

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
ANTONIO TIZZANO

apresentadas em 8 de Maio de 2001¹

I — O quadro normativo

O sistema de distribuição de medicamentos em França

1. Por decisão de 11 de Fevereiro de 2000, o Tribunal des affaires de sécurité social du Val-de-Marne (a seguir «Tribunal»), submeteu ao Tribunal de Justiça três questões prejudiciais relativas à interpretação do artigo 92.º do Tratado CE (actual artigo 87.º CE), do artigo 90.º, n.º 2, do Tratado CE (actual artigo 86.º, n.º 2, CE) e do artigo 59.º do Tratado CE (actual artigo 49.º CE). Através destas questões, o Tribunal pergunta, no essencial, se uma disposição da Lei n.º 97-1164 relativa ao financiamento da segurança social de 1998 («Loi de financement de la sécurité sociale pour 1998»), de 19 de Dezembro de 1997²; a seguir «Lei de 19 de Dezembro de 1997»), que instituiu um imposto especial sobre as vendas directas de medicamentos pelos laboratórios farmacêuticos às farmácias, é compatível com a regulamentação comunitária em matéria de auxílios estatais e de livre circulação de serviços.

2. Em França, a distribuição dos medicamentos às farmácias é feita através de dois canais distintos: por meio dos denominados grossistas-distribuidores («grossistes répartiteurs»), ou mediante vendas directas por parte dos laboratórios farmacêuticos.

3. Nos termos do artigo R. 5106-5 do code de la santé publique (a seguir «CSP»), é grossista-distribuidor «qualquer empresa que se dedique à compra ou armazenagem de medicamentos diferentes dos destinados a ser experimentados no homem, tendo em vista a sua distribuição por grosso e no estado em que se encontram».

4. No exercício dessa actividade, os grossistas-distribuidores devem cumprir obrigações especiais de serviço público, impostas pelas autoridades francesas, com o objec-

¹ — Língua original: italiano.

² — *Journal officiel de la République française* de 23 de Dezembro de 1997, p. 18635.

tivo de garantir uma adequada distribuição dos medicamentos no território. Até Fevereiro de 1998, as referidas obrigações encontravam-se disciplinadas por um Decreto de 3 de Outubro de 1962³, que previa:

«Artigo 1.º — Todos os estabelecimentos de venda por grosso de produtos farmacêuticos a que se refere a n.º 4, do artigo R. 5111-6, do Código da Saúde Pública, assim como as suas sucursais, devem ter permanentemente uma reserva de medicamentos especializados que permita assegurar o consumo mensal das farmácias que fornecem e pertencentes à sua clientela habitual.

Esta reserva de medicamentos deve corresponder, em espécie, a uma ‘coleção’ de especialidades que inclua, pelo menos, os dois terços das especialidades efectivamente comercializadas e, em importância, ao valor médio da facturação mensal do ano anterior.

Artigo 2.º Todos os estabelecimentos de venda por grosso de produtos farmacêuticos, assim como as suas sucursais, devem estar em condições de assegurar a entrega de todas as especialidades comercializadas a todas as farmácias que façam parte da sua clientela habitual e se situem no seu sector de distribuição, nas vinte e quatro horas seguintes à encomenda, de todas as espe-

cialidades que façam parte da sua ‘coleção’. Os mesmos devem controlar o seu aprovisionamento de especialidades farmacêuticas a fim de evitar a ruptura das reservas.

Artigo 3.º O sector mencionado no artigo 2.º é constituído pela zona geográfica na qual o farmacêutico responsável pelo estabelecimento de venda por grosso de produtos farmacêuticos, ou da sucursal de um estabelecimento de venda por grosso de produtos farmacêuticos declarou exercer a sua actividade. Esta declaração deve ser feita no serviço central de farmácias do Ministério da Saúde Pública e da População, nos dois meses seguintes à abertura do estabelecimento de venda por grosso de produtos farmacêuticos ou da sucursal de um estabelecimento de venda por grosso de produtos farmacêuticos.

Os sectores serão completados, segundo as necessidades, com as localidades designadas pelo Ministro da Saúde Pública e da População, cujo fornecimento não é assegurado por nenhum outro grossista».

5. O regime descrito foi modificado por dois decretos posteriores (n.º 98-79, de 11 de Fevereiro de 1998⁴ e n.º 99-144, de 4 de Março de 1999⁵), após a adopção da Directiva 92/25/CEE do Conselho, de 31 de

3 — *Journal officiel de la République française* de 12 de Outubro de 1962, p. 9999.

4 — *Journal officiel de la République française* de 13 de Fevereiro de 1998, p. 2287.

5 — *Journal officiel de la République française* de 5 de Março de 1999, p. 3294.

Março de 1992, relativa à distribuição por grosso de medicamentos para uso humano (a seguir a «Directiva 95/25») ⁶. Estes decretos, em especial, modificaram o texto do CSP, cujo actual artigo R. 5115-13 dispõe:

«Qualquer empresa que exerça a actividade de grossista distribuidor deverá declarar ao *Directeur Général de l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé* o território em que cada um dos seus estabelecimentos exerce a sua actividade de distribuição. Esta declaração é feita, o mais tardar, no momento da abertura do estabelecimento, e será alterada por ocasião de qualquer mudança da área de distribuição.

Qualquer município onde o estabelecimento abasteça habitualmente, pelo menos, uma farmácia faz parte desse território.

No seu território de distribuição, o estabelecimento é obrigado a respeitar as seguintes obrigações de serviço público:

1.º — Deve dispor de um lote de medicamentos que inclua, pelo menos, nove décimos das apresentações efectivamente comercializadas em França;

2.º — Deve estar em condições de:

a) satisfazer o consumo da sua clientela habitual durante, pelo menos, duas semanas;

b) entregar, no prazo de 24 horas subsequentes à encomenda qualquer medicamento que faça parte do seu lote;

c) entregar qualquer medicamento e, quando assegura a sua distribuição nas condições previstas no artigo R. 5108-1, qualquer outro produto, objecto ou artigo mencionado no artigo L. 512 e qualquer produto farmacêutico separado, mencionado no artigo 4.º do artigo L. 511-1 explorado em França a qualquer empresa que lho solicite.

Estas disposições não obstam a que um estabelecimento abasteça excepcionalmente, em caso de urgência, uma farmácia situada fora do seu território de distribuição. A título excepcional e na falta de qualquer outra forma de abastecimento, o director-geral da Agência francesa de segurança sanitária dos produtos de saúde, pode, por sua própria iniciativa, ou a pedido do representante do Estado no território em causa, mediante parecer do

⁶ — JO L 113, p. 1.

director regional dos assuntos sanitárias e sociais, impor a um estabelecimento que abasteça uma farmácia situada fora da sua área de distribuição.»

6. Convém sublinhar que as obrigações de serviço público *supra* descritas, são impostas somente ao grossistas-distribuidores, não se aplicando ao laboratórios farmacêuticos que decidam comercializar os seus produtos através de venda directa, quer autonomamente (através de um departamento interno ou uma filial)⁷, quer por intermédio de mandatários⁸.

A Lei de 19 de Dezembro de 1997

7. O artigo 12.º da Lei de 19 de Dezembro de 1997 inseriu no code de la sécurité sociale o artigo L. 245-6-1 que prevê:

«Uma contribuição sobre o volume de negócios livre de imposições realizado em França, das farmácias de oficina, das farmácias mutualistas e das farmácias de sociedades de socorro mineiras, a título de vendas por grosso de especialidades inscritas na lista mencionada no artigo L. 162-17, com excepção das especialidades gené-

7 — Neste caso os laboratórios farmacêuticos agem na qualidade de «exploitants» (v. artigo R. 5106-3 do code de la santé publique).

8 — Os denominados «dépositaires», cuja actividade se encontra descrita no artigo R. 5106 do code de la santé publique.

ricas definidas no artigo L. 601-6 do code de la santé publique, é devida por empresas que asseguram a exploração de uma ou várias especialidades farmacêuticas na acepção do artigo L. 596 do code de la santé publique.

A taxa desta contribuição é fixada em 2,5%.»

8. A contribuição em questão, destinada a financiar a Caisse nationale d'assurance maladie, foi deliberada e unicamente instituída em relação às vendas directas dos laboratórios farmacêuticos (com exclusão, pois, das vendas efectuadas pelos grossistas-distribuidores), com o objectivo de reequilibrar as condições de concorrência entre os diversos circuitos de distribuição dos medicamentos.

9. Isto resulta claramente da exposição dos fundamentos do projecto da Lei de 19 de Dezembro de 1997, onde se determina:

«As margens retiradas pelos grossistas e pelos farmacêuticos, aplicáveis aos medicamentos comparticipados, são, actualmente, regulamentadas. Quando os laboratórios farmacêuticos efectuam vendas directas, retiram a margem, em princípio reservada aos grossistas, mantendo-se invariável o preço público para o beneficiário, independentemente do circuito de distribuição. Ora, esta prática parece injusta, uma vez que os laboratórios não se encontram sujeitos às mesmas obrigações de serviço

público dos grossistas e não têm, portanto, que suportar os custos relativos. Trata-se, em especial, da obrigação de ter em permanência uma reserva de medicamentos suficiente e de assegurar a distribuição desses medicamentos, num prazo muito curto.

O desenvolvimento muito rápido das vendas directas no decurso dos últimos anos, arrisca desequilibrar o sistema da distribuição dos medicamentos comparticipados.

O presente artigo tem por objecto restabelecer a igualdade de tratamento entre os circuitos de distribuição, permitindo a recuperação *a posteriori* de uma parte da margem do grossista aos laboratórios farmacêuticos. A taxa é fixada em 6,63%⁹, que corresponde a cerca de dois terços da referida margem, podendo um terço ser imputado às despesas de distribuição que ficam, de qualquer forma, a cargo das empresas farmacêuticas.

[...]

O imposto, pago trimestralmente, calcula-se com base na facturação realizada no decurso do trimestre precedente. É cobrado e controlado pela Agência Central dos Organismos de Segurança Social. Por fim,

a receita destina-se à CNAMTS (Caixa Nacional de Seguro de Doença).

10. Antes da sua promulgação, a Lei de 19 de Dezembro de 1997 foi sujeita à apreciação do Conselho Constitucional, ao qual foi solicitado, entre outras coisas, a verificação da conformidade da contribuição controvertida com o princípio fundamental da igualdade. Contudo, por decisão de 18 de Dezembro de 1997, o Conselho Constitucional excluiu a violação deste princípio, considerando, em particular:

— «que resulta dos trabalhos preparatórios que o imposto criticado não tem como objectivo único contribuir para o financiamento da Caixa Nacional de Seguro de Doença dos Trabalhadores Assalariados Maladie, mas também, reequilibrar as condições de concorrência entre os circuitos de distribuição de medicamentos, dado que os grossistas-distribuidores de medicamentos estão sujeitos a obrigações de serviço público que não são impostas aos laboratórios farmacêuticos»;

— «que a diferença de tratamento operada pela lei baseia-se em critérios objectivos e racionais, relacionados com os objectivos que o legislador fixou»;

— e «que a censura baseada na natureza excessiva da taxa deve ser afastada»;

⁹ — Como vimos, a taxa que, em seguida, foi prevista pela Lei de 19 de Dezembro de 1997 é de 2,5%.

A Directiva 92/25 do Conselho

11. Como já dissemos *supra*, a distribuição grossista dos medicamentos de uso humano é parcialmente regida, ao nível comunitário, pela Directiva 92/25. Na fundamentação, deste acto, encontramos, em especial, os seguintes considerandos:

— «alguns Estados-Membros impõem aos grossistas abastecedores de medicamentos aos farmacêuticos, bem como às pessoas autorizadas a fornecê-los ao público, certas obrigações de serviço público»;

— «os Estados-Membros devem poder aplicar essas obrigações aos grossistas estabelecidos no seu território»;

— «devem poder igualmente aplicá-las aos grossistas dos outros Estados-Membros desde que não lhes imponham obrigações mais estritas que as que impõem aos seus próprios grossistas, e na medida em que estas possam considerar-se justificadas por razões de protecção da saúde pública e sejam proporcionais ao objectivo dessa protecção».

12. No que diz respeito, portanto, à noção de «dever de serviço público», o artigo 1.º da directiva esclarece que deve ser entendida como «a obrigação de os grossistas em causa garantirem permanentemente uma variedade de medicamentos aptos a responder às necessidades de um território geograficamente determinado e de assegurar o fornecimento de encomendas em todo o território em prazos muito curtos».

II — Factos e tramitação processual

13. A Ferring SA é uma sociedade de direito francês, que faz parte de um grupo farmacêutico multinacional e que, para o que aqui nos interessa, distribui em França o Lutrelf (medicamento produzido na Alemanha por uma outra sociedade do grupo) através de um sistema de venda directa às farmácias. A este título, foi sujeita à contribuição instituída pela Lei de 19 de Dezembro de 1997 e teve que pagar 40 155 FRF à Agência Central dos Organismos de Segurança Social (a seguir a «ACOSS»), por força do aviso de liquidação de 6 de Março de 1998.

14. Todavia, por considerar a contribuição ilegal, a Ferring apresentou, em 17 de Setembro de 1998, no Tribunal des affaires de sécurité sociale du Val-de-Marne, um recurso destinado a obter o reembolso da

soma paga à ACOSS. Alegou, precisamente, a ilegalidade da contribuição paga, defendendo: por um lado, que o facto dessa contribuição incidir apenas sobre as vendas directas dos laboratórios farmacêuticos, representava um auxílio de Estado concedido aos grossistas-distribuidores, em violação da obrigação de notificação prévia prevista no artigo 93.º do Tratado CE (actual artigo 88.º, n.º 3, CE); por outro, que tal medida introduzia um obstáculo à livre circulação dos serviços em violação do artigo 59.º do Tratado.

15. Chamada a júízo, a ACOSS opôs-se à pretensão da Ferring, objectando, fundamentalmente, que a medida controvertida não configurava um auxílio de Estado na acepção do artigo 92.º, n.º 1, do Tratado; que, de qualquer forma, a mesma justificava-se tendo em conta a natureza e a economia do sistema francês de distribuição de medicamentos; e mesmo que fosse classificada de auxílio, a medida em causa estaria coberta pela derrogação do artigo 90.º, n.º 2, do Tratado. Quanto à alegada violação do artigo 59.º do Tratado, a ACOSS sustentava que essa disposição não era aplicável no caso concreto, uma vez que se tratava de uma situação puramente interna de um Estado-Membro, e que, de qualquer forma, a medida controvertida não estava em desacordo com as normas comunitárias sobre a livre circulação de serviços.

16. Confrontado com estas questões de direito comunitário, o juiz *a quo* considerou necessário dirigir-se, a título prejudi-

cial, ao Tribunal de Justiça, em aplicação do artigo 234.º CE, a fim de que este se pronuncie sobre as seguintes questões:

«1) Pode a contribuição instituída pelo artigo L. 245-6-1 do code de la sécurité sociale considerar-se um auxílio público na acepção do artigo 87.º (ex-artigo 92.º) do Tratado?

Em caso de resposta afirmativa, justificar-se-á tal contribuição pela natureza e pela economia do sistema?

2) Estão os grossistas-distribuidores incumbidos da gestão de um serviço de interesse geral, na acepção do artigo 86, n.º 2, do Tratado (ex-artigo 90.º, n.º 2)?

Podendo qualificar-se de auxílio público, deve a contribuição instituída compensar estritamente os custos suplementares resultantes das obrigações impostas aos grossistas-distribuidores para que a derrogação prevista no artigo 86.º, n.º 2, possa ser aplicada?

3) Deve o artigo 49.º (ex-artigo 59.º) do Tratado ser interpretado no sentido de que se opõe a uma legislação nacional do tipo da que resulta da Lei de 19 de Dezembro de 1977?»

17. No processo que, então, se iniciou no Tribunal de Justiça, para além das partes do litígio principal, que no essencial repetiram os argumentos que já haviam desenvolvido ao nível nacional, intervieram a França e a Comissão.

18. A primeira apoiou essencialmente a tese da ACOSS, ao mesmo tempo que exprimiu sérias dúvidas relativamente à competência do Tribunal de Justiça. A segunda, pelo contrário, partilhou da opinião que qualifica a contribuição controvertida como auxílio de Estado, precisando, todavia, que a mesma poderia ser justificada com base do artigo 90.º, n.º 2, do Tratado, se se limitasse a compensar os custos suplementares de serviço público suportados pelo grossistas-distribuidores. Quanto à terceira questão, a Comissão concluiu no sentido de que o artigo 59.º do Tratado não se opõe a uma medida nacional do tipo daquela em causa.

19. Por último, pensamos ser oportuno realçar, para efeitos da análise que desenvolveremos nas próximas páginas, e como recorda a Ferring nas suas observações, que sobre a mesma questão, foi chamado a pronunciar-se, quase ao mesmo tempo, o Tribunal des affaires des sécurité sociale de Lyon. Porém, diversamente do Tribunal du Val-de-Marne, o Tribunal de Lyon resolveu o caso de uma forma mais expedita. Partindo da constata o de que a Lei de 19 de Dezembro de 1997 concedia um auxílio de Estado ilegal, uma vez que não havia sido notificado   Comissão, este Tribunal ordenou, com efeito, a restituic o das somas pagas por um laboratório far-

mac utico a título da contribuic o controvertida ¹⁰.

III — Análise jurídica

Quanto   competência do Tribunal de Justiça

20. Antes de abordar o mérito das questões prejudiciais, importa apreciar a excep o levantada na audiência pela França, segundo a qual, o Tribunal de Justiça não seria competente para se pronunciar sobre as duas primeiras questões. Com efeito, segundo o Governo francês, mesmo que o Tribunal de Justiça concluísse que a medida controvertida constitui um auxílio ilegal, daí são poderia retirar duas consequências: para o passado, a obriga o de recuperar esse auxílio junto dos grossistas-distribuidores, e para o futuro, a obriga o de abolir a contribuic o controvertida ou de a estender a tais pessoas. Na opinião da França, em nenhum caso a decisão do Tribunal de Justiça implicaria a restituic o da soma paga pela Ferring a título da contribuic o em causa: donde, a pretensa irrelevância da questão prejudicial e, conseqüentemente, a incompetência do Tribunal de Justiça.

21. Na nossa opinião a excep o   infundada. Relembramos, em primeiro lugar,

10 — Sentença de 3 de Maio de 2000, Laboratoires Boiron/ACOSS.

que «segundo uma jurisprudência constante, compete apenas ao juiz nacional, a quem foi submetido o litígio e que deve assumir a responsabilidade pela decisão jurisdicional a tomar, apreciar, tendo em conta as especificidades do processo, tanto a necessidade de uma decisão prejudicial para poder proferir a sua decisão, como a pertinência das questões que coloca ao Tribunal de Justiça». Só excepcionalmente este último pode declinar a sua competência, isto é, «quando é manifesto que a interpretação ou a apreciação da validade de uma regra comunitária, solicitadas pela jurisdição nacional, não têm qualquer relação com a realidade ou com o objecto do litígio no processo principal¹¹».

22. No caso em análise, porém, não nos parece, de modo algum, que as primeiras duas questões prejudiciais sejam *de modo manifesto* privadas de qualquer relação com o objecto da causa principal. Pelo contrário, parece-nos evidente que o processo nacional diz precisamente respeito às questões levantadas pelo juiz *a quo*, ou seja, sobre a natureza de auxílio de Estado da medida controvertida e sobre a possibilidade de justificar tal medida com base na derrogação do artigo 90.º, n.º 2, do Tratado.

23. Nem parece *de modo manifesto*, que o juiz nacional não poderia dar provimento ao pedido da Ferring, se resultasse que a imposição da contribuição controvertida constituía um auxílio de Estado ilegal. Com

efeito, a ilegalidade do auxílio público teria também como consequência a ilegalidade dos actos nacionais de execução, como precisamente a cobrança da contribuição à Ferring¹². Por outro lado, o reembolso das somas pagas a título da contribuição controvertida poderia representar uma forma eficaz de restabelecer o *status quo ante*, eliminando assim as distorções de concorrência alegadamente decorrentes da imposição assimétrica dessa contribuição¹³. De resto, o facto de a qualificação da medida controvertida como auxílio de Estado poder ser relevante no litígio nacional, parece resultar também da já referida decisão do Tribunal des affaires de sécurité sociale de Lyon, que, justamente em virtude desta qualificação, como dissemos, ordenou a restituição das somas pagas por um laboratório farmacêutico, a título da contribuição instituída pela Lei de 19 de Dezembro de 1997.

24. À luz destas considerações, entendemos, pois, que o Tribunal de Justiça é competente para examinar todas as questões apresentadas pelo juiz de reenvio.

As questões: introdução

25. Dada a sobreposição que parece existir, pelo menos em parte, entre a primeira e a

11 — Acórdão de 13 de Julho de 2000, Idéal Tourisme (C-36/99, Colect., p. I-6049, n.º 20). No mesmo sentido, ver, entre outros, acórdãos de 9 de Março de 2000, EKW e Wein & Co (C-437/97, Colect., p. I-1157, n.º 52); de 15 de Junho de 1999, Tarantik (C-421/97, Colect., p. I-3633, n.º 33), e de 15 de Dezembro de 1995, Bosman (C-415/93, Colect., p. I-4921, n.º 59).

12 — V. acórdão de 21 de Novembro de 1991, Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires e syndicat national des négociants et transformateurs de saumon (C-354/90, Colect., p. I-5505, n.º 12, a seguir «acórdão Salmão»).

13 — V. acórdãos de 20 de Março de 1997, Alcan Deutschland (C-24/95, Colect., p. I-1591, n.º 23), e de 4 de Abril de 1995, Comissão/Itália (C-348/93, Colect., p. I-673, n.º 26).

segunda questões, pensamos ser oportuno esclarecer, preliminarmente, o respectivo âmbito e as suas eventuais ligações.

26. Na realidade, a primeira questão articula-se em duas partes: na primeira, pergunta-se se a contribuição instituído pela Lei de 19 de Dezembro de 1997, constitui um auxílio de Estado em benefício dos grossistas-distribuidores; no caso de resposta afirmativa, em seguida, pergunta-se se a contribuição se justifica pela natureza e pela economia do sistema francês de distribuição de medicamentos, na medida em que é caracterizado pela imposição de obrigações específicas de serviço público, destinadas a garantir uma eficaz cobertura do território nacional.

27. Com a segunda questão, o juiz nacional quer saber, ao invés, se os grossistas-distribuidores estão encarregados de uma missão de interesse económico geral na acepção do artigo 90.º, n.º 2, do Tratado e se, portanto, os custos suplementares de serviço público por eles suportados justificam a aplicação da derrogação prevista na referida disposição.

28. Tanto a segunda parte da primeira questão, como a segunda questão, evocam, pois, a missão de interesse público confiada aos grossistas-distribuidores, para saber se a mesma pode justificar que lhes sejam concedidas vantagens fiscais: no primeiro caso, precisamente em razão da natureza e da economia do sistema; no segundo, em virtude da derrogação do artigo 90.º, n.º 2,

do Tratado. De qualquer modo, em ambos os casos partimos da premissa de que a medida controvertida constitui um auxílio de Estado, em relação ao qual se deve, pois, apreciar a existência de eventuais justificações.

29. Todavia, consideramos que esta forma de apresentar as coisas deve ser em parte corrigida. Com efeito, como observa a Comissão, se a medida em questão pudesse ser justificada com base na natureza e na economia do sistema, excluía-se que ela fosse qualificada de auxílio de Estado. Nesse caso, de facto, a diferença de tratamento reservada aos dois canais de distribuição, estava objectivamente justificada e não poderia ser considerada a concessão de uma vantagem selectiva aos grossistas-distribuidores¹⁴. Se, como cremos, for assim, a apreciação que o juiz nacional solicita ao Tribunal de Justiça, com a segunda parte da primeira questão, não diz respeito, na realidade, à verificação das eventuais justificações de uma medida considerada como um auxílio, mas mesmo à existência no caso concreto de um auxílio de Estado: isto é, a possibilidade de qualificar como tal o tratamento fiscal mais favorável reservado aos grossistas-distribuidores, para compensar os custos suplementares de serviço público que lhes impõe o sistema francês.

30. Posto isto, nas próximas páginas apreciaremos, antes de mais, se, abstraindo das

14 — V. acórdãos do Tribunal de Justiça de 9 de Dezembro de 1997, *Tiercé Ladbroke/Comissão* (C-353/95 P, Colect., p. I-7007, n.º 33), e do Tribunal de Primeira Instância de 18 de Setembro de 1995, *Tiercé Ladbroke/Comissão* (T-471/93, Colect., p. II-2537, n.º 61 a 63).

obrigações de serviço público previstas pelo legislador francês, o facto de não impor a contribuição controvertida aos grossistas-distribuidores pode constituir, em princípio, um auxílio de Estado na acepção do artigo 92.º, n.º 1, do Tratado (*primeira parte da questão, infra alínea a*). Em caso de resposta afirmativa, analisaremos se a natureza de auxílio dessa medida, pode ser excluída em virtude das obrigações específicas de serviço público impostas pelo sistema francês aos grossistas-distribuidores (*segunda parte da questão, infra alínea b*). Se assim não for, passaremos então a apreciar (*segunda questão prejudicial*) se o auxílio assim estabelecido pode ser considerado compatível com o mercado comum em virtude da derrogação prevista no artigo 90.º, n.º 2, do Tratado, para as empresas encarregues da gestão de serviços de interesse económico geral.

31. Gostaríamos de sublinhar, desde já, para maior clareza, que a distinção entre a qualificação da medida controvertida como um «não auxílio» ou como um «auxílio compatível com o mercado comum na acepção do artigo 90.º, n.º 2, do Tratado», não tem um valor meramente formal, mas incide também num plano substancial. Em particular, no que aqui interessa, essa distinção incide mesmo na existência da obrigação de notificação prévia de um medida do Estado prevista no artigo 93.º, n.º 3, do Tratado, cuja alegada violação está na origem do presente processo. Como já dissemos, com efeito, é justamente nesta violação que assenta o recurso da Ferring; do mesmo modo foi precisamente porque a falta de notificação era incontestável que num acórdão já referido, o Tribunal des affaires de sécurité sociale de Lyon qualificou a contribuição controvertida de auxílio ilegal, sem mesmo apreciar a sua eventual

compatibilidade com base no artigo 90.º, n.º 2, do Tratado.

32. Se, porém, se considerar que esta solução — pelo menos em casos como o vertente — é demasiadamente simplista e que não se pretende responder nos mesmos termos ao Tribunal des affaires des sécurité sociale du Val-de-Marne, que, evidentemente, colocou as presentes questões justamente porque pôs de lado essa simplificação, a questão deve, portanto, ser aprofundada, como reconheceu a própria Comissão. Por este motivo, depois de conduzir o exame das duas primeiras questões nos termos que acabamos de expor, desenvolveremos algumas reflexões sobre as consequências que, do ponto de vista da legalidade de uma medida de Estado não notificada, podem resultar da sua qualificação como «não auxílio», como «auxílio não abrangido pela derrogação do artigo 90.º, n.º 2, do Tratado» ou como «auxílio compatível nos termos do artigo 90.º, n.º 2».

Quanto à primeira questão: a natureza de auxílio de Estado da contribuição instituída pela Lei de 19 de Dezembro de 1997

a) A possibilidade de reconhecer um auxílio de Estado na não imposição da contribuição controvertida aos grossistas-distribuidores

33. Começamos, pois, por ver se — prescindindo por agora das obrigações especí-

ficas de serviço público a cargo dos grossistas-distribuidores — a não tributação aos referidos operadores da contribuição controvertida pode configurar um auxílio de Estado na acepção do artigo 92.º, n.º 1, do Tratado.

34. Como é sabido, essa disposição prevê, em princípio (e salvo a aplicação das derrogações específicas, previstas pelo Tratado), a incompatibilidade com o mercado comum dos auxílios concedidos sob qualquer forma pelo Estado ou por meio de recursos estatais que, favorecendo certas empresas ou certas produções, falseiem, ou ameacem falsear, a concorrência e incidam sobre as trocas entre os Estados-Membros. Portanto, para avaliar se uma medida pública constitui um auxílio de Estado, importa, de acordo com a jurisprudência comunitária assente, verificar: i) se a medida confere uma vantagem selectiva a certas empresas ou a certas produções; ii) se essa vantagem é conferida por meio de recursos públicos; iii) se a mesma pode alterar o jogo da concorrência; iv) se a medida em questão pode incidir sobre as trocas dos Estados-Membros. Estes aspectos serão examinados de seguida, com referência à factualidade em questão.

i) A Lei de 19 de Dezembro de 1997 confere uma vantagem selectiva aos grossistas-distribuidores?

35. A questão não é de fácil solução. Como se viu, a Lei de 19 de Dezembro de 1997, não prevê um financiamento directo para esses operadores, nem os isenta do pagamento de uma contribuição à qual estavam anteriormente sujeitos. Pelo contrário, ins-

titui uma nova contribuição que incide sobre outros operadores económicos, isto é, os laboratórios farmacêuticos que distribuem os seus produtos através de um sistema de venda directa. Todavia, considerando a relação de concorrência existente entre os dois canais distributivos, o juiz *a quo* coloca a questão de saber se a imposição — ou melhor, a não imposição — de uma contribuição a um deles confere indirectamente uma vantagem selectiva ao outro.

36. A dificuldade e também a delicadeza da questão, surgem do facto de qualquer imposição instituída a cargo de uma determinada categoria de operadores económicos poder ser vista, eventualmente, como uma vantagem concedida a todos os operadores não sujeitos a tal imposição, que se encontrem numa relação de concorrência mais ou menos estreita com os primeiros. Para citar somente alguns exemplos, uma contribuição que abrangesse os produtores de cerveja poderia ser considerada como um auxílio indirecto aos produtores de vinho; uma contribuição a cargo dos transportadores rodoviários poderia ser considerada um auxílio às empresas ferroviárias; ou ainda, uma contribuição a cargo dos exploradores de salas de cinema, poderia implicar um auxílio aos teatros; e por aí adiante.

37. Uma interpretação extensiva do conceito de auxílio, que englobasse a imposição de uma contribuição a terceiros que se encontrem, ainda que ligeiramente, em concorrência com os presumíveis beneficiários, arriscar-se-ia, em suma, a ir para além da letra e do espírito da norma. Deste

modo, com efeito, reconduzir-se-iam também ao conceito de auxílio, as vantagens indirectas e dificilmente verificáveis, que poderiam derivar do diferente regime fiscal aplicado às actividades económicas apenas parcialmente similares e não as intervenções públicas destinadas a alterar de maneira significativa as condições de concorrência. Sem contar que — e não seria uma consequência negligenciável — uma tal interpretação, comportaria o risco de uma injustificada interferência na política fiscal dos Estados-Membros, por meio da utilização imprópria de instrumentos destinados a objectivos bem diferentes.

38. Também não poderia considerar-se satisfatória uma solução que, pelo contrário, excluísse, à partida, qualquer possibilidade de ver uma vantagem selectiva na não imposição de uma nova contribuição a determinados operadores económicos. Tal interpretação, de facto, ofereceria aos Estados-Membros um instrumento para tornar facilmente as normas comunitárias em matéria de auxílios, por meio do recurso discriminatório à carga fiscal. Pense-se, por exemplo, na instituição de imposições exclusivamente aos transportadores aéreos privados, com exclusão, pois, dos públicos, ou só sobre as empresas do ramo automóvel em boas condições económicas, e não às que se encontrassem em dificuldades. Em tais hipóteses seria, evidentemente, difícil distinguir a não imposição de uma isenção fiscal, dado que o efeito produzido seria em tudo idêntico; e é praticamente inútil recordar que, segundo a jurisprudência assente¹⁵, o artigo 92.º qualifica as intervenções públicas de auxílios de Estado,

precisamente tendo em conta os efeitos que elas produzem.

39. Parece-nos, em definitivo, que não se pode admitir ou excluir *a priori*, que a não imposição de uma contribuição a determinados sujeitos, equivale a conferir uma vantagem selectiva na acepção do artigo 92.º do Tratado. A solução deve ser, pois, encontrada caso a caso, considerando as características peculiares de cada caso concreto e, em particular, a relação de concorrência existente entre os operadores interessados, a razão de ser da contribuição e os efeitos por ela produzidos.

40. Em aplicação destes critérios, somos levados a crer que a imposição controversa, no caso concreto, atribui aos grossistas-distribuidores uma vantagem selectiva na acepção do artigo 92.º do Tratado. E isto pelas seguintes razões:

— em França existem dois canais de distribuição de medicamentos — os grossistas-distribuidores e a venda directa dos laboratórios farmacêuticos — que estão em concorrência directa entre si. A estreita relação de concorrência que subsiste entre tais canais distributivos é sublinhada, ainda que através de argumentos opostos, por todas as partes que intervieram no Tribunal de Justiça e resulta, de resto, dos trabalhos preparatórios da Lei de 19 de Dezembro de 1997, da decisão já referida do Conselho Constitucional sobre essa lei e do próprio despacho de reenvio;

15 — V. acórdãos de 29 de Fevereiro de 1996, Bélgica/Comissão (C-56/93, Colect., p. I-723, n.º 79), e de 26 de Setembro de 1996, França/Comissão (C-241/94, Colect., p. I-4551, n.º 20)

— as partes no presente pleito estão igualmente de acordo quanto ao facto de a imposição assimétrica da contribuição controvertida (que, relembramos, se destina a financiar a Caixa Nacional de Seguro de Doença), com vista a reequilibrar as condições de concorrência entre os dois canais de distribuição de medicamentos, falseadas, no entender do legislador francês, pela imposição de obrigações de serviço público somente aos grossistas-distribuidores. Como resulta, igualmente, dos trabalhos preparatórios da Lei de 19 de Dezembro de 1997 e da decisão do Conselho Constitucional, a imposição da contribuição exclusivamente sobre as vendas directas, visa, pois, eliminar essa vantagem concorrencial, introduzindo um regime fiscal mais favorável para os grossistas-distribuidores;

— A Ferring e a ACOSS concordaram por fim em afirmar que a contribuição controvertida produziu os efeitos preconizados pelo legislador francês. De facto ambas observam que, seguidamente à adopção da Lei de 19 de Dezembro de 1997, não só se interrompeu o crescimento registado das vendas directas nos anos precedentes, como também se inverteu francamente a tendência, com uma recuperação de quota de mercado pelos grossistas-distribuidores.

41. Parece-nos, portanto, evidente que, no caso em análise, as autoridades francesas concederam deliberadamente aos grossistas-distribuidores uma vantagem fiscal em relação aos seus concorrentes directos e que tal vantagem se reflectiu imediatamente na

situação de mercado dos dois circuitos distributivos. Por outras palavras, a não imposição da contribuição instituída pela Lei de 19 de Dezembro de 1997 traduziu-se, na prática, na concessão de um desagravamento fiscal a favor dos grossistas-distribuidores.

42. Não nos parece, de resto, que outra possa ser a conclusão a retirar da observação do Governo francês e da ACOSS, segundo a qual, na realidade, os grossistas-distribuidores não teriam sido, de forma alguma, desonerados de uma carga fiscal que tivessem *normalmente* de suportar, porque o facto de não lhes impor a contribuição controvertida tem somente o objectivo de compensar os custos suplementares de serviço público. O argumento confirma que foi precisamente e somente tendo em conta este objectivo, que a contribuição controvertida, sendo destinado a financiar a Caixa Nacional de Seguro de Doença, foi aplicada a um só dos dois canais de distribuição de medicamentos; e que, caso contrário, a mesma teria incidido em igual medida sobre ambos os canais distributivos. É claro, pois, que, se se prescindiu dessa exigência, a não imposição da contribuição confere aos grossistas-distribuidores uma vantagem selectiva comparável a uma autêntico desagravamento fiscal.

ii) Esta vantagem é concedida por meio de recursos do Estado?

43. Examinemos agora se a vantagem selectiva concedida aos grossistas-distribuidores é financiada com recursos estatais, uma vez que, segundo a jurisprudência

assente do Tribunal de Justiça, só as vantagens concedidas directa ou indirectamente através de recursos públicos são consideradas ajudas na acepção do artigo 92.º, n.º 1, do Tratado ¹⁶.

44. Também em relação a este ponto, o caso em exame suscita alguma perplexidade. De facto, como vimos, a Lei de 19 de Dezembro de 1997, não previu nenhuma transferência directa de fundos a favor dos grossistas-distribuidores, mas instituiu uma contribuição (a cargo dos laboratórios farmacêuticos), destinada a fornecer novos recursos ao Estado. Dever-se-ia, pois, excluir que a vantagem conferida aos grossistas-distribuidores fosse financiada mediante recursos públicos ¹⁷.

45. Porém, juntamente com a Ferring e a Comissão, não cremos que esta conclusão seja correcta. Como já observamos *supra* alínea i), a não imposição da contribuição controvertida equivale a conceder um desagravamento fiscal aos grossistas-distribuidores, os quais, foram essencialmente isen-

tos do pagamento da contribuição instituída pela Lei de 19 de Dezembro de 1997, para financiar a Caixa Nacional de Seguro de Doença. Isto significa que as autoridades francesas, na prática, renunciaram a cobrar receitas fiscais em benefício dos grossistas-distribuidores e, deste modo, concederam-lhes uma evidente vantagem económica. Deve-se, portanto, concluir que essa vantagem foi concedida mediante recursos estatais.

iii) A vantagem fiscal concedida aos grossistas-distribuidores pode produzir uma distorção da concorrência?

46. No que diz respeito à condição relativa a uma possível distorção da concorrência, parece-nos que o caso em exame não deixa qualquer dúvida. Excepção feita, de facto, à pretensa exigência de compensar os custos suplementares de serviço público, que será analisada mais à frente, resulta claramente de tudo o que ficou dito antes, que a aplicação assimétrica da imposição controvertida se destinava a influir, e influiu com efeito, na posição concorrencial dos dois circuitos distributivos.

iv) A medida em questão pode afectar as trocas entre Estados-Membros?

47. Por fim, quanto à incidência da medida em questão nas trocas intracomunitárias,

16 — V. acórdãos de 7 de Maio de 1998, Viscido e o. (C-52/97 a C-54/97, Colect., p. I-2629, n.º 13); de 1 de Dezembro de 1998, Ecotrade (C-200/97, Colect., p. I-7907, n.º 35); de 17 de Junho de 1999, Piaggio (C-295/97, Colect., p. I-3735, n.º 35), e de 13 de Março de 2001, Preussen Elektra (C-379/98, Colect., p. I-2099, n.º 58).

17 — Relembramos a este respeito que, precisamente por este motivo, nas suas conclusões no processo Grad, o advogado-geral Roemer excluiu que um imposto sobre os transportes rodoviários possa constituir um auxílio de Estado em benefício dos caminhos de ferro. Com efeito, observou que «se bem que, como já expusemos, o objectivo da lei seja favorecer o Bundesbahn, na realidade, não se trata de auxílios nos termos do artigo 92.º... o conceito de auxílio implica a atribuição ao beneficiário de somas levantadas dos fundos públicos ou a redução de certos encargos que uma empresa deva normalmente suportar. Neste caso, todavia, trata-se de vantagens indirectas que um Estado atribui a um meio de transporte, sujeitando os meios de transporte concorrentes a encargos fiscais. Ora, é certo que tais medidas fiscais, de carácter dirigista, não se inserem no âmbito de aplicação do artigo 92.º» (acórdão de 6 de Outubro de 1970, Colect. 1969-1970, 970, p. 520, em especial, p. 533, n.º 6).

recordamos antes de mais que, segundo a jurisprudência assente, «mesmo um auxílio de uma importância relativamente pequena é susceptível de afectar as trocas comerciais entre os Estados-Membros quando [...] o sector no qual opera a empresa que dele beneficia se caracteriza por uma forte concorrência»¹⁸. Resulta além do mais da jurisprudência comunitária que, para qualificar uma determinada medida como auxílio, é suficiente que esta seja susceptível de ter uma incidência nas trocas comerciais entre os Estados-Membros, sem que seja necessário provar a sua incidência real¹⁹.

48. No caso da medida em exame, observamos que, se bem que diga respeito somente à distribuição de medicamentos em França, pode, apesar de tudo, incidir numa certa medida nas trocas intracomunitárias. Com efeito, como é sabido, os mercados farmacêuticos caracterizam-se por uma acesa concorrência internacional e por um elevado volume de trocas entre os Estados-Membros, realizadas, na sua maioria, por grandes empresas multinacionais (como a Ferring), que distribuem os seus produtos em numerosos países da Europa²⁰. Nesta situação, a medida controvertida pode, no nosso entender, incidir

sobre as trocas intracomunitárias por uma dupla ordem de razões:

— por um lado, na medida em que pode influir no volume de vendas directas transfronteiriças realizadas, eventualmente, por intermédio de mandatários *ad hoc*²¹, de laboratórios farmacêuticos estabelecidos noutros Estados-Membros;

— por outro, na medida em que pode influenciar as estratégias de distribuição dos grandes grupos multinacionais, os quais poderiam ser dissuadidos de criar em França uma filial de venda, com eventuais repercussões também no volume de medicamentos vendidos naquele país.

v) Conclusão

49. À luz das considerações *supra* formuladas, consideramos, pois, que se pode responder à primeira parte da primeira questão no sentido de que, se não atendermos às obrigações de serviço público previstas pelo legislador francês, a não imposição da contribuição controvertida aos grossistas-distribuidores deve ser qualificada de auxílio de Estado na acepção do artigo 92.º, n.º 1, do Tratado.

18 — Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 30 de Abril de 1998, Vlaams Gewest/Comissão (T-214/95, Colect., p. II-717, n.º 49). No mesmo sentido, ver acórdãos do Tribunal de Justiça de 21 de Março de 1990, Bélgica/Comissão (C-142/87, Colect., p. I-959, n.º 43); de 14 de Setembro de 1994, Espanha/Comissão (C-278/92 a C-280/92, Colect., p. I-4103, n.º 42), e acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 15 de Junho de 2000, Alzetta e o./Comissão (T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97 a T-607/97, T-1/98, T-3/98 a T-6/98 e T-23/98, Colect., p. II-2319, n.º 84).

19 — Acórdão Alzetta e o., já referido, n.ºs 76 a 80.

20 — V., a este respeito, as conclusões do advogado-geral Saggio no processo Baxter e o. (acórdão de 8 de Julho de 1999, C-254/97, Colect., p. I-4809, n.º 22).

21 — Os denominados «depositários» no artigo R.5106 do CSP.

b) A possível exclusão da natureza de auxílio da contribuição controvertida, em consideração das obrigações de serviço público previstas pelo sistema francês

sobre serviços de interesse geral na Europa²³, as referidas instituições devem limitar-se a um controlo mínimo, com o único objectivo de verificar que os Estados-Membros não abusam dos poderes que lhes são reconhecidos pelo direito comunitário²⁴.

50. Passando agora à segunda parte da questão, importa avaliar se a medida controvertida se justifica pelo facto de se destinar a compensar os encargos impróprios de serviço público, suportados pelos grossistas-distribuidores; e se, portanto, maugrado o que ficou dito, se pode excluir a natureza de auxílio.

51. A este propósito, devemos antes de mais recordar que, em princípio, cabe aos Estados-Membros definir a missão de interesse geral que entendam confiar a determinadas empresas públicas ou privadas. Com efeito, a jurisprudência precisou que, na ausência de regulamentação harmonizada nesta matéria, as instituições comunitárias não estão habilitadas «a pronunciar-se sobre a extensão das missões de serviço público que incumbem ao operador público (no caso concreto, o serviço de correios nacional), isto é, o nível dos custos relacionados com este serviço, nem sobre a oportunidade das opções políticas tomadas, na matéria, pelas autoridades nacionais, nem sobre a eficácia económica» dessa empresa²². Como é sublinhado também na nova comunicação da Comissão

52. No caso em exame, como se viu, com o Decreto de 3 de Outubro de 1962, o legislador francês instituiu obrigações específicas de serviço público a cargo dos grossistas-distribuidores, que consistem essencialmente na obrigação de ter em permanência uma reserva de medicamentos suficiente e de assegurar, num curto espaço de tempo, a distribuição desses medicamentos num dado território. As referidas obrigações foram ulteriormente especificadas nos Decretos n.º 98-79, de 11 de Fevereiro de 1998 e n.º 99-144, de 4 de Março de 1999, que impuseram encargos ainda mais vinculativos aos grossistas-distribuidores. Trata-se de obrigações justificadas pela exigência fundamental de garantir sempre um adequado aprovisionamento de medicamentos ao conjunto da população, não existindo, pois, motivo para pôr aqui em causa a legitimidade da escolha feita pelas autoridades francesas. E isto tanto mais que a própria Directiva 92/25 reconhece aos Estados-Membros o poder de impor aos grossistas estabelecidos no seu território a obrigação «de garantirem permanentemente uma variedade de medicamentos aptos a responder às necessidades de um território geograficamente determinado e de assegurarem o fornecimento de

23 — JO 2001, C 17, p. 4.

24 — No n.º 22 da comunicação da Comissão vem, em particular, referido que «os Estados-Membros são, em primeira instância, os responsáveis pela definição do que considerem serviços de interesse económico geral, com base nas características específicas das actividades. Esta definição pode apenas ser sujeita ao controlo das situações de abuso».

22 — Acórdão de 27 de Fevereiro de 1997, FFSA e o. (T-106/95, Colect., p. II-229, n.º 108).

encomendas em todo o território em prazos muito curtos»²⁵.

53. Naturalmente, o cumprimento das referidas obrigações comporta um custo adicional para os grossistas-distribuidores, os quais, diferentemente dos laboratórios farmacêuticos, suportam encargos impróprios que não teriam que suportar na ausência destas obrigações de serviço público. Isto determina, inevitavelmente, uma alteração artificial das condições de concorrência entre os dois circuitos distributivos; e é precisamente para compensar os custos suplementares de serviço público, suportados pelos grossistas-distribuidores, que o legislador francês os excluiu do pagamento da contribuição controvertida.

54. Saber se esta medida é realmente proporcional em relação ao objectivo indicado, ou se é, pelo contrário, demasiadamente generosa para os grossistas-distribuidores, é uma questão que, evidentemente, não compete ao Tribunal de Justiça apreciar. De facto, este não dispõe dos dados necessários para tal avaliação, uma vez que não conhece exactamente, o benefício económico decorrente para os grossistas-distribuidores da não sujeição à contribuição controvertida, nem os custos suplementares por eles suportados em virtude das obrigações de serviço público. Essa verificação compete, claramente, ao juiz nacional, que pode, para esse efeito, recorrer a todos os instrumentos processuais à sua disposição e, eventualmente, ordenar uma prova pericial.

25 — V. os considerandos da directiva e o artigo 1.º, já referido.

55. Ressalvada, portanto, essa verificação, no âmbito do litígio principal, resta, contudo, apreciar as consequências a retirar quanto à qualificação da medida controvertida na hipótese em que a verificação seja positiva e se confirme, portanto, que a medida é efectivamente necessária para compensar o custo adicional líquido dos encargos suplementares de serviço público e respeita, igualmente, o referido critério da proporcionalidade. Falta, pois, colocar a questão de saber se uma tal eventualidade não se repercute directamente na qualificação da medida estatal, no sentido de que nesse caso esta não deveria ser considerada como um auxílio compatível, mas perderia a sua própria natureza de auxílio de Estado.

56. Começamos por recordar que, durante muito tempo, a Comissão considerou que as vantagens financeiras concedidas pelo Estado para compensar custos suplementares de serviço público não constituíam auxílios públicos. Isto resulta, para dar um único exemplo, das «Orientações comunitárias relativas aos auxílios estatais aos transportes marítimos»²⁶, onde se lê que «na sua avaliação de contratos relacionados com as OSP [obrigações de serviço público], a Comissão considera que o reembolso de perdas de exploração directamente resultantes do cumprimento de determinadas obrigações de serviço público não é um auxílio estatal na acepção do n.º 1 do artigo 92.º do Tratado»²⁷.

26 — JO 1997, C 205, p. 5.

27 — Ponto 9 das Orientações onde a seguir se precisa que, consequentemente, não é necessário notificar nos termos do artigo 93.º, n.º 3, do Tratado, as medidas pelas quais são concedidos reembolsos a empresas seleccionadas — por um período de tempo apropriado — com base num concurso público, transparente e não discriminatório; e isto na medida em que, segundo entendemos, um tal procedimento significa excluir a concessão de compensações extra a favor das empresas encarregues da gestão dos serviços de interesse geral.

57. Todavia, a prática da Comissão foi posta em causa por uma jurisprudência recente do Tribunal de Primeira Instância, iniciada com o acórdão FFSA, relativo a uma decisão da Comissão que tinha excluído a natureza de auxílio de certos desagravamentos fiscais concedidos aos serviços postais franceses para compensar os custos suplementares de serviço público. Nessa decisão, de facto, o Tribunal de Primeira Instância inverteu a posição da Comissão, ao concluir que as medidas em questão constituíam, de qualquer forma, auxílios de Estado, ainda que pudessem ser declaradas compatíveis com o mercado comum nos termos do artigo 90.º, n.º 2, do Tratado²⁸. A mesma posição foi seguida no acórdão SIC/Comissão²⁹, relativa ao financiamento da televisão pública portuguesa, no qual o Tribunal de Primeira Instância declarou que «o facto de as autoridades públicas concederem uma vantagem financeira a uma empresa para compensar o custo das obrigações de serviço público pretensamente assumidas por essa empresa é irrelevante para efeitos de qualificação de tal medida de auxílio na acepção do n.º 1 do artigo 92.º do Tratado»³⁰.

58. A referida orientação do Tribunal de Primeira Instância foi fundamentada, em especial, na consideração de que «o artigo 92.º, n.º 1, não faz a distinção segundo as causas ou os objectivos das intervenções estatais, mas define-as em função dos seus efeitos», com a consequência de que «o conceito de auxílio é, assim, um conceito objectivo e função da mera questão de saber se uma medida estatal confere ou não

um benefício a uma ou a certas empresas»³¹. Portanto, segundo esta jurisprudência, o facto de determinadas vantagens financeiras serem concedidas para compensar os custos suplementares de serviço público representa simplesmente a causa ou o objectivo da medida em questão, não incidindo sobre os efeitos da mesma e, por este motivo, irrelevante para efeitos da sua objectiva qualificação como auxílio.

59. Ainda que sem subestimar a importância desta jurisprudência, o Governo francês e a ACOSS sublinham, apesar de tudo, que a mesma não foi confirmada pelo Tribunal de Justiça³². Pelo contrário, as duas partes citam um acórdão anterior do Tribunal de Justiça, o acórdão ADBHU³³, do qual se pode inferir que as compensações pelos custos indevidos de serviço público não constituem auxílio de Estado. Nesse processo, com efeito, chamado a pronunciar-se sobre a compatibilidade com os artigos 92.º e seguintes do Tratado, de uma directiva que autorizava os Estados-Membros a pagar uma indemnização às empresas encarregues do serviço de recolha e/ou tratamento de óleos usados³⁴, o Tribunal de Justiça observou que: «a Comissão e o Conselho argumentam justamente nas suas observações que não se trata, no caso dos autos, de auxílios na acepção dos artigos 92.º e seguintes do Tratado CEE, mas de preços que representam a contrapartida das prestações efectuadas pelas empresas de

31 — Acórdão SIC/Comissão, já referido, n.º 83.

32 — Estas partes sublinham, a este respeito, que o recurso interposto do acórdão FFSA foi rejeitado por despacho de 25 de Março de 1998 (C-174/97 P, Colect., p. I-1303), sem que o Tribunal de Justiça se tenha expressamente pronunciado sobre o ponto em causa.

33 — Acórdão de 7 de Fevereiro de 1985 (240/83, Recueil, p. 531).

34 — Directiva 75/439/CEE do Conselho, de 16 de Junho de 1975, relativa à eliminação dos óleos usados (JO L 194, p. 23; EE 15 FI p. 91).

28 — Acórdão já referido, n.º 172.

29 — Acórdão de 10 de Maio de 2000 (T-46/97, Colect., p. II-2125).

30 — N.º 84.

recolha ou de eliminação»³⁵. Isto quereria dizer, de acordo com a França e a ÁCOSS, que as compensações financeiras dos custos de serviço público, não constituem auxílios de Estado, mas a simples contrapartida de serviços prestados à colectividade.

60. A questão é, evidentemente, muito delicada. Temos, todavia, a impressão de que, mesmo sem querer dar ao acórdão ADBHU um peso determinante, existem argumentos válidos para excluir a natureza de auxílio das medidas públicas exclusivamente destinadas a compensar o custo líquido adicional, decorrente do cumprimento de uma missão de interesse geral. Em particular, parece-nos decisivo o facto de essas medidas não conferirem uma real vantagem à empresa encarregue da missão de interesse geral e de, portanto, não serem idóneas para alterar as condições de concorrência.

61. Com efeito, parece-nos claro que, se o Estado impõe determinadas obrigações de serviço público a uma empresa, a cobertura dos custos suplementares derivados do cumprimento dessas obrigações não confere qualquer vantagem à empresa em questão, mas serve para evitar uma injustificada situação de desvantagem em relação aos seus concorrentes. Ou seja, não se podem considerar separadamente a imposição da obrigação e a concessão da compensação, dado que se trata de duas faces de uma mesma intervenção pública, destinada, no seu todo, a garantir a satisfação de interesses de primordial importância para a colectividade. Se assim é, então, é necessário concluir que, na hipó-

tese considerada, a intervenção das autoridades públicas acaba por ser economicamente neutra para a empresa interessada, uma vez que ela não obtém uma vantagem, nem uma desvantagem. Isto prova que, maugrado as diferentes apreciações do acórdão SIC já referido, a necessidade de compensar os custos suplementares de serviço público não se limita a representar a causa ou o objectivo das medidas em exame, mas também se reflecte necessariamente nos efeitos das mesmas, uma vez que torna economicamente neutra a intervenção pública e evita que a mesma possa produzir injustificadas distorções de concorrência.

62. Assim sendo, uma alteração das normais condições de concorrência só será possível, no caso de compensações que excedam o custo suplementar líquido resultante do cumprimento das obrigações de serviço público. Nessa hipótese, de facto, a intervenção estatal contém um elemento de auxílio, igual ao montante que excede o custo suplementar resultante das obrigações de serviço público, na medida em que confere uma vantagem injustificada à empresa interessada e pode, portanto, provocar distorções de concorrência no mesmo mercado caracterizado pelas obrigações de serviço público ou, por via de subsídios cruzados, noutros mercados em que opere a dita empresa.

63. Em conclusão, consideramos que as medidas públicas estritamente necessárias para compensar o custo suplementar líquido derivado do cumprimento de obrigações de serviço público não constituem auxílios de Estado na acepção do arti-

35 — N.º 18.

go 92.º, n.º 1, do Tratado. Com a consequência de, no caso concreto, se dever excluir a natureza de auxílio da medida controvertida, se o juiz nacional estabelecer que o benefício que deriva para os grossistas-distribuidores da não imposição da contribuição controvertida, respeita o critério da proporcionalidade várias vezes enunciado, isto é, que não exceda o que é estritamente necessário para compensar os custos suplementares líquidos por eles suportados para cumprir as obrigações de serviço público que lhes são impostas.

Quanto à segunda questão: a aplicação da derrogação do artigo 90.º, n.º 2, do Tratado

64. Para a hipótese de a medida controvertida ser qualificada de auxílio de Estado, o juiz nacional pergunta, através da segunda questão prejudicial, se os grossistas-distribuidores podem ser considerados como encarregados da gestão de um serviço de interesse económico geral, na acepção do artigo 90.º, n.º 2, do Tratado; e se, para poder beneficiar da derrogação prevista na referida disposição, o auxílio que lhes for concedido se deve limitar a compensar as despesas suplementares resultantes das obrigações de serviço público.

65. Tendo já excluído que a medida em exame, enquanto destinada a compensar os custos suplementares de serviço público, constitua um auxílio, examinaremos esta segunda questão unicamente a título subsidiário, remetendo, sempre que possível,

para as observações já formuladas nos parágrafos que precedem.

66. Devemos, em primeiro lugar, salientar que os grossistas-distribuidores são, sem qualquer dúvida, responsáveis pela gestão de um serviço de interesse económico geral, na acepção do artigo 90.º, n.º 2, do Tratado. Sobre este ponto, é suficiente remeter para o que dissemos mais acima (n.ºs 51 e 52) relativamente, por um lado, à autonomia dos Estados-Membros para definir a missão que eles entendam confiar a determinadas empresas, por outro, às obrigações de serviço público impostas aos grossistas-distribuidores para garantir sempre um adequado aprovisionamento de remédios à totalidade da população.

67. Já dissemos, além do mais, que o cumprimento destas obrigações de serviço público comporta para os grossistas-distribuidores um custo indevido que eles não teriam que suportar na ausência das mesmas. Dissemos também que, segundo o recente acórdão FFSA, as medidas estatais destinadas a compensar tais custos de serviço público, mesmo que possam ser consideradas auxílios, podem justificar-se com base na derrogação do artigo 90.º, n.º 2, do Tratado. Segundo o Tribunal de Primeira Instância, com efeito, «a sua concessão é susceptível, nos termos do artigo 90.º, n.º 2, do Tratado, de escapar à proibição do seu artigo 92.º, desde que o auxílio em questão vise apenas compensar os custos suplementares provocados pelo cumprimento da missão especial que

incumbe à empresa responsável pela gestão de um serviço de interesse económico geral e a sua concessão seja necessária para que a empresa possa garantir as suas obrigações de serviço público em condições de equilíbrio económico»³⁶.

68. Assim, se o Tribunal de Justiça quisesse seguir a tese do Tribunal de Primeira Instância, qualificando as compensações de custos suplementares de serviço público como auxílios de Estado, deveria logicamente admitir que esse auxílio pode ser compatível com o mercado comum, com base na derrogação do artigo 90.º, n.º 2. Naturalmente, o Tribunal de Justiça poderá proceder directamente à verificação da existência das concretas condições requeridas para tal fim, já referidas, se dispuser de todos os elementos necessários. Caso contrário, a verificação poderá ser confiada ao juiz nacional, tanto mais que, como o artigo 90.º, n.º 2, é directamente aplicável, esse juiz é competente para aplicar a derrogação.

A questão da legalidade da medida controvertida

69. Uma vez expostos os termos e as soluções possíveis das duas primeiras questões prejudiciais, devemos agora regressar à questão já anunciada, da pretensa ilegalidade da medida controvertida, em virtude do facto de a mesma não ter sido notificada à Comissão, em violação do artigo 93.º, n.º 3, do Tratado. Como se recordará, com efeito, o recurso da Ferring assenta preci-

samente nessa violação e é precisamente sobre esta base que, no acórdão já várias vezes citado, o Tribunal des affaires de sécurité sociale de Lyon declarou a contribuição controvertida ilegal, sem mesmo se dirigir ao Tribunal de Justiça. Pelo contrário, o Governo francês e a ACOSS consideram que, ainda que a contribuição controvertida fosse qualificada de auxílio de Estado, a aplicação da derrogação do artigo 90.º, n.º 2, do Tratado faria, de qualquer modo, desaparecer o seu carácter ilegal, com a consequência de que não deveria ser ordenada a restituição das somas pagas a esse título por um laboratório farmacêutico.

70. Convém, pois, esclarecer quais as consequências resultantes da falta de notificação de uma medida estatal e, em especial, se essa falta implica em todos os casos a ilegalidade da medida ou se as suas consequências podem ser moduladas em função das diversas qualificações que a medida pode receber nestes casos: «não auxílio», «auxílio não coberto pela derrogação do artigo 90.º, n.º 2, do Tratado» ou «auxílio compatível em virtude do artigo 90.º, n.º 2».

71. Começaremos por observar que, a acolher-se a tese, também possível e igualmente apresentada pelo juiz de reenvio, segundo a qual a medida controvertida não é de modo nenhum um auxílio de Estado, o problema da legalidade dessa medida seria evidentemente eliminado à partida, porque

36 — N.º 178.

não existe nessa hipótese nenhuma obrigação de notificação prévia.

compensar o custo adicional líquido suportado pelos grossistas-distribuidores pelo cumprimento das obrigações de serviço público que lhes são impostas.

72. A solução seria igualmente simples, no caso de o Tribunal de Justiça considerar que a medida controvertida não pode ser justificada com base na derrogação do artigo 90.º, n.º 2, do Tratado. Neste caso, com efeito, mesmo que a medida pudesse, teoricamente, ser declarada compatível com base na derrogação do artigo 92.º do Tratado, constituiria, de qualquer forma, um auxílio ilegal, na medida em que foi posta em prática sem autorização prévia da Comissão. De facto, a jurisprudência comunitária esclareceu que «a validade dos actos de execução de medidas de auxílio é afectada pela inobservância, pelas autoridades nacionais, do n.º 3, último período, do artigo 93.º do Tratado» e que uma eventual decisão de compatibilidade com base na derrogação do artigo 92.º do Tratado «não pode ter como consequência sanar, *a posteriori*, os actos de execução que eram inválidos por terem sido adoptados com inobservância da proibição contida nesse artigo»³⁷.

74. Na opinião da Comissão, estando-se nesse caso na presença de auxílios, a França teria, de qualquer forma, violado a obrigação de notificação prévia prevista no artigo 93.º, n.º 3, do Tratado, uma vez que, nem mesmo a aplicação da derrogação do artigo 90.º, n.º 2, assim como acontece para os auxílios declarados compatíveis de acordo com o artigo 90.º do Tratado, poderia cancelar retroactivamente a violação daquela obrigação. Deve-se daí deduzir — parece-nos — que a medida controvertida, ainda que justificada pela exigência de compensar os custos suplementares de serviço público, deveria, apesar de tudo, ser considerada como um auxílio ilegal, com todas as consequências que daí possam derivar, especialmente, no que diz respeito à sua recuperação.

73. Dúvidas surgiriam, ao invés, caso o Tribunal de Justiça concluísse que a medida controvertida constituía efectivamente um auxílio, mas que não podia ser justificado com base na derrogação do artigo 90.º, n.º 2, do Tratado; e se estabelecesse também, evidentemente, que as autoridades francesas se limitaram, efectivamente, a

75. A este propósito, a Comissão cita o recente acórdão CELF³⁸, no qual o Tribunal de Justiça determinou, precisamente, que também os auxílios cobertos pela derrogação do artigo 90.º, n.º 2, devem ser objecto de uma notificação prévia. O que constituiria, sempre na opinião da Comissão, a aplicação ao caso em apreço da conhecida jurisprudência Salmão, segundo a qual «a validade dos actos de execução de medidas de auxílio é afectada pela inobservância, pelas autoridades naci-

37 — Acórdão Salmão, já referido, n.ºs 12 e 16.

38 — Acórdão de 22 de Junho de 2000, França/Comissão (C-332/98, Colect., p. I-4833).

onais, do n.º 3, último período, do artigo 93.º do Tratado. Os órgãos jurisdicionais nacionais devem garantir aos particulares que possam invocar essa inobservância que todas as consequências serão daí retiradas, em conformidade com o direito nacional, quer no que diz respeito à validade dos actos de execução das medidas de auxílio, quer à restituição dos apoios financeiros concedidos em violação dessa disposição ou de eventuais medidas provisórias»³⁹.

76. Parece-nos todavia que, as deduções que a Comissão tira da jurisprudência Salmão no que respeita às hipóteses contempladas pelo artigo 90.º, n.º 2, do Tratado, não são as únicas possíveis e que, sobretudo, ao respeitarem uma aparente ortodoxia, essas hipóteses, por um lado, escondem a diversidade das situações, e por outro, acabam por estar ligadas, sem que exista uma efectiva e justificada exigência,

39 — Acórdão já referido, n.º 12; no mesmo sentido, ver também o acórdão de 11 de Julho de 1996, SFEI e o. (C-39/94, Colect., p. I-3547, n.º 67). Em apoio da referida tese, a Comissão cita também as conclusões do advogado-geral La Pergola no processo CELF, nas quais afirma que «a excepção do artigo 90.º, n.º 2, não pode, em caso algum, ser legitimamente invocada por um Estado-Membro em relação a um auxílio não notificado — ainda que o mesmo acabe por ser declarado compatível com o mercado comum — para eliminar o carácter ilegal à execução da medida e aos efeitos que, nas ordens jurídicas nacionais, directamente decorrem da violação do artigo 93.º, n.º 3, do Tratado. Não é necessário recordar que auxílio algum pode ser considerado legalmente instituído se não tiver sido precedido do procedimento de análise prévia, no âmbito da competência exclusiva da Comissão, previsto no artigo 93.º (n.º 19)».

consequências frequentemente excessivas, à violação de uma obrigação de alcance essencialmente formal, como é o da notificação da medida em questão.

77. Com efeito, observamos antes de mais que, no caso do acórdão Salmão, estavam em causa disposições privadas de efeito directo nos Estados-Membros (em especial as derrogações do artigo 92.º do Tratado) e que, por isso e enquanto tal, *não atribuem ao juiz nacional competência para apreciar directamente a eventual compatibilidade dos auxílios com o mercado comum*. A conclusão a que a Comissão chegou naquele processo, fundava-se assim, precisamente, neste critério e, portanto, sobre o facto de a *aplicação das derrogações previstas no artigo 92.º do Tratado resultar exclusivamente da apreciação discricionária da Comissão*, ao passo que os juízes nacionais apenas podem verificar o respeito das obrigações de notificação prévia previstas nos artigos 93.º, n.º 3, do Tratado, enquanto norma também essa directamente aplicável⁴⁰. Em suma, parece-nos que a jurisprudência Salmão encontra a sua

40 — De facto, o Tribunal de Justiça sublinhou «que a função principal e exclusiva reservada à Comissão pelos artigos 92.º e 93.º do Tratado, relativamente ao reconhecimento da eventual incompatibilidade de um auxílio com o mercado comum, é fundamentalmente diferente da que cabe aos órgãos jurisdicionais nacionais quanto à protecção dos direitos conferidos aos particulares pelo efeito directo da proibição estabelecida no último período do artigo 93.º, n.º 3, do Tratado. Enquanto a Comissão deve apreciar a compatibilidade do auxílio projectado com o mercado comum, mesmo nos casos em que o Estado-Membro desrespeite a proibição de pôr em execução medidas de auxílio, os órgãos jurisdicionais nacionais apenas protegem, até à decisão final da Comissão, os direitos dos particulares face a uma eventual inobservância pelas autoridades estatais, da proibição contida no artigo 93.º, n.º 3, último período, do Tratado. Quando os referidos órgãos jurisdicionais tomam uma decisão a esse respeito, não se pronunciam sobre a compatibilidade das medidas de auxílio com o mercado comum, sendo essa apreciação final da competência exclusiva da Comissão, sob a fiscalização do Tribunal de Justiça» (n.º 14).

lógica e coerente explicação no facto de a Comissão ter competência exclusiva para decidir, discricionariamente e com eficácia constitutiva, sobre a compatibilidade dos auxílios com base na derrogação do artigo 92.º do Tratado. Se, e até quando, a Comissão não decidir autorizá-los, os auxílios são incompatíveis com o mercado comum, com a consequência de aqueles que foram pagos antes da autorização da Comissão serem, de qualquer forma, ilegais. Foi, pois, por estas razões, que o Tribunal de Justiça oportunamente concluiu, como se viu, que a autorização «não pode ter como consequência sanar, *a posteriori*, os actos de execução que eram inválidos por terem sido adoptados com inobservância da proibição contida» no artigo 93.º, n.º 3, do Tratado⁴¹.

78. No caso que aqui interessa, a situação é muito diferente, porque a derrogação do artigo 90.º, n.º 2, é directamente aplicável⁴². Isto resulta de uma consolidada jurisprudência do Tribunal de Justiça, o qual por diversas vezes esclareceu que os juízes nacionais são competentes para verificar se a derrogação em questão pode consentir a atribuição a determinadas empresas de direitos especiais ou exclusivos em violação das disposições conjugadas dos artigos 90.º, n.º 1, e 86.º do Tratado CE

(actuais artigos 86.º, n.º 1, e 82.º CE)⁴³, ou se a mesma pode justificar uma regulamentação nacional contrária ao princípio da livre circulação dos serviços prevista pelo artigo 59.º do Tratado⁴⁴.

79. De resto, parece-nos que existem razões válidas para excluir essa competência dos juízes nacionais quando se trata de justificar a concessão de auxílios destinados a compensar os custos suplementares de serviço público suportados por determinadas empresas. De facto, nem mesmo em tal hipótese, a aplicação da derrogação do artigo 90.º, n.º 2, comporta específicas apreciações de carácter discricionário da parte da Comissão⁴⁵, porque se trata, pelo contrário, de efectuar uma simples verificação factual sobre a ausência de compensações injustificadas; e os juízes nacionais estão, sem qualquer dúvida, em posição de verificar — de acordo com o acórdão FFSA e o./Comissão — se «o auxílio em questão visa apenas compensar os custos suplementares provocados pelo cumprimento da missão especial que incumbe à empresa responsável pela gestão de um serviço de

41 — N.º 16.

42 — Sobre este ponto, ver as conclusões do advogado-geral Tesouro no processo Rendo e o./Comissão (acórdão de 19 de Outubro de 1995, C-19/93 P, Colect. 1995, p. I-3319, n.º 38), onde se determina que «o Tribunal de Justiça já por mais de uma vez se pronunciou no sentido de que os juízes nacionais são competentes para avaliar se os comportamentos anticoncorrenciais de uma empresa encarregada da gestão de um serviço de interesse económico geral podem ser justificados pelas atribuições específicas conferidas à empresa».

43 — V., por exemplo, acórdãos de 18 de Junho de 1991, ERT (C-260/89, Colect., p. I-2925); de 19 de Maio de 1993, Corbeau (C-320/91, Colect., p. I-2533); de 18 de Junho de 1998, Corsica Ferries France (C-266/96, Colect., p. I-3949), e de 10 de Fevereiro de 2000, Deutsche Post (C-147/97 e C-148/97, Colect., p. I-825).

44 — V. acórdãos Corsica Ferries France, já referido, n.º 59, e Deutsche Post, já referido, n.ºs 54 e 55.

45 — Sem prejuízo, evidentemente, do poder da Comissão de excluir em casos particulares a aplicação da derrogação, com base na última frase do artigo 90.º, n.º 2: «O desenvolvimento das trocas comerciais não deve ser afectado de maneira que contrarie os interesses da Comunidade». Esse poder mantêm-se também, todavia, nos casos em que a derrogação em questão é invocada para justificar uma violação dos artigos 86.º e 90.º, n.º 1, do Tratado: o que, como se viu, não impediu o Tribunal de Justiça de afirmar a eficácia directa da derrogação.

interesse económico geral e se a sua concessão é necessária para que a empresa possa garantir as suas obrigações de serviço público em condições de equilíbrio económico»⁴⁶.

80. Mas se assim é, não existem razões para obrigar o juiz nacional a declarar a ilegalidade dos auxílios que ele próprio considera compatíveis com o mercado comum, na acepção do artigo 90.º, n.º 2, pelo simples facto de os referidos auxílios serem postos em prática na falta de notificação prévia da Comissão em aplicação do artigo 93.º, n.º 3, do Tratado. Com efeito, na medida em que se encontrem preenchidas as condições da derrogação, os auxílios são *de iure* compatíveis com o mercado comum, sem que seja necessário para esse fim uma decisão de autorização da Comissão. Por outro lado, mesmo que, seguidamente, viesse a ser proferida uma decisão que estabelecesse a compatibilidade desses auxílios, em aplicação do artigo 90.º, n.º 2, a mesma teria um mero valor declarativo, uma vez que se limitaria a constatar que as autoridades não aplicaram de maneira abusiva a derrogação em questão.

81. Assim, na abordagem aqui delineada, a notificação nos termos do artigo 93.º, n.º 3, dos auxílios em causa, não tem por função permitir à Comissão o exercício de um poder discricionário que é da sua

exclusiva competência, como quando se trata de aplicar a derrogação prevista no artigo 92.º Ao invés, tem como único objectivo informar a Comissão no sentido de lhe permitir verificar atempadamente, se os auxílios são efectivamente concedidos para compensar os custos suplementares de serviço público e se a compensação não excede o que é estritamente necessário para esse fim. Mas precisamente porque neste caso a notificação prévia não se encontra ligada à concessão de uma autorização discricionária, a sua eventual omissão representaria antes, uma violação autónoma das regras processuais, mas não teria como consequência automática tornar ilegal os auxílios que efectivamente resultassem *ab origine* compatíveis com o mercado comum, com base no artigo 90.º, n.º 2. Como tal, portanto, a mesma poderia ser eventualmente condenável através do competente processo de infracção; como ocorre, por exemplo, no caso de falta ou tardia comunicação da transposição de uma directiva.

82. Mas parece-nos também oportuno sublinhar, que a solução proposta não acarretaria qualquer enfraquecimento do controlo comunitário nesta matéria. Com efeito, a ilegalidade dos auxílios deveria ser excluída somente quando resultasse provado, perante o juiz nacional, que os mesmos são atribuídos a empresas encarregues de uma missão de interesse económico geral, nos termos do artigo 90.º, n.º 2, e não ultrapassam o que é estritamente necessário para compensar os custos suplementares derivados do cumprimento dessa missão. Quando pelo contrário, resultassem sobrecompensações, a parte do auxílio

46 — Acórdão já referido, n.º 178.

que excedesse o custo adicional líquido do serviço público, deveria evidentemente ser declarada ilegal, na medida em que não se encontraria coberta pela derrogação do artigo 90.º, n.º 2, do Tratado.

83. Por outro lado, entende-se que se as autoridades nacionais (incluindo as autoridades jurisdicionais) aplicassem a derrogação em questão a auxílios que, na realidade, dela não podem beneficiar, a Comissão poderia sempre exercer os poderes que lhe são reconhecidos pelo Tratado, para restabelecer o respeito pelo direito comunitário, incluindo o de adoptar medidas provisórias nos termos da jurisprudência Boussac⁴⁷. O que nos parece, pelo contrário, muito discutível, mesmo no plano da racionalidade e da coerência do sistema, é que um simples vício de forma obrigue o juiz nacional a declarar ilegais os auxílios que ele mesmo (talvez depois de ter pedido esclarecimentos à Comissão, ou mesmo depois de uma decisão desta última), julgou desde o início compatíveis com o mercado comum, por serem necessárias para assegurar os serviços públicos de primeira necessidade para a colectividade.

84. Em conclusão, pensamos poder dizer que se o Tribunal de Justiça qualificasse a medida controvertida de auxílio susceptível de ser justificado com base na derrogação do artigo 90.º, n.º 2, do Tratado e o juiz nacional estabelecesse no plano factual que as autoridades francesas se limitaram a compensar o custo adicional líquido suportado pelos grossistas-distribuidores com o

cumprimento das obrigações de serviço público que lhes são impostas, os auxílios em questão não poderiam ser considerados ilegais pelo simples facto de não terem sido previamente notificados à Comissão, nos termos do artigo 93.º, n.º 3, do Tratado.

Quanto à terceira questão: a compatibilidade da Lei de 19 de Dezembro de 1997 com o artigo 59.º do Tratado

85. Por fim, através da terceira questão prejudicial, o juiz *a quo* pergunta se o artigo 59.º do Tratado se opõe a uma legislação nacional do tipo da que foi introduzida pela Lei de 19 de Dezembro de 1997. Essencialmente, deseja saber se o facto de impor a contribuição controvertida pode constituir um obstáculo à actividade dos laboratórios farmacêuticos estabelecidos nos outros Estados-Membros, que pretendam comercializar, em França, em regime de prestação de serviços, os medicamentos por eles produzidos.

86. A questão, de acordo com o que conseguimos perceber, tem origem no argumento da Ferring segundo o qual, em consequência do sistema francês em discussão, aqueles laboratórios se encontram sujeitos, tanto às obrigações de serviço público, como à contribuição controvertida, o que acarretaria uma restrição injustificada, ao seu exercício da livre prestação de serviços e, portanto, uma violação do artigo 59.º do Tratado.

47 — Acórdão de 14 de Fevereiro de 1990, França/Comissão (301/87, Colect., p. I-307, n.º 18 a 20).

87. A tese da Ferring é, todavia, contestada pela ACOSS, a qual objecta que, na realidade, os laboratórios farmacêuticos estabelecidos noutros Estados-Membros, estariam exclusivamente obrigados — como os laboratórios franceses — ao pagamento da contribuição controvertida, sem ter que assumir as obrigações de serviço público impostas aos grossistas-distribuidores.

88. Dizemos de seguida que o debate se desenrolou, aliás rapidamente, em relação a um quadro normativo que era e continua a ser muito incerto. No caso concreto, não vemos contudo a necessidade de aprofundar aqui os seus termos, pela simples razão de que, em minha opinião, não estão preenchidas as condições de aplicação do artigo 59.º do Tratado. Deve-se ter em conta — e a observação foi também muitas vezes posta em causa — que a Ferring é uma sociedade de direito francesa que desenvolve a sua própria actividade em França, mas não, obviamente, em regime de livre prestação de serviços; não podia, portanto, ser prejudicada pelos eventuais obstáculos criados pela legislação francesa, aos laboratórios farmacêuticos estabelecidos noutros Estados-Membros.

89. Nem nos parece relevante, para efeitos do presente processo, o facto de a Ferring fazer parte de um grupo multinacional e distribuir produtos farmacêuticos na Alemanha. Do ponto de vista da liberdade de

prestação de serviços, de facto, este dado não altera a conclusão a que chegámos mais acima, uma vez que, estando estabelecida em França, a Ferring não está sujeita às obrigações de serviço público que alegadamente incidem (juntamente com a contribuição controvertida) sobre os laboratórios farmacêuticos estabelecidos noutros Estados-Membros.

90. Também não pode ser aceite a objecção da Ferring, segundo a qual a filial alemã do grupo poderia decidir vender directamente os seus produtos em França, se a legislação daquele país não criasse um obstáculo à livre circulação de serviços. Com efeito, é demasiadamente evidente que esta mera eventualidade não pode *per se* legitimar a filial francesa do grupo a invocar em juízo uma disposição comunitária manifestamente inaplicável ao factos da causa. A situação poderia eventualmente ser pertinente na perspectiva das disposições comunitárias sobre a livre circulação de mercadorias, disposições que, contudo, não foram invocadas no despacho de reenvio, mas somente invocadas de passagem pela Comissão ⁴⁸.

48 — A Comissão considera, em especial, que as disposições sobre a livre circulação de mercadorias não se opõem a uma medida nacional como aquela aqui em causa, assim como, sempre segundo a Comissão, à mesma não se opõem disposições comunitárias sobre o direito de estabelecimento.

Conclusões

À luz das considerações que precedem, sugerimos que o Tribunal de Justiça responda às questões prejudiciais submetidas pelo Tribunal des affaires de sécurité sociale du Val-de-Marne nos seguintes termos:

«1) A contribuição instituída pelo artigo L. 245-6-1 do code de la sécurité sociale, unicamente sobre as vendas directas realizadas pelos laboratórios farmacêuticos, deve ser considerada um auxílio de Estado aos grossistas-distribuidores, quando resulte que o benefício que retirem da não imposição da contribuição excede o estritamente necessário para compensar o custo adicional líquido suportado pelo cumprimento das obrigações de serviço público que lhes são impostas.

A título subsidiário, se o Tribunal de Justiça considerasse que essa medida constitui, de qualquer modo, um auxílio de Estado, a mesma seria, apesar de tudo, compatível com o mercado comum nos termos do artigo 90.º, n.º 2, do Tratado CE (actual artigo 86.º CE), quando resultasse que é estritamente necessária para compensar o custo adicional líquido suportado pelos grossistas-distribuidores, para o cumprimento das obrigações de serviço público que lhes são impostas.

Nesta hipótese, a falta de notificação do auxílio em conformidade com o artigo 93.º, n.º 3, do Tratado CE (actual artigo 88.º CE) não acarreta a sua ilegalidade.

2) O artigo 59.º do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 49.º CE) não se aplica no caso de uma sociedade estabelecida num Estado-Membro, que não opera nesse Estado em regime de livre circulação de serviços.»