



Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
JÁN MAZÁK
apresentadas em 6 de setembro de 2012¹

Processo C-610/10

**Comissão Europeia
contra**

Reino de Espanha

«Aplicabilidade no tempo do artigo 260.º, n.º 2, TFUE — Admissibilidade da ação — Acórdão do Tribunal de Justiça que declara o incumprimento — Incumprimento — Sanção pecuniária»

1. No presente processo, a Comissão Europeia propôs uma ação contra o Reino de Espanha, ao abrigo do artigo 260.º TFUE, devido à alegada inexecução do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça em 2 de julho de 2002 no processo Comissão/Espanha² (a seguir «acórdão de 2002»). Neste acórdão, o Tribunal de Justiça declarou que, ao não adotar as medidas necessárias para dar cumprimento à Decisão 91/1/CEE da Comissão, de 20 de dezembro de 1989, relativa aos auxílios concedidos em Espanha pelo Governo central e por vários governos autónomos à MAGEFESA³, produtora de artigos domésticos de aço inoxidável e de pequenos aparelhos elétricos⁴, na parte em que esta declarou ilegais e incompatíveis com o mercado comum os auxílios concedidos à Indosa, à Gursa, à Migsa e à Cunosa, o Reino de Espanha não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 249.º, quarto parágrafo, CE e dos artigos 2.º e 3.º da referida decisão⁵.

2. Importa esclarecer que a presente ação só diz respeito à inexecução do acórdão no tocante aos auxílios concedidos à Indosa pela Comunidade Autónoma do País Basco sob a forma de uma garantia de um empréstimo no montante de 300 milhões de ESP, concedida diretamente à Indosa, de uma garantia de empréstimo de 672 milhões de ESP às empresas da Magefesa e de uma bonificação de juros de 9 milhões de ESP. Quanto às empresas Gursa, Migsa e Cunosa, desde 2006 a Comissão considerou que a Decisão 91/1 tinha sido executada, pois estas tinham cessado as suas atividades e os seus ativos vendidos a preços de mercado.

1 — Língua original: francês.

2 — Acórdão C-499/99, Colet., p. I-6031.

3 — A Magefesa é uma *holding* espanhola que agrupa essencialmente quatro empresas industriais: Industrias Domésticas SA (a seguir «Indosa»), a Manufacturas Gur SA (a seguir «Gursa»), a Manufacturas Inoxidables Gibraltar SA (a seguir «Migsa») e a Cubertera del Norte SA (a seguir «Cunosa»).

4 — JO 1991, L 5, p. 18.

5 — No acórdão de 2002, o Tribunal de Justiça declarou igualmente o incumprimento das obrigações que incumbiam ao Reino de Espanha por força da Decisão 1999/509/CE da Comissão, de 14 de outubro de 1998, relativa aos auxílios concedidos pela Espanha às empresas do grupo Magefesa e seus sucessores (JO L 198, p. 15). Contudo, a presente ação apenas visa a alegada inexecução do acórdão de 2002 no tocante à Decisão 91/1.

I — Fase pré-contenciosa

3. Desde 2004, a Comissão e o Reino de Espanha trocaram vasta correspondência sobre a execução do acórdão de 2002. Atendendo ao considerável número de ofícios trocados, apenas mencionaremos as partes mais importantes dessa correspondência.

4. Dado que já em 19 de abril de 1994 tinha sido declarada a insolvência da Indosa, mas que esta prosseguia as suas atividades por intermédio da sua filial a 100%, a saber, a sociedade CMD⁶, a Comissão pediu várias vezes às autoridades espanholas informações sobre o estado da liquidação da Indosa, pressionando-as para tomarem todas as medidas necessárias para que fosse concluída a liquidação total dos ativos dessa empresa e a cessação das suas atividades.

5. As autoridades espanholas responderam que a liquidação dos ativos da Indosa ainda não tinha sido levada a cabo, visto que o acordo de liquidação sobre a venda de todos os ativos que compunham o património social e a cessação da empresa, aprovado por despacho de 29 de setembro de 2004, ainda não era definitivo. Foi só a 30 de maio de 2006 que as autoridades espanholas informaram a Comissão que esse acordo se tornara definitivo em 2 de maio de 2006.

6. No seu ofício de 26 de janeiro de 2007, a Comissão notou que a CMD, enquanto filial a 100% da Indosa, prosseguia a atividade subvencionada, e chamou a atenção das autoridades espanholas para o facto de a execução efetiva da Decisão 91/1 carecer da recuperação dos auxílios incompatíveis com o mercado comum junto da entidade que deles tinha efetivamente beneficiado. Em resposta ao referido ofício, as autoridades espanholas prestaram informações relativas ao procedimento de venda do único ativo da Indosa, a saber, as ações da CMD. Finalmente, em dois ofícios de setembro de 2008, as autoridades espanholas referiram que não havia uma oferta válida pelas ações da CMD e que, em definitivo, os ativos da Indosa não tinham sido adjudicados.

7. Por ofício de 24 de outubro de 2007, as autoridades espanholas referiram que os auxílios declarados incompatíveis com o mercado comum pela Decisão 91/1 tinham sido inscritos no passivo da massa insolvente da Indosa. Em julho de 2008, a Comissão pediu um documento justificativo, que no entanto as autoridades espanholas não facultaram.

8. Por ofícios de 8 de outubro de 2008 e de 13 de novembro de 2008, as autoridades espanholas informaram a Comissão de que a CMD se declarara insolvente em 30 de julho de 2008.

9. Por ofícios de 18 de agosto de 2009, 7 de setembro de 2009 e 21 de setembro de 2009, a Comissão pediu às autoridades espanholas, em primeiro lugar, um calendário detalhado que indicasse a data da cessação das atividades da CMD e do procedimento de liquidação dos seus ativos, em segundo lugar, informações sobre o procedimento de cessão dos ativos, em terceiro lugar, uma prova de que a referida cessão tivera lugar em condições de mercado e, em quarto lugar, provas de que os auxílios declarados incompatíveis com o mercado comum estavam inscritos no passivo da CMD, enquanto dívidas da massa insolvente.

10. Por ofícios de 21 de setembro de 2009 e 13 de outubro de 2009, as autoridades espanholas responderam, em primeiro lugar, que a cessação das atividades da CMD tivera lugar em 30 de julho de 2009, em segundo lugar, que o procedimento de insolvência corria termos no órgão jurisdicional competente (sem apresentar o calendário detalhado pedido pela Comissão) e, em terceiro lugar, que não sabiam se os auxílios declarados incompatíveis com o mercado comum tinham sido inscritos no

6 — A sociedade CMD foi constituída pelo administrador da insolvência da Indosa em 1994, para comercializar a produção desta. As ações da CMD eram o único ativo da Indosa.

passivo da CMD. Em 1 de dezembro de 2009, remeteram a lista definitiva dos credores da CMD, aprovada pelo órgão jurisdicional nacional competente. A Comunidade Autónoma do País Basco não constava dessa lista, para os auxílios declarados incompatíveis com o mercado comum pela Decisão 91/1.

11. Em 20 de novembro de 2009, a Comissão remeteu ao Reino de Espanha uma notificação para cumprir, ao abrigo do artigo 228.º, n.º 2, CE, referindo que se reservava o direito de, após ter tomado conhecimento das observações do Estado-Membro em causa ou se essas observações lhe não fossem remetidas no prazo fixado, emitir, se fosse caso disso, um parecer fundamentado, nos termos do artigo 228.º, n.º 2, CE.

12. Em resposta a essa notificação, as autoridades espanholas informaram a Comissão, em 26 de janeiro de 2010, de que o acórdão de 2002 estava em curso de execução, dado que a Indosa e a CMD se encontravam em curso de liquidação, estavam privadas dos seus trabalhadores e tinham cessado as suas atividades.

13. Em 18 de março de 2010, a Comissão remeteu uma notificação para cumprir complementar, em que convidava o Reino de Espanha, nos termos do artigo 260.º, n.º 2, TFUE, a apresentar-lhe as suas observações no prazo de dois meses contados da receção da notificação. A Comissão referiu que se reservava, após ter tomado conhecimento das observações do Estado-Membro em causa ou se essas observações lhe não fossem remetidas no prazo fixado, o direito de propor uma ação no Tribunal de Justiça, por aplicação do artigo 260.º, n.º 2, TFUE.

14. As autoridades espanholas responderam a essa notificação para cumprir por ofícios de 2 de junho de 2010, 9 de junho de 2010 e 29 de setembro de 2010, dos quais resultava que a Comunidade Autónoma do País Basco não figurava entre os credores da CMD e que se ia constituir parte nos processos de insolvência, requerendo a inscrição, na escala dos créditos, do crédito que tinha sobre a Indosa, decorrente dos auxílios declarados incompatíveis com o mercado comum pela Decisão 91/1. Por mensagem de correio eletrónico de 7 de julho de 2010, as autoridades espanholas remeteram o plano de liquidação da CMD, aprovado pelo órgão jurisdicional nacional.

15. Nestas condições, a Comissão propôs, em 22 de dezembro de 2010, a presente ação.

II — Processo no Tribunal de Justiça e pedidos

16. Na sua petição, a Comissão conclui pedindo que o Tribunal se digne:

- Declarar que o Reino de Espanha não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força da Decisão 91/1 e do artigo 260.º TFUE, porquanto não tomou todas as medidas que a execução do acórdão de 2002 requer;
- Condenar o Reino de Espanha a pagar à Comissão uma sanção pecuniária compulsória no montante de 131 136 euros por cada dia de atraso na execução do acórdão de 2002, desde o dia da prolação do acórdão no presente processo até ao dia em que o acórdão de 2002 seja plenamente executado;
- Condenar o Reino de Espanha a pagar à Comissão uma quantia fixa correspondente ao produto da multiplicação do montante diário de 14 343 euros pelo número de dias de persistência da infração decorridos desde a data da prolação do acórdão de 2002, até à:
 - data em que o Reino de Espanha tiver recuperado os auxílios declarados ilegais pela Decisão 91/1, se o Tribunal de Justiça verificar que a recuperação efetivamente teve lugar antes da prolação do acórdão no presente processo;

— data da prolação do acórdão no presente processo, se o acórdão de 2002 não tiver sido plenamente executado;

— Condenar o Reino de Espanha nas despesas.

17. O Reino de Espanha conclui pedindo que o Tribunal de Justiça se digne:

— Julgar a ação improcedente e, subsidiariamente, aplicar uma sanção pecuniária compulsória trimestral de 12 269,70 euros e uma multa fixa de 44,80 por dia, e

— Condenar a Comissão nas despesas.

18. Atuando ao abrigo do artigo 91.º do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, o Reino de Espanha deduziu, em 22 de março de 2011, uma exceção de inadmissibilidade, que o Tribunal de Justiça decidiu reservar para final.

19. Por despacho de 13 de maio de 2011, o presidente do Tribunal de Justiça admitiu a intervenção da República Checa em apoio dos pedidos do Reino de Espanha. Nas suas alegações de intervenção, a República Checa concentrou-se na questão da admissibilidade da ação.

III — Apreciação

A — Quanto à admissibilidade da ação

20. Na sua exceção de inadmissibilidade, o Reino de Espanha contesta a regularidade da fase pré-contenciosa, devido à falta do parecer fundamentado.

21. Esta exceção tem origem na reforma, introduzida pelo Tratado de Lisboa, ao procedimento que obrigatoriamente antecede a ação por incumprimento por inexecução de um acórdão da Comissão que declara um incumprimento.

22. O Reino de Espanha, apoiado pela República Checa, e a Comissão litigam sobre a questão de saber se a regularidade, no caso vertente, da fase pré-contenciosa deve ser avaliada com base no artigo 228.º CE, dado que teve início com a notificação para cumprir de 20 de novembro de 2009, isto é, antes da entrada em vigor do Tratado de Lisboa, ou com base no artigo 260.º, n.º 2, TFUE, dado que o referido artigo devia aplicar-se a partir da entrada em vigor desse tratado, ainda que a fase pré-contenciosa tivesse começado antes do referido momento.

23. O Reino de Espanha considera que a aplicação do artigo 260.º, n.º 2, do TFUE é retroativa e, por isso, viola os princípios da segurança jurídica e da irretroatividade das normas que preveem sanções menos favoráveis.

24. A este respeito, importa recordar que o processo por incumprimento, por inexecução de um acórdão do Tribunal de Justiça que declara um incumprimento deve ser considerado um processo judicial especial de execução de acórdãos, ou seja, um processo executivo⁷. Este processo tem por objetivo assegurar e garantir o restabelecimento do respeito da legalidade⁸. A propositura de uma

7 — V., a este respeito, acórdão de 12 de julho de 2005, Comissão/França (C-304/02, Colet., p. I-6263, n.º 92).

8 — V., neste sentido, acórdão Comissão/França, já referido na nota 7 (n.º 93).

ação deve ser antecedida de uma fase pré-contenciosa, cuja regularidade constitui uma garantia essencial pretendida pelo TFUE, não apenas para a proteção dos direitos do Estado-Membro em causa mas igualmente para assegurar que o eventual processo contencioso tenha por objeto um litígio claramente definido⁹.

25. Tal como a fase que antecede a ação por incumprimento, a fase pré-contenciosa da ação por incumprimento por inexecução de um acórdão do Tribunal de Justiça que declara um incumprimento compunha-se inicialmente, de acordo com o disposto no artigo 228.º CE, de duas etapas sucessivas, a saber, a notificação para cumprir e o parecer fundamentado. A este respeito, não concordamos com o Reino de Espanha quando refere que o desenrolar da fase pré-contenciosa apenas era o resultado da prática administrativa da Comissão. Como esta sublinhou nas suas observações escritas sobre a exceção de inadmissibilidade, as etapas da fase pré-contenciosa resultavam diretamente do artigo 228.º CE.

26. A alteração efetuada pelo Tratado de Lisboa consiste numa simplificação e, consequentemente, numa aceleração da fase pré-contenciosa, mediante a eliminação da etapa do parecer fundamentado. A consequência disso é que o artigo 260.º, n.º 2, TFUE só sujeita a admissibilidade da ação por incumprimento por inexecução de um acórdão do Tribunal de Justiça que declara um incumprimento ao requisito de o Estado-Membro em causa ter tido a possibilidade de apresentar as suas observações antes da propositura de uma ação. Em nosso entender, uma notificação para cumprir que convida o Estado-Membro em causa a apresentar as suas observações sobre a inexecução do acórdão do Tribunal de Justiça basta para garantir a observância do requisito mencionado.

27. Suscita-se a questão de saber se o artigo 260.º, n.º 2, TFUE é aplicável somente aos procedimentos iniciados após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, o que significa que a notificação para cumprir devia ter sido remetida ao Estado-Membro em causa após 1 de dezembro de 2009, ou se é também aplicável aos procedimentos iniciados antes da referida data, o que significa que a regularidade da fase pré-contenciosa deve ser apreciada com base no artigo 260.º, n.º 2, TFUE, para todas as ações propostas após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa.

28. Aqui concordamos com a República Checa que a resposta depende da avaliação da questão de saber se o artigo 260.º, n.º 2, TFUE deve ser considerado uma norma adjetiva ou uma norma substantiva. Contudo, ao contrário do que a República Checa alegou, não pensamos que esse artigo deva ser considerado, por si só, uma norma substantiva.

29. Em nosso entender, o artigo 260.º, n.º 2, TFUE tem natureza mista. É uma norma substantiva, que define e prevê a punição, com sanção pecuniária, de um «delito» de inexecução do acórdão do Tribunal de Justiça que declara um incumprimento. Em contrapartida, para a exigência de uma fase pré-contenciosa em que o Estado-Membro em causa poderá apresentar as suas observações, é uma norma processual que define os requisitos para a concretização dos direitos decorrentes de uma norma substantiva. O mesmo vale para a exigência de que seja indicado, na ação, o montante da quantia fixa ou da sanção pecuniária compulsória.

30. A este respeito, o Tribunal de Justiça deixou claro que se pressupõe, geralmente, que as regras processuais são aplicáveis no momento em que entram em vigor¹⁰.

9 — V., a este propósito, acórdão de 26 de abril de 2012, Comissão/Países Baixos (C-508/10, n.º 34 e jurisprudência aí referida). Ainda que o Tribunal de Justiça tenha estabelecido esta característica para a ação por incumprimento prevista no artigo 258.º TFUE, entendemos que a mesma vale igualmente para uma ação por incumprimento por inexecução de um acórdão do Tribunal de Justiça que declara um incumprimento, prevista no artigo 260.º, n.º 2, TFUE.

10 — V. acórdãos de 29 de março de 2011, ArcelorMittal Luxembourg/Comissão e Comissão/ArcelorMittal Luxembourg e o. (C-201/09 P e C-216/09 P, Colet., p. I-2239, n.º 75 e jurisprudência aí referida); de 29 de março de 2011, ThyssenKrupp Nirosta/Comissão (C-352/09 P, Colet., p. I-2359, n.º 88); e de 14 de fevereiro de 2012, Toshiba Corporation e o. (C-17/10, n.º 47).

31. Não seria assim se o Tratado de Lisboa contivesse uma disposição transitória que previsse que, se a fase pré-contenciosa tivesse tido início antes de 1 de dezembro de 2009, haveria que observar o artigo 228.º, n.º 2, CE. Porém, esse tratado não contém semelhante disposição.

32. Consequentemente, no que tange ao artigo 260.º, n.º 2, TFUE, a regularidade da fase pré-contenciosa deve ser avaliada com base no referido artigo, para todas as ações propostas após 1 de dezembro de 2009, ainda que a notificação para cumprir que abre a fase pré-contenciosa tenha sido remetida ao Estado-Membro em causa antes dessa data.

33. No tocante ao argumento do Reino de Espanha de que o princípio da segurança jurídica seria violado pela aplicação do artigo 260.º, n.º 2, TFUE ao caso presente, podemos inspirar-nos da jurisprudência do Tribunal de Justiça sobre o princípio da proteção da confiança legítima, segundo a qual esse princípio não pode ser alargado a ponto de impedir, de uma forma genérica, que uma nova regulamentação se aplique aos efeitos futuros de situações criadas no domínio da regulamentação anterior¹¹. Entendemos que esta jurisprudência também se aplica, por analogia, para a relação entre o princípio da segurança jurídica e o da aplicação imediata de uma norma processual.

34. A este respeito, há que notar ainda que o Reino de Espanha não pode alegar que, em consequência da avaliação da regularidade da fase pré-contenciosa com base no artigo 260.º, n.º 2, TFUE, não estava em condições de conhecer sem ambiguidade os seus direitos e obrigações e de agir em conformidade, como o princípio da segurança exige¹². Com efeito, a obrigação de tomar as medidas necessárias à execução do acórdão do Tribunal de Justiça já constava da ordem jurídica da União ainda antes do Tratado de Lisboa e o Reino de Espanha estava bem informado, pela notificação para cumprir complementar de 18 de março de 2010, de que a Comissão tencionava propor uma ação no Tribunal de Justiça ao abrigo do artigo 260.º, n.º 2, TFUE, logo após a apresentação das observações do Reino de Espanha.

35. No tocante ao outro argumento do Reino de Espanha, de que a aplicação do artigo 260.º, n.º 2, TFUE viola o princípio da irretroatividade das normas que preveem sanções menos favoráveis, basta observar que o Tratado de Lisboa não introduziu nenhuma alteração no tocante às sanções por inexecução do acórdão do Tribunal de Justiça.

36. Em conclusão, no presente caso o Reino de Espanha tinha, antes da propositura da ação, a possibilidade de apresentar as suas observações sobre o incumprimento imputado pela Comissão, precisamente como exige o artigo 260.º, n.º 2, TFUE. Provas disso são a notificação para cumprir de 20 de novembro de 2009 e a notificação para cumprir complementar de 18 de março de 2010, pelos quais a Comissão convidou o Reino de Espanha a apresentar as suas observações sobre a inexecução do acórdão de 2002. Entendemos que a fase pré-contenciosa se desenrolou em conformidade com o artigo 260.º, n.º 2, TFUE e, por este motivo, propomos ao Tribunal de Justiça que rejeite a exceção de inadmissibilidade deduzida pelo Reino de Espanha.

B — Quanto ao incumprimento

37. No acórdão de 2002, o Tribunal de Justiça concluiu que o Reino de Espanha, ao não adotar as medidas necessárias para dar cumprimento à Decisão 91/1, não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 249.º, quarto parágrafo, CE e dos artigos 2.º e 3.º da Decisão 91/1. A execução do acórdão de 2002 pressupõe, pois, a execução dessa Decisão 91/1 e a execução da referida decisão pressupõe a recuperação dos auxílios declarados ilegais.

11 — Acórdão de 27 de janeiro de 2011, Flos (C-168/09, Colet., p. I-181, n.º 53 e jurisprudência aí referida).

12 — V., nesse sentido, acórdão ThyssenKrupp Nirosta/Comissão, já referido na nota 10 (n.º 81).

38. Por conseguinte, a conclusão de que o Reino de Espanha incumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 260.º, n.º 1, TFUE depende da questão de saber se esse Estado-Membro recuperou, junto dos beneficiários, os auxílios declarados ilegais pela Decisão 91/1. Recorde-se que, no presente processo, a ação apenas diz respeito aos auxílios atribuídos à Indosa pela Comunidade Autónoma do País Basco.

39. Atendendo à alteração da fase pré-contenciosa que antecede a ação por incumprimento por inexecução de um acórdão do Tribunal de Justiça que declara um incumprimento, efetuada pelo Tratado de Lisboa, importa começar por redefinir a data de referência para apreciar a existência de um incumprimento. Segundo a jurisprudência assente relativa ao artigo 228.º, n.º 2, CE, a referida data situa-se no termo do prazo fixado no parecer fundamentado¹³.

40. Uma vez que a etapa do parecer fundamentado foi suprimida, a data de referência para apreciar a existência de um incumprimento na aceção do artigo 260.º, n.º 2, TFUE, deverá, por analogia com a jurisprudência relativa ao artigo 228.º, n.º 2, CE, situar-se no termo do prazo, fixado no ofício de notificação para cumprir ou eventualmente na notificação para cumprir complementar, para apresentação das observações do Estado-Membro em causa. No caso vertente, em 22 de maio de 2010.

41. Dado que a Indosa e a sua filial, a saber, a CMD, estão insolventes, parece útil recordar a jurisprudência relativa à recuperação dos auxílios junto de empresas em situação de insolvência. Segundo essa jurisprudência, a reposição da situação anterior e a eliminação da distorção da concorrência resultante dos auxílios ilegalmente pagos podem, em princípio, realizar-se mediante a inscrição, na tabela de créditos, do crédito relativo à restituição dos auxílios em causa¹⁴. Contudo, a inscrição, na tabela de créditos, do crédito relativo à restituição dos auxílios em causa só permite cumprir a obrigação de recuperação se, nos casos em que as autoridades estatais não puderam recuperar integralmente o montante dos auxílios, o processo de insolvência culminar na liquidação da empresa, isto é, na cessação definitiva da sua atividade, que as autoridades estatais podem provocar, enquanto acionistas ou credoras¹⁵.

42. Essa jurisprudência estabelece dois requisitos cumulativos para que se possa considerar que foram recuperados os auxílios declarados ilegais. O primeiro requisito é a inscrição dos créditos relativos ao reembolso dos auxílios em causa como dívidas da massa insolvente e o segundo é a cessação definitiva da atividade subvencionada pelos auxílios em causa.

43. Quanto ao primeiro requisito, no caso vertente é pacífico que, na data de referência, a saber em 22 de maio de 2010, os créditos relativos ao reembolso dos auxílios concedidos pela Comunidade Autónoma do País Basco não estavam inscritos como dívidas da massa insolvente no âmbito do processo de insolvência da CMD.

44. Resulta dos autos que a primeira declaração de crédito de 16 828,34 euros foi apresentada pela Comunidade Autónoma do País Basco em 10 de junho de 2010, isto é, após o termo do prazo fixado na notificação para cumprir complementar. Ademais, a quantia declarada não estava correta. A nova declaração de crédito, desta vez de 16 498 499 euros, foi apresentada em 3 de dezembro de 2010. A referida declaração foi corrigida pela declaração de crédito de 23 de fevereiro de 2011 para 22 469 459 euros e, por fim, pela declaração de 7 de dezembro de 2011 para 22 683 745 euros. Resulta da audiência que, na sequência da decisão do juiz nacional competente de 4 de abril de 2012, os créditos no montante de 22 683 745 euros acabaram por ser inscritos como dívidas da massa insolvente no âmbito do processo de insolvência da CMD.

13 — V. acórdão de 17 de novembro de 2011, Comissão/Itália (C-496/09, Colet., p. I-11483, n.º 27 e jurisprudência aí referida).

14 — Acórdão de 17 de novembro de 2011, Comissão/Itália, já referido na nota 13 (n.º 73).

15 — Acórdão de 13 de outubro de 2011, Comissão/Itália (C-454/09, n.º 36 e jurisprudência aí referida).

45. Dado que os dois requisitos para dar por recuperados os auxílios declarados ilegais pela decisão da Comissão no caso de uma empresa em insolvência são cumulativos, e que acabamos de demonstrar que um deles não está cumprido, entendemos que não é necessário averiguar se o segundo requisito está cumprido para concluir pelo incumprimento por parte do Reino de Espanha, com base no artigo 260.º, n.º 2, TFUE.

46. Nestas condições, verifica-se que o Reino de Espanha, por não ter tomado, no termo do prazo fixado para a apresentação de observações relativas ao incumprimento imputado por aplicação do artigo 260.º, n.º 2, TFUE, todas as medidas necessárias à execução do acórdão de 2002, relativo à recuperação dos auxílios que a Decisão 91/1 declarou ilegais e incompatíveis com o mercado comum, não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força dessa decisão e do artigo 260.º, n.º 1, TFUE.

C — Quanto à sanção pecuniária compulsória

47. Fazendo referência ao método de cálculo exposto na sua comunicação SEC (2005) 1658, de 13 de dezembro de 2005, relativa à aplicação do artigo 228.º CE¹⁶, conforme atualizada pela comunicação SEC (2010) 923, de 20 de julho de 2010, a Comissão propõe uma sanção pecuniária compulsória diária de 131 136 euros. Entende que a referida sanção pecuniária compulsória, calculada com base num montante de base fixo de 640 euros, afetado por um coeficiente de gravidade de 5, de um coeficiente de duração de 3 e de um fator *n* de 13,66, é proporcionada à gravidade e à duração da infração, atendendo à necessidade de conferir um efeito coercivo e dissuasivo a essa sanção pecuniária compulsória.

48. A Comissão justificou a aplicação de uma sanção pecuniária compulsória com o facto de os auxílios em questão ainda não terem sido recuperados, pelo que a Decisão 91/1 e o acórdão de 2002 continuaram por executar. Nas suas observações escritas, a Comissão referiu três requisitos para que se pudesse considerar que os auxílios tinham sido recuperados. Em primeiro lugar, os créditos resultantes dos auxílios em questão devem ser inscritos como dívidas da massa insolvente, em segundo lugar, a atividade subvencionada deve cessar e, em terceiro lugar, os ativos da empresa Indosa devem ser vendidos a preços de mercado, na sequência de um procedimento de oferta à concorrência aberto, incondicional e transparente.

49. Na audiência, a Comissão alterou a sua argumentação sobre esta questão. Alegou que, ainda que os créditos resultantes dos auxílios em questão tenham acabado por ser inscritos como dívidas da massa insolvente, designadamente em 4 de abril de 2012, o incumprimento imputado ao Reino de Espanha persistiu, visto que a atividade subvencionada não cessou. Parece, pois, que a Comissão abandonou o requisito da venda dos ativos a preços de mercado.

50. Quanto ao Reino de Espanha, este entende que, no caso presente, não há lugar à aplicação das sanções pecuniárias compulsórias, dado que as autoridades nacionais fizeram todos os possíveis para recuperar os auxílios declarados ilegais pela Decisão 91/1 e que, por conseguinte, eventuais sanções pecuniárias não são suscetíveis de alterar o comportamento daquelas. No que respeita, mais especialmente, à sanção pecuniária compulsória, o Reino de Espanha baseou-se no acórdão de 17 de novembro de 2011, Comissão/Itália¹⁷, para sustentar que, devido à inscrição dos créditos relativos ao reembolso dos auxílios declarados ilegais pela Decisão 91/1 como dívidas da massa insolvente no âmbito do processo de insolvência da CMD, o acórdão de 2002 veio a ser executado, pelo que não há lugar à aplicação de uma sanção pecuniária compulsória.

¹⁶ — JO 2007, C 126, p. 15.

¹⁷ — Já referido na nota 13.

51. Contudo, caso o Tribunal de Justiça julgue oportuno aplicar essas sanções, o Reino de Espanha propõe uma sanção pecuniária compulsória trimestral no montante de 12 269,70 euros, calculada com base num montante de base fixo de 9,98 euros¹⁸, afetado por um coeficiente de gravidade 1, por um coeficiente de duração 1, por um fator n de 13,66 e, devido à aplicação trimestral da sanção pecuniária compulsória, por um fator de 90.

52. Face aos argumentos das partes expostos *supra*, há que começar por determinar se o incumprimento imputado ao Reino de Espanha, decorrente da inexecução do acórdão de 2002, persistiu até à apreciação dos factos pelo Tribunal de Justiça, como exige a jurisprudência, no tocante à aplicação de uma sanção pecuniária compulsória¹⁹.

53. Como já referimos nas presentes conclusões, a execução do acórdão de 2002 pressupõe a execução da Decisão 91/1, e a execução da referida decisão pressupõe a recuperação dos auxílios declarados ilegais.

54. Observámos igualmente que, para uma empresa em situação de insolvência, como sucede no caso vertente, a jurisprudência impõe dois requisitos cumulativos para que se possa considerar que foram recuperados os auxílios declarados ilegais, a saber, a inscrição dos créditos relativos ao reembolso dos auxílios como dívidas da massa insolvente e a cessação definitiva da atividade subvencionada pelos auxílios em causa²⁰.

55. Em nosso entender, a existência destes dois requisitos cumulativos não é posta em causa pelo acórdão de 17 de novembro de 2011, Comissão/Itália²¹, ainda que o Reino de Espanha dele tenha deduzido que o Estado-Membro cumpre a obrigação de recuperação dos auxílios de Estado ilegais quando inscreve os créditos em causa no âmbito do processo de insolvência. É certo que, nesse acórdão, o Tribunal de Justiça apenas associou a obrigação de recuperação dos auxílios à inscrição nos créditos no âmbito do processo de insolvência e, simultaneamente, rejeitou o requisito de venda dos ativos da empresa a preços de mercado²². Porém, isso não significa que o Tribunal de Justiça tenha abandonado o requisito da cessação da atividade subvencionada pelos auxílios de Estado ilegais, decorrente da jurisprudência assente anterior²³.

56. No caso vertente, não se pode deixar de observar que, à data do encerramento da fase oral do presente processo, os créditos no montante de 22 683 745 euros relativos ao reembolso dos auxílios concedidos pela Comunidade Autónoma do País Basco à Indosa foram inscritos como dívidas da massa insolvente no âmbito do processo de insolvência da CMD.

57. A questão problemática é a de saber se a atividade subvencionada pelos auxílios declarados ilegais pela Decisão 91/1 realmente cessou.

58. Ainda que a Indosa tenha sido declarada insolvente em 1994, a atividade controvertida foi prosseguida por intermédio da CMD. Esta foi igualmente declarada insolvente em 2008 e, segundo as alegações do Reino de Espanha, a cessação das suas atividades tornou-se definitiva na sequência do despacho do órgão jurisdicional nacional competente de 24 de julho de 2009 relativa à extinção dos contratos de trabalho de todo o seu pessoal. Contudo, o próprio Reino de Espanha admitiu, na sua

18 — O montante de base fixo proposto pelo Reino de Espanha corresponde à multiplicação do montante de base fixo uniforme de 640 euros, fixado na comunicação SEC(2005) 1658, de 13 de dezembro de 2005, por 25% (visto que o incumprimento imputado apenas diz respeito a só uma das quatro sociedades da Magefesa que receberam auxílios ilegais, segundo a Decisão 91/1), e por 6,24% (visto que o incumprimento imputado apenas diz respeito a um auxílio concedido pelo governo de uma região que representa 6,24% do produto interno bruto espanhol).

19 — V., nesse sentido, acórdão Comissão/Itália, já referido na nota 13 (n.º 42).

20 — V. n.ºs 40 e 41 das presentes conclusões.

21 — Já referido na nota 13.

22 — Acórdão Comissão/Itália, já referido na nota 13 (n.ºs 74 e 75).

23 — Acórdão Comissão/Itália, já referido na nota 15 (n.º 36 e jurisprudência aí referida).

resposta escrita às questões do Tribunal de Justiça, que foi mantida a atividade nas instalações da CMD, por intermédio da sociedade Euskomenaje, constituída em 3 de setembro de 2009, que utiliza as instalações da CMD para fabricar e comercializar os produtos que esta anteriormente fabricava. Isto foi possível devido à autorização, dada pelos administradores da insolvência da CMD, de cessão provisória dos ativos desta à Euskomenaje.

59. É verdade que o Reino de Espanha provou que o Governo basco tomou uma série de medidas para evitar que a Euskomenaje pudesse prosseguir uma atividade nas instalações da CMD. Não é menos verdade que, à data do encerramento da fase oral no presente processo, a Euskomenaje continuava a prosseguir as mesmas atividades nas instalações da CMD. Este facto foi confirmado pelo próprio Reino de Espanha na audiência.

60. Entendemos que está suficientemente provado que o requisito da cessação definitiva da atividade subvencionada pelos auxílios ilegais não estava, no caso vertente, cumprido à data do encerramento da fase oral e que, consequentemente, não se pode considerar que foram recuperados os auxílios declarados ilegais pela Decisão 91/1. Por este motivo, há que aplicar ao Reino de Espanha uma sanção compulsória para o incentivar a pôr termo, o mais rapidamente possível, ao incumprimento imputado que, sem isso, tenderia a persistir²⁴.

61. Quanto ao montante da sanção pecuniária compulsória, o Tribunal de Justiça muitas vezes declarou que a sanção pecuniária compulsória deve ser fixada de modo a que seja, simultaneamente, adaptada às circunstâncias e proporcionada tanto ao incumprimento verificado como à capacidade de pagamento do Estado-Membro em causa. Os critérios de base para garantir a natureza coerciva da sanção pecuniária compulsória, com vista à aplicação uniforme e efetiva do direito comunitário, são, em princípio, a duração da infração, o seu grau de gravidade e a capacidade de pagamento do Estado-Membro em causa. Para aplicar estes critérios, há que ter em conta, em especial, as consequências do incumprimento para os interesses privados e públicos e a urgência em levar o Estado-Membro em causa a cumprir as suas obrigações²⁵.

62. Quanto ao primeiro critério, a saber, a duração da infração, no caso vertente mais de dez anos se passaram desde a data da prolação do acórdão de 2002, cuja inexecução é imputada ao Reino de Espanha. É, de facto, um lapso de tempo considerável. Acresce que se trata do mais longo período que o Tribunal de Justiça já conheceu no âmbito de uma ação por incumprimento por inexecução de um acórdão que declara um incumprimento. Por este motivo, concordamos com a Comissão que há que aplicar aqui o coeficiente de duração mais elevado, a saber, 3.

63. Quanto ao segundo critério, a saber, a gravidade da infração, o Tribunal de Justiça já sublinhou o carácter fundamental das disposições do Tratado CE para os auxílios de Estado objeto da Decisão 91/1 e do acórdão de 2002. A importância dessas disposições infringidas no caso vertente reflete-se, nomeadamente, na circunstância de o reembolso de um auxílio de Estado ilegalmente concedido eliminar a distorção da concorrência causada pela vantagem concorrencial proporcionada pelo auxílio e de retirar ao beneficiário a vantagem de que tinha beneficiado no mercado, relativamente aos seus concorrentes²⁶.

64. Todavia, sobre esta questão, a nosso ver há que ter em consideração o progresso na execução da Decisão 91/1 e do acórdão de 2002 verificado após a propositura da presente ação. Permitimo-nos sublinhar, designadamente, dois factos: o primeiro é que os créditos relativos ao reembolso dos auxílios concedidos à Indosa vieram a ser inscritos como dívidas da massa insolvente no âmbito do

24 — V. acórdão de 9 de dezembro de 2008, Comissão/França (C-121/07, Colet., p. I-9159, n.º 58).

25 — V. acórdão de 7 de julho de 2009, Comissão/Grécia (C-369/07, Colet., p. I-5703, n.ºs 114 e 115).

26 — Acórdão Comissão/Grécia, já referido na nota 25 (n.ºs 118 e 120).

processo de insolvência da CMD, e o segundo é que as autoridades nacionais diligenciaram no sentido de conseguir a cessação definitiva, e não apenas a mera cessação formal, da atividade subvencionada pelos auxílios de Estado ilegais, mesmo que de momento as suas iniciativas ainda não tenham culminado na cessação pretendida.

65. Em nosso entender, estes dois factos justificam a redução do coeficiente de gravidade proposto pela Comissão para o nível 4.

66. No que respeita ao terceiro critério, a saber, a capacidade de pagamento do Estado-Membro em causa, o Tribunal de Justiça decidiu que o método que consiste na multiplicação do montante de base por um coeficiente específico ao Estado-Membro em causa é um instrumento adequado a refletir a capacidade de pagamento do referido Estado, mantendo simultaneamente uma diferenciação razoável entre os diversos Estados-Membros²⁷. Daqui decorre que, no caso presente, importa utilizar um fator n de 13,66 para o Reino de Espanha.

67. Com os coeficientes propostos, chegamos a uma sanção pecuniária compulsória de 104 909 euros por dia de atraso na execução da Decisão 91/1 e do acórdão de 2002.

68. Quanto à periodicidade da sanção pecuniária compulsória, entendemos que a sanção pecuniária compulsória calculada por dia é, no caso vertente, a mais adequada para pôr termo sem demora ao incumprimento imputado ao Reino de Espanha.

D — *Quanto à quantia fixa*

69. A Comissão considera que, atendendo a todos os elementos jurídicos e fácticos que rodeiam o incumprimento imputado ao Reino de Espanha, a prevenção efetiva da repetição futura de infrações análogas ao direito da União Europeia exige a adoção de uma medida dissuasiva, como a aplicação de uma quantia fixa. No que respeita ao montante da quantia fixa, a Comissão propõe a multiplicação do montante de 14 343 euros²⁸ pelo número de dias decorrido entre o acórdão de 2002 e a data do cumprimento, pelo Reino de Espanha, das suas obrigações, ou, na falta desse cumprimento, a data da prolação do acórdão no presente processo.

70. Caso o Tribunal de Justiça entenda que é necessário aplicar uma quantia fixa, o Reino de Espanha propõe a quantia de 44,80 euros por dia, calculada com base num montante de base fixo de 3,28 euros²⁹, afetado por um coeficiente de gravidade 1 e por um fator n de 13,66.

71. Quanto à quantia fixa, recorde-se que a aplicação de uma sanção pecuniária desse tipo não pode ter carácter automático nos casos de incumprimento das obrigações decorrentes do artigo 260, n.º 1, TFUE. Segundo o Tribunal de Justiça, a referida disposição do TFUE conferiu-lhe um amplo poder de apreciação para decidir ou não a aplicação de uma sanção dessa natureza³⁰ face a todos os elementos pertinentes relacionados tanto com as características do incumprimento verificado como com a atitude do Estado-Membro demandado³¹.

27 — V. acórdão Comissão/Itália, já referido na nota 13 (n.º 65 e jurisprudência aí referida).

28 — O montante de 14 343 euros resulta da multiplicação de um montante de base fixo de 210 euros pelo coeficiente de gravidade 5 e pelo fator n de 13,66.

29 — À semelhança do montante de base fixo no caso de uma sanção pecuniária compulsória, o montante de base proposto pelo Reino de Espanha para a quantia fixa resulta da multiplicação, por 25% e por 6,24%, do montante de base fixo estabelecido na comunicação da Comissão SEC (2005) 1658, de 13 de dezembro de 2005.

30 — V., nesse sentido, acórdãos Comissão/França, já referido na nota 24 (n.º 63), e Comissão/Grécia, já referido na nota 25 (n.º 144).

31 — V., nesse sentido, acórdãos Comissão/França, já referido na nota 24 (n.º 62); de 4 de junho de 2009, Comissão/Grécia (C-568/07, Colet., p. I-4505, n.º 44); de 4 de junho de 2009, Comissão/Grécia (C-109/08, Colet., p. 4657, n.º 51); e Comissão/Grécia, já referido na nota 25 (n.º 144).

72. Entendemos que, no caso vertente, é sobretudo a duração da infração que milita a favor da aplicação de uma quantia fixa. Trata-se, na verdade, de um lapso de tempo considerável, pois que mais de dez anos se passaram desde a prolação do acórdão de 2002, cuja inexecução é imputada ao Reino de Espanha.

73. Além disso, o Tribunal reconheceu já que a reincidência de comportamentos ilícitos num domínio do direito da União pode ser um critério para aplicar uma sanção de quantia fixa³², o que corresponde, em nosso entender, ao caráter preventivo das sanções pecuniárias³³. No caso do Reino de Espanha, o Tribunal de Justiça declarou, várias vezes, incumprimentos conexos com a inexecução de decisões da Comissão que declaram auxílios de Estado ilegais e incompatíveis com o mercado comum, nomeadamente nos seus acórdãos de 20 de setembro de 2007, Comissão/Espanha³⁴ e de 14 de dezembro de 2006, Comissão/Espanha³⁵.

74. Quanto ao montante fixo, recorde-se desde já que o Tribunal de Justiça não está vinculado pela proposta da Comissão e que a determinação desse montante cabe no seu poder de apreciação³⁶. A quantia fixa deve ser estabelecida de modo a que seja, por um lado, adaptada às circunstâncias e, por outro, proporcionada ao incumprimento declarado, bem como à capacidade de pagamento do Estado-Membro em causa. Entre os fatores pertinentes a esse respeito, figuram, designadamente, elementos como a duração da persistência do incumprimento desde o acórdão que o declara e a gravidade da infração³⁷.

75. Face às considerações expendidas nos n.ºs 62 a 64 das presentes conclusões sobre a duração e a gravidade do incumprimento imputado ao Reino de Espanha, o montante de 20 milhões de euros parece-nos adaptado às circunstâncias do caso concreto.

IV — Conclusão

76. Atendendo às considerações que antecedem, propomos ao Tribunal de Justiça que:

- Declare que o Reino de Espanha, por não ter tomado, no termo do prazo fixado na notificação para cumprir complementar para apresentar observações relativas ao incumprimento imputado nos termos do artigo 260.º, n.º 2, TFUE, todas as medidas necessárias à execução do acórdão de 2 de julho de 2002, Comissão/Espanha (C-499/99), relativo à recuperação dos auxílios que a Decisão 91/1/CEE da Comissão, de 20 de dezembro de 1989, relativa aos auxílios concedidos em Espanha pelo Governo central e por vários governos autónomos à MAGEFESA, produtora de artigos domésticos de aço inoxidável e de pequenos aparelhos elétricos, declarou ilegais e incompatíveis com o mercado comum, o Reino de Espanha não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força dessa decisão e do artigo 260.º, n.º 1, TFUE;
- Condene o Reino de Espanha a pagar à Comissão Europeia, na conta «Recursos próprios da União Europeia», uma sanção pecuniária compulsória de 104 909 euros por cada dia de atraso na adoção das medidas necessárias para dar cumprimento ao acórdão de 2 de julho de 2002, Comissão/Espanha, já referido, a contar da data da prolação do presente acórdão e até à execução do acórdão de 2 de julho de 2002;

32 — V., nesse sentido, acórdãos Comissão/França, já referido na nota 24 (n.º 67), e Comissão/Itália, já referido na nota 13 (n.º 91).

33 — Quanto ao caráter preventivo, v. acórdão Comissão/França, já referido na nota 24 (n.º 59).

34 — C-177/06, Colet., p. I-7689.

35 — C-485/03 a 490/03, Colet., p. I-11887.

36 — V., neste sentido, acórdão Comissão/França, já referido na nota 24 (n.º 64).

37 — Acórdão Comissão/Itália, já referido na nota 13 (n.ºs 93 e 94).

- Condene o Reino de Espanha a pagar à Comissão Europeia, na conta «Recursos próprios da União Europeia», uma quantia fixa de 20 milhões de euros;
- Condene o Reino de Espanha nas despesas.