a um novo auxílio à reestruturação dos estaleiros públicos espanhóis, *cit.*, p. 39.

- Em circunstâncias semelhantes, um accionista privado teria procedido ao aumento do capital da sociedade onde é accionista único; e se
- Em circunstâncias semelhantes, um accionista privado teria concedido um empréstimo a essa mesma sociedade, tendo em conta a facilidade de obter um benefício e independentemente da política social e regional e de outras considerações de ordem sectorial.

80. Relativamente à operação de **aumento de capital**, cumpre lembrar que, tal como explanado nos pontos 53. e 54. *supra*, esta operação constitui uma alteração natural e necessária na vida das sociedades. Por outro lado, esta transformação social é pautada, na maior parte dos casos, por questões de melhor desempenho no mercado da empresa em questão.

81. Qual o reflexo do exposto no quadro da questão colocada?

Como já foi referido, o tipo de investidor privado que se deve ter em conta, para este efeito, é o do detentor de uma "*holding* privada" ou de um grupo de empresas privadas que prosseguem uma política estrutural guiada por perspectivas de rentabilidade a longo prazo⁷⁴.

82. Neste contexto, há que dizer, antes de mais, que o projectado aumento de capital dos ENVC se apresenta como um elemento essencial do "Plano de Reestruturação" global, a ser preparado pelo BPI, que se propõe que seja levado a cabo nos ENVC, do qual se podem acentuar alguns elementos particularmente importantes, como:

⁷⁴ Por todos, acórdão do Tribunal de Justiça *Alfa Romeo I*, já citado.

- A crescente especialização dos ENVC na produção de navios para a marinha de guerra portuguesa;
- A reestruturação dos recursos humanos da Empresa, implicando a redução do quadro de pessoal;
- A necessidade de dispor dos meios financeiros necessários para implementar o novo layout produtivo e dos novos equipamentos e instalações produtivas transmitidas, no quadro do acordo de contrapartidas, pelos Estaleiros Navais de Flender (Alemanha).

Para além disso, todos os demais elementos que o Relatório final do BPI possa valorar, no sentido da demonstração da viabilidade empresarial dos ENVC e da razoabilidade económica do referido aumento de capital no quadro do Projecto de Reestruturação dos Estaleiros, são de importância capital para convencer a Comissão Europeia de que um investidor privado, "prudente e informado", colocado em circunstâncias semelhantes, tomaria, muito provavelmente, como accionista dominante da empresa, a mesma decisão.

83. Não dispondo nós das conclusões de tal Relatório, convém sublinhar que a argumentação económico-financeira ganha aqui plena acuidade, como forma de proceder à demonstração de que o aumento de capital constitui um acto instrumental fundamental para potenciar, a médio/longo prazo, a rentabilidade dos ENVC, conferindo-lhe os meios necessários para corresponder aos desafios dos novos investimentos e às exigências que a orientação dos ENVC para o fabrico de navios para a Marinha de guerra portuguesa supõe.

Esclareça-se, além disso, que, como resulta da prática decisória corrente da Comissão Europeia, confirmada pelos

tribunais comunitários, quando o aumento de capital levado a cabo por uma entidade pública é acompanhado, de forma significativa, por entidades do sector privado, a demonstração de que está ultrapassado o "teste do investidor privado" decorre quase inevitavelmente dessa circunstância⁷⁵.

Quer isto dizer que uma eventual abertura significativa do capital dos ENVC a investidores privados, acompanhando a EMPORDEF, em idênticas condições, contribuiria fortemente para atenuar quaisquer eventuais resistências da parte da Comissão Europeia à conclusão de que não estamos perante uma operação que envolva elementos de auxílio de Estado.

84. Em todo o caso, se for possível fazer a demonstração dos factores relevantes para a passagem do "teste do investidor privado", a que acabamos de nos referir, não estaremos perante um auxílio de Estado, abrangido pelo disposto no n.º 1 do artigo 87.º TCE e sujeito a notificação prévia.

85. Quanto aos **suprimentos** a realizar pela EMPORDEF a favor dos ENVC, dado o seu carácter de adiantamento intercalar face ao aumento de capital (os referidos suprimentos serão incorporados posteriormente no capital da Empresa), somos de opinião que não é possível dissociar o juízo a fazer sobre eles da análise feita sobre o aumento de capital.

Assim, se o aumento de capital passar o teste do investidor privado, é lógico e natural considerar que a operação intercalar de suprimentos também deverá aproveitar da mesma conclusão, por se integrar no conjunto de operações necessárias para potenciar a rentabilidade dos ENVC.

⁷⁵ Acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 12.12.1996, *Air France/Comissão*, T-358/94, Colect. II-2109, n.ºs 148 e 149, e de

86. Ponto é que a operação em causa seja efectuada em condições normais de mercado.

Assim parece acontecer, dados os termos do "contrato de financiamento accionista" celebrado entre a EMPORDEF e os ENVC: taxa de juro de 4 1/8%, por um prazo de 5 anos, com pagamento de juros trimestral, juros de mora em caso de atraso no cumprimento e cláusulas de reembolso antecipado.

87. Desta forma, parece possível demonstrar que os suprimentos que a EMPORDEF pretende conceder aos ENVC correspondem a um comportamento de um investidor privado prudente e esclarecido, passando também assim o teste do investidor privado e não devendo, por isso, ser abrangidos pela proibição contida no n.º 1 do artigo 87.º

88. No entanto, caso a Comissão Europeia entendesse que estas últimas operações, bem como as anteriores, devidamente abordadas nas questões pertinentes, não passavam com sucesso o teste do investidor privado (o que em nossa opinião só por cautela se admite) e que, por conseguinte, poderiam ser consideradas como auxílios de Estado concedidos aos ENVC ou à EMPORDEF, ainda assim - como já foi sublinhado - tal não significaria a sua necessária incompatibilidade com o direito comunitário, por duas ordens de razão já anteriormente referidas:

- Por um lado, como igualmente acima se viu, a integração, entretanto operada, dos ENVC na EMPORDEF veio reforçar a ideia de que, doravante, a actividade dos ENVC está profundamente ligada à segurança e à defesa do País, pelo que sempre haveria que encarar a aplicação da excepção constante da alínea b) do n.º 1 do artigo 296.º TCE.

- Por outro lado, mesmo que assim não se considerasse, poderiam ainda as operações objecto deste Parecer ser analisadas à luz das derrogações gerais ao regime da proibição de auxílios de Estado devendo, então, ser notificadas para eventual aprovação pela Comissão Europeia, ao abrigo do procedimento fixado no artigo 88.º do Tratado e da demais legislação aplicável, nomeadamente o Regulamento (CE) n.º 659/99⁷⁶.

Este é, s.m.j., o nosso parecer

Lisboa, 31 de Março de 2005

José Luís da Cruz Vilaça*

⁷⁶ Refira-se que, no âmbito do processo relativo ao auxílio estatal da reprivatização dos serviços de assistência em escala da TAP, foi expressamente referido pela Comissão no ofício C(2002) 4749 fin, que a notificação do projecto de concessão de auxílio prevista no Regulamento (CE) n.º 659/99 "(...) é necessária mesmo quando o Estado-Membro em causa considera que o auxílio é compatível com o mercado comum (...)".

* Com a colaboração de Miguel Gorjão-Henriques e de Rita Prates.