

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
PHILIPPE LÉGER

apresentadas em 14 de Janeiro de 2003¹

1. Por despacho de 18 de Junho de 2002, o Tribunal de Justiça ordenou a reabertura da fase oral no presente processo.

2. Nesse despacho, o Tribunal de Justiça referiu que o acórdão de 22 de Novembro de 2001, Ferring², foi proferido depois das alegações das partes e pode ter incidência na resposta a dar às questões prejudiciais apresentadas pelo Bundesverwaltungsgericht (Alemanha). O Tribunal de Justiça refere também que o acórdão Ferring foi objecto de discussão nas conclusões que apresentei em 19 de Março de 2002 no presente processo, bem como nas conclusões apresentadas pelo advogado-geral F. G. Jacobs no processo GEMO³.

3. Assim, o Tribunal de Justiça marcou uma nova audiência para as partes no processo principal, os Estados-Membros, a Comissão e o Conselho a tomarem posição sobre o âmbito do acórdão Ferring. Pediu aos intervenientes que se pronuncias-

sem sobre a questão de saber se — e segundo que critérios — uma vantagem financeira concedida pelas autoridades de um Estado-Membro para compensar o custo das obrigações de serviço público que impõem a uma empresa deve ser qualificada de auxílio de Estado na acepção do artigo 92.º, n.º 1, do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 87.º, n.º 1, CE).

4. A questão do regime comunitário aplicável ao financiamento dos serviços públicos é objecto de várias tomadas de posição no plano político⁴. Foi também objecto de um debate entre os advogados-gerais do

1 — Língua original: francês.

2 — C-53/00, Colect., p. I-9067 (a seguir «acórdão Ferring»).

3 — Conclusões apresentadas em 30 de Abril de 2002 (processo C-126/01, acórdão de 20 de Novembro de 2003, ainda não publicado na Colectânea).

4 — V., nomeadamente, as conclusões da Presidência do Conselho Europeu de Nice de 7, 8 e 9 de Dezembro de 2000 (n.º 47); conclusões da Presidência do Conselho Europeu de Laeken de 14 e 15 de Dezembro de 2001 (n.º 26); conclusões da Presidência do Conselho Europeu de Barcelona de 15 e 16 de Março de 2002 (n.º 42); conclusões da Presidência do Conselho Europeu de Sevilha de 21 e 22 de Junho de 2002 (n.º 54); comunicação da Comissão sobre os serviços de interesse geral na Europa (JO 2001, C 17, p. 4); relatório da Comissão, de 17 de Outubro de 2001, sobre os serviços de interesse geral para o Conselho Europeu de Laeken [COM (2001) 598 final]; comunicação da Comissão relativa à aplicação aos serviços públicos de radiodifusão das regras relativas aos auxílios de Estado (JO 2001, C 320, p. 5); relatório da Comissão, de 16 de Junho de 2002, relativo à situação dos trabalhos relativos às linhas orientadoras relativas aos auxílios de Estado ligados aos serviços de interesse económico geral [COM (2002) 280 final]; e relatório da Comissão, de 27 de Novembro de 2002, relativo à situação dos trabalhos relativos às linhas orientadoras respeitantes aos auxílios de Estado ligados aos serviços de interesse económico geral [COM (2002) 636 final].

Tribunal de Justiça⁵ bem como na doutrina⁶. Essas diferentes tomadas de posição são conhecidas, de modo que é inútil recordá-las. Pelo contrário, antes de completar as minhas conclusões de 19 de Março de 2002, apresentarei resumidamente as teses expostas pelas partes intervenientes.

I — As teses expostas pelas partes intervenientes

5. Além das partes no processo principal, intervieram seis Estados-Membros na audiência de reabertura. Trata-se da República Federal da Alemanha, do Reino da

5 — V. conclusões do advogado-geral A. Tizzano no processo Ferring; as minhas conclusões apresentadas em 19 de Março de 2002 no presente processo (n.ºs 54 a 98); conclusões do advogado-geral F. G. Jacobs no processo GEMO, já referido na nota 3, *supra* (n.ºs 87 a 132); e as conclusões da advogada-geral C. Stix-Hackl no processo Enirisorse (C-34/01 a C-38/01, acórdão de 27 de Novembro de 2003, ainda não publicado na Colectânia, n.ºs 138 a 165).

6 — Em relação às tomadas de posição posteriores ao acórdão Ferring, v. Alexis, A., «Services publics et aides d'État», na *Revue du droit de l'Union européenne*, 2002/1 (p. 63); Grespan, D., «An example of the application of State aid rules in the utilities sector in Italy», na *Competition Policy Newsletter*, n.º 3 — Outubro 2002 (p. 17); Gundel, J., «Staatliche Ausgleichszahlungen für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse: Zum Verhältnis zwischen Artikel 86 Absatz 2 EGV und dem EG-Beihilfenrecht», no *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 3/2002 (p. 222); Nettesheim, M., «Europäische Beihilfeaufsicht und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge», no *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*, 6/2002 (p. 253); Nicolaidis, P., «Distortive effects of compensatory aid measures: a note on the economics of the Ferring Judgment», na *European Competition Law Review*, 2002 (p. 313); Nicolaidis, P., «The new frontier in State aid control. An economic assessment of measures that compensate enterprises», na *Intereconomics*, vol. 37, n.º 4, 2002 (p. 190); e Rizza, C., «The financial assistance granted by Member States to undertakings entrusted with the operation of a service of general economic interest: the implications of the forthcoming Altmarm Judgment for future State aid control policy», a publicar no *The Columbia Journal of European Law*, 2003.

Dinamarca, do Reino de Espanha, da República Francesa, do Reino dos Países Baixos e do Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte. A Comissão também apresentou observações. Pelo contrário, o Conselho não interveio.

6. Os debates efectuados no Tribunal de Justiça permitem reagrupar os intervenientes em duas categorias distintas.

7. O primeiro grupo de intervenientes é composto pela Altmarm Trans GmbH, pelo Regierungspräsidentium Magdeburg, pela República Federal da Alemanha, pela República Francesa e pelo Reino de Espanha. Estes intervenientes propõem ao Tribunal de Justiça que confirme a tese compensatória⁷ retirada do acórdão Ferring. Segundo essa tese, o financiamento estatal dos serviços públicos só constitui um auxílio na acepção do artigo 92.º, n.º 1, do Tratado, se, as vantagens conferidas pelas autoridades públicas excederem o custo ocasionado pela prestação das obrigações de serviço público.

8. Em apoio da sua tese, estes intervenientes alegam essencialmente três séries de

7 — Segundo a expressão utilizada pelo advogado-geral F. G. Jacobs nas suas conclusões no processo GEMO, já referido, na nota 3, *supra* (n.º 95).

argumentos, que podem ser resumidos do seguinte modo ⁸:

— nos termos da jurisprudência, quando um Estado adquire bens (por exemplo computadores) ou serviços (por exemplo, serviços de limpeza), está-se em presença de um auxílio unicamente se, e na medida em que, a remuneração paga pelo Estado exceda o preço do mercado. O mesmo princípio deve aplicar-se quando o Estado adquire serviços que são directamente colocados à disposição da colectividade (isto é, serviços públicos);

— o conceito de auxílio que figura no artigo 92.º, n.º 1, do Tratado aplica-se apenas às medidas que dão uma vantagem financeira a certas empresas. Ora, uma medida estatal que se limita a compensar o custo ligado à prestação de obrigação de serviço público não dá nenhuma vantagem real à empresa beneficiária. Assim, não constitui um auxílio;

— por força do artigo 93.º, n.º 3, do Tratado CE (que passou a artigo 88.º, n.º 3, CE), os Estados-Membros são obrigados a notificar os seus projectos de auxílios e a suspender o pagamento

do auxílio até que a Comissão dê a sua autorização. Estas obrigações poderiam paralisar o funcionamento dos serviços de interesse geral nos Estados-Membros.

9. O segundo grupo de intervenientes é composto pelo Reino da Dinamarca, pelo Reino dos Países Baixos e pelo Reino Unido. Estes intervenientes propõem ao Tribunal de Justiça que adopte a tese desenvolvida pelo advogado-geral F. G. Jacobs nas suas conclusões no processo GEMO ⁹ (a seguir a «tese *quid pro quo*»).

10. Nos termos desta tese, o Tribunal de Justiça faria uma distinção entre duas categorias de situações. Assim, quando existisse uma ligação directa e manifesta entre o financiamento estatal e as obrigações de serviço público claramente definidas, os montantes pagos pelo Estado não constituiriam um auxílio na acepção do artigo 92.º, n.º 1, do Tratado. Pelo contrário, quando essa ligação não existisse ou quando as obrigações de serviço público não estivessem claramente definidas, os montantes pagos pelas autoridades públicas constituiriam auxílios na acepção dessa disposição.

11. A Comissão, por seu turno, não tomou posição sobre a questão. No entanto,

⁸ — Estes argumentos foram já resumidos pelo advogado-geral F. G. Jacobs nas suas conclusões no processo GEMO, já referido, na nota 3, *supra* (n.º 115).

⁹ — Já referido na nota 3 (n.ºs 117 a 129).

assinala-se que, nos processos Ferring¹⁰ e GEMO¹¹, pronunciou-se a favor da tese auxílio de Estado¹². Em virtude desta tese, o financiamento estatal dos serviços públicos constitui um auxílio na acepção do artigo 92.º, n.º 1, do Tratado. Esse auxílio pode, no entanto, ser justificado com fundamento no artigo 90.º, n.º 2, do Tratado CE (que passou a artigo 86.º, n.º 2, CE)¹³.

as teses das partes interveniente. Essas questões são relativas:

— ao critério do investidor privado em economia de mercado;

— ao conceito de «vantagem» no artigo 92.º, n.º 1, do Tratado;

II — Análise

— às obrigações processuais previstas no artigo 93.º, n.º 3, do Tratado; e

12. Nas conclusões que apresentei em 19 de Março de 2002, pronunciei-me a favor da tese auxílio de Estado. Antes de mais, pode ser útil referir que os argumentos apresentados pelas partes intervenientes não são susceptíveis de modificar a minha posição.

— à tese *quid pro quo*.

14. Pelo contrário, não voltarei aos argumentos que desenvolvi nas minhas precedentes conclusões. Assim, peço ao Tribunal de Justiça que as tenha em conta.

13. No caso em apreço, limitar-me-ei, pois, a examinar as novas questões que colocam

10 — V. conclusões do advogado-geral A. Tizzano (n.ºs 18, 74 e 75).

11 — V. conclusões do advogado-geral F. G. Jacobs (n.º 107).

12 — Segundo a expressão utilizada pelo advogado-geral F. G. Jacobs no processo GEMO, já referido, na nota 3, *supra* (n.º 94).

13 — V. acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 27 de Fevereiro de 1997, FFSA e o./Comissão (T-106/95, Colect., p. II-229, n.ºs 164 a 178), e de 10 de Maio de 2000, SIC/Comissão (T-46/97, Colect., p. II-2125, n.ºs 76 a 84).

A — *Quanto ao critério do investidor privado em economia de mercado*

15. O primeiro grupo de intervenientes recorda que, segundo a jurisprudência,

qualquer intervenção estatal não constitui um auxílio na acepção do artigo 92.º, n.º 1, do Tratado. Assim, quando o Estado adquire bens (por exemplo computadores) ou serviços (por exemplo serviços de limpeza), está-se apenas em presença de um auxílio se, e na medida em que, a remuneração paga pelo Estado exceda o preço do mercado.

16. Esses intervenientes consideram que o mesmo princípio deve ser aplicado no domínio dos serviços públicos. Em sua opinião, o financiamento do Estado só deve ser qualificado de auxílio se, e na medida em que, as vantagens conferidas pelas autoridades públicas excederem o custo suportado pela prestação das obrigações de serviço público (quer dizer, o preço normal dos serviços prestados) ¹⁴.

17. A tese dos intervenientes equivale, essencialmente, a transpor o critério do investidor privado para a área do financiamento estatal dos serviços públicos.

18. Sabemos que, na origem, o critério do operador privado ¹⁵ foi desenvolvido pela

Comissão para saber se uma participação do Estado no capital de uma empresa constitui um auxílio na acepção do artigo 92.º, n.º 1 ¹⁶. Por força deste critério, a Comissão considera que essa intervenção não é um auxílio quando as autoridades públicas a efectuam nas mesmas condições que um investidor privado que opera nas condições normais de uma economia de mercado ¹⁷. O Tribunal de Justiça incluiu este critério na sua jurisprudência ¹⁸ e em seguida aplicou-o a outros tipos de medidas estatais. Para apreciar se a medida contém um elemento de auxílio, o Tribunal de Justiça examina, assim, se um operador privado, de dimensão comparável à dos organismos públicos, teria realizado a operação em causa nas mesmas condições.

19. Contrariamente aos intervenientes, penso que este critério não pode ser aplicado ao financiamento estatal dos serviços públicos.

20. Com efeito, resulta da jurisprudência que, no domínio dos auxílios de Estado, o

14 — V. também, neste sentido, acórdão Ferring (n.ºs 26 e 27) e conclusões do advogado-geral F. G. Jacobs no processo GEMO, já referido, na nota 3, *supra* (n.ºs 121 a 123).

15 — Como uma parte da doutrina, penso que o conceito de «operador privado» é mais adequado do que o de «investidor privado». Permite abranger não apenas as operações de investimentos propriamente ditas, mas também os outros tipos de medidas estatais a que se aplica este critério (v. Keppenne, J.-P., *Guide des aides d'État en droit communautaire*, Bruylant, Bruxelas, 1999, n.º 44, nota 93).

16 — V. comunicação da Comissão aos Estados-Membros relativa à participação das autoridades públicas nos capitais das empresas (Bol. CE, 9-1984, n.º 3.5.1).

17 — Comunicação da Comissão aos Estados-Membros relativa à aplicação dos artigos 92.º e 93.º do Tratado CEE e do artigo 5.º da Directiva 80/723/CEE da Comissão às empresas públicas do sector produtivo (JO 1993, C 307, p. 3, n.º 11).

18 — V., nomeadamente, acórdãos de 10 de Julho de 1986, Bélgica/Comissão (234/84, Colect., p. 2263, n.º 14); de 21 de Março de 1990, Bélgica/Comissão, dito «Tubemeuse» (C-142/87, Colect., p. I-959, n.º 26); e de 21 de Março de 1991, Itália/Comissão, dito «Alfa Romeo» (C-305/89, Colect., p. I-1603, n.º 19).

Tribunal de Justiça faz uma distinção entre duas categorias de situações: aquelas em que a intervenção do Estado tem um carácter económico e aquelas em que a intervenção do Estado se insere em actos de poder público.

21. O Tribunal de Justiça só aplica o critério do operador privado na primeira categoria de situações. Estas situações abrangem os casos em que as autoridades públicas participam no capital de uma empresa¹⁹, concedem empréstimos a certas empresas²⁰, prestam uma garantia de Estado²¹, vendem bens ou serviços no mercado²², ou concedem facilidades para o pagamento de cotizações sociais²³ ou para o reembolso de encargos salariais²⁴. Neste tipo de situações, o critério do operador privado é pertinente porque o comportamento do Estado pode ser adoptado, pelo menos, em princípio, por operador privado com fim lucrativo (um investidor, um banco, um garante, uma empresa ou um credor). A aplicação deste critério é justificada pelo princípio da igualdade de

tratamento entre o sector público e o sector privado²⁵, que exige que a intervenção do Estado não seja submetida a um regime mais restrito do que o aplicável às empresas privadas.

22. Ao invés, o critério do operador privado não é pertinente quando a intervenção do Estado não tem qualquer carácter económico. É esse o caso quando as autoridades públicas pagam uma subvenção directa a uma empresa²⁶, concedem uma isenção fiscal²⁷ ou autorizam uma redução dos encargos sociais²⁸. Neste tipo de situações, a intervenção do Estado não pode ser adoptada por um operador privado com fim lucrativo, mas integra actos de poder público do Estado (como a política fiscal ou a política social). O critério do operador privado não é, portanto, pertinente, uma vez que, por definição, não pode haver uma ruptura da igualdade de tratamento entre o sector público e o sector privado²⁹.

19 — *Idem*.

20 — Acórdão de 14 de Fevereiro de 1990, França/Comissão, dito «Boussac» (C-301/87, Colect., p. I-307, n.º 38 a 41), e acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 30 de Abril de 1998, Cityflyer Express/Comissão (T-16/96, Colect., p. II-757, n.º 8 e 51).

21 — Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 13 de Junho de 2000, EPAG/Comissão (T-204/97 e T-270/97, Colect., p. II-2267, n.º 67 e 68).

22 — Acórdãos de 2 de Fevereiro de 1988, Van der Kooy e o./Comissão (67/85, 68/85 e 70/85, Colect., p. 219, n.º 28 a 30); de 29 de Fevereiro de 1996, Bélgica/Comissão (C-56/93, Colect., p. I-723, n.º 10); e de 11 de Julho de 1996, SFEI e o. (C-39/94, Colect., p. I-3547, n.º 59 a 62).

23 — Acórdão de 29 de Junho de 1999, DM Transport (C-256/97, Colect., p. I-3913, n.º 24 e 25).

24 — Acórdão de 29 de Abril de 1999, Espanha/Comissão (C-342/96, Colect., p. I-2459, n.º 46).

25 — Acórdãos de 21 de Março de 1991, Itália/Comissão (C-303/88, Colect., p. I-1433, n.º 20); de 3 de Outubro de 1991, Itália/Comissão (C-261/89, Colect., p. I-4437, n.º 15); e acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 12 de Dezembro de 1996, Air France/Comissão (T-358/94, Colect., p. II-2109, n.º 70).

26 — Acórdão de 24 de Fevereiro de 1987, Deufil/Comissão (310/85, Colect., p. 901, n.º 8).

27 — Acórdãos de 15 de Março de 1994, Banco Exterior de España (C-387/92, Colect., p. I-877, n.º 14); de 19 de Maio de 1999, Itália/Comissão (C-6/97, Colect., p. I-2981, n.º 16); e de 19 de Setembro de 2000, Alemanha/Comissão (C-156/98, Colect., p. I-6857, n.º 25 a 28).

28 — Acórdão de 17 de Junho de 1999, Bélgica/Comissão (C-75/97, Colect., p. I-3671, n.º 24 e 25), e acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 27 de Janeiro de 1998, Ladbroke Racing/Comissão (T-67/94, Colect., p. II-1, n.º 110).

29 — Salienta-se que o critério que permite identificar os casos em que o Tribunal de Justiça aplica o princípio do operador privado é idêntico ao critério que permite definir o conceito de empresa no contexto do direito da concorrência [v., a este respeito, as minhas conclusões no processo Wouters e o. (acórdão de 19 de Fevereiro de 2002, C-309/99, Colect., p. I-1577, n.º 137 e as referências citadas), bem como o acórdão de 25 de Outubro de 2001, Ambulanz Glöckner, C-475/99, Colect., p. I-8089, n.º 20].

23. Resulta destes elementos que o critério do operador privado não se aplica às intervenções do Estado que integram actos de poder público.

24. O Tribunal de Justiça confirmou expressamente este princípio no acórdão de 14 de Setembro de 1994, Espanha/Comissão³⁰. Decidiu que, para a aplicação do critério do operador privado, «há que fazer uma distinção entre as obrigações que o Estado deve assumir enquanto proprietário accionista de uma sociedade e as obrigações que sobre ele podem impender enquanto poder público»³¹. As obrigações do Estado enquanto poder público não podem ser tomadas em consideração para a aplicação do critério do operador privado³², sob pena de introduzir uma desigualdade de tratamento entre o sector público e o sector privado.

25. Ora, é um facto que o financiamento dos serviços públicos é uma actividade que integra tipicamente os actos de poder público. Com efeito, compete às autoridades

des públicas definir os serviços que devem ser colocados à disposição da colectividade. Compete-lhes também tomar as medidas necessárias para assegurar o funcionamento, bem como o financiamento desses serviços. Aliás, é difícil imaginar que um operador privado assuma, por sua própria iniciativa, tal actividade de financiamento.

26. Por conseguinte, penso que o critério do operador privado não pode ser validamente aplicado ao financiamento dos serviços públicos.

27. Assim, a tese dos intervenientes assenta numa comparação errada. Com efeito, é incorrecto comparar os casos em que o Estado adquire bens ou serviços por sua própria conta ou aqueles em que «adquire» serviços que são directamente colocados à disposição da colectividade (ou sejam, serviços públicos). No primeiro caso, o Estado adopta um comportamento que pode ser adoptado pelo operador privado com fim lucrativo. Ao passo que, no segundo caso, o Estado age enquanto poder público³³.

30 — C-278/92 a C-280/92, Colect., p. I-4103.

31 — N.º 22.

32 — *Idem.* Relativamente à aplicação deste princípio na prática da Comissão, v. decisões da Comissão 94/1073/CE, de 12 de Outubro de 1994, relativa a um auxílio de Estado da França ao grupo Bull sob a forma de um aumento de capital não notificado (JO L 386, p. 1, n.º V); 96/631/CE, de 17 de Julho de 1996, relativa a um auxílio de Estado concedido pela cidade de Mayence, colectividade local da República Federal da Alemanha, à sociedade Grundstücksverwaltungsgesellschaft Fort Malakoff Mainz mbH & Co. KG, filial da Siemens AG/Siemens Nixdorf Informationssysteme AG (JO L 283, p. 43, n.º IV), e 98/204/CE, de 30 de Julho de 1997, relativa à aprovação condicionada dos auxílios concedidos pela França ao grupo GAN (JO L 78, p. 1, n.º 3.3).

33 — V. igualmente, neste sentido, Alexis, A., já referido na nota 6, *supra* (n.º B.3.5.a), e Triantafyllou, D., «L'encaissement communautaire du financement du service public», na *Revue trimestrielle de droit européen*, 1999, p. 21 (p. 31).

B — *Quanto ao conceito de «vantagem» no artigo 92.º, n.º 1, do Tratado*

à empresa beneficiária e não é, por esse facto, susceptível de falsear a concorrência. Constitui apenas a contrapartida das obrigações de serviço público³⁵.

28. O segundo argumento dos intervenientes é relativo ao conceito de «vantagem» no artigo 92.º, n.º 1, do Tratado.

29. O conceito de auxílio que figura no artigo 92.º, n.º 1, do Tratado aplica-se às medidas estatais que dão uma vantagem financeira a certas empresas e que falseiam ou ameaçam falsear a concorrência. A fim de apreciar se uma medida constitui um auxílio, deve-se, portanto, determinar se a empresa recebe uma vantagem económica que não teria obtido em condições normais de mercado³⁴.

30. No caso em apreço, os intervenientes sustentam que uma medida estatal que se limita a compensar o custo das obrigações de serviço público não constitui um auxílio. Na medida em que o cumprimento das obrigações de serviço público ocasiona custos suplementares, essa medida tem simplesmente por efeito colocar a empresa beneficiária numa situação comparável à dos seus concorrentes. Essa medida não concede, assim, qualquer vantagem «real»

31. Quanto a este aspecto, saliente-se que a tese dos intervenientes assenta numa concepção específica do conceito de auxílio. Os intervenientes adoptam o que se pode chamar uma concepção «líquida» do auxílio ou a teoria denominada da vantagem «real».

32. Nesta tese, as vantagens concedidas pelas autoridades públicas são examinadas conjuntamente com as obrigações que incumbem ao beneficiário do auxílio. As vantagens públicas só constituem um auxílio se o seu montante ultrapassar o valor dos compromissos assumidos pelo beneficiário.

33. Ora, esta concepção não corresponde à que os autores do Tratado consagraram no domínio dos auxílios de Estado. As disposições do Tratado na matéria são fundadas numa concepção «bruta» do auxílio ou na teoria da vantagem «aparente».

34 — Acórdãos SFEI e o., já referido, na nota 22, *supra* (n.º 60); de 29 de Abril de 1999, Espanha/Comissão, já referido na nota 24, *supra* (n.º 41); e DM Transport, já referido na nota 23, *supra* (n.º 22).

35 — V. igualmente, neste sentido, acórdão Ferring (n.º 25 a 27).

34. Nessa tese, as vantagens conferidas pelas autoridades públicas e a contrapartida a cargo do beneficiário devem ser examinadas separadamente. A existência dessa contrapartida não é importante para determinar se a medida estatal constitui um auxílio na acepção do artigo 92.º, n.º 1. Só intervém numa fase posterior da análise, para apreciar a compatibilidade do auxílio com o mercado comum.

35. A concepção «bruta» do auxílio está assim inserida em várias disposições do Tratado e, nomeadamente, no artigo 92.º, n.ºs 2 e 3, e no artigo 77.º do Tratado CE (que passou a artigo 73.º CE).

36. O artigo 92.º, n.º 3, do Tratado prevê que um auxílio pode ser considerado compatível com o mercado comum quando prosseguir certos objectivos. Esses objectivos correspondem, essencialmente, aos que foram consignados pelos Tratados à Comunidade Europeia ou à União Europeia³⁶. Trata-se, por exemplo, do reforço da coesão económica e social, da promoção da investigação ou da protecção do ambiente.

36 — V. Evans, A., *European Community Law of State Aid*, Clarendon Press, Oxford, 1997 (p. 107 e 108).

37. Desde o início, a Comissão considerou que, para poder ser compatível com o mercado comum, o auxílio deve conter uma contrapartida a cargo do beneficiário³⁷. Essa contrapartida deve intervir para compensar a distorção de concorrência provocada pela concessão do auxílio³⁸. Tem por objectivo obter, da parte do beneficiário, um comportamento que seja susceptível de contribuir para a realização dos objectivos referidos no artigo 93.º, n.º 3, do Tratado. A Comissão considera, com efeito, que autorizar um auxílio sem exigir essa contrapartida equivaleria a admitir distorções de concorrência sem que o interesse comunitário o justifique³⁹.

38. A tese da Comissão foi expressamente consagrada pelo Tribunal de Justiça no acórdão Philip Morris/Comissão⁴⁰. O Tribunal de Justiça decidiu que, para poder autorizar um auxílio nos termos do artigo 92.º, n.º 3, do Tratado, a Comissão pode exigir a prova de que o auxílio é necessário para obter, das empresas bene-

37 — V. I Relatório sobre a política da concorrência, 1972 (n.º 132); Decisão 79/743/CEE da Comissão, de 27 de Julho de 1979, relativa a um auxílio que o Governo neerlandês projecta conceder em benefício do aumento das capacidades de produção de um fabricante de cigarros (JO L 217, p. 17, n.º III); e X Relatório relativo à política da concorrência, 1980 (n.º 213).

38 — Keppenne, J.-P., já referido na nota 15, *supra* (n.º 495).

39 — V., nomeadamente, Decisões da Comissão 88/318/CEE, de 2 de Março de 1988, relativa à Lei n.º 64, de 1 de Março de 1986, que regulamenta a intervenção extraordinária a favor do Mezzogiorno (JO L 143, p. 37, n.º IV.2); 93/133/CEE, de 4 de Novembro de 1992, relativa aos auxílios concedidos pelo Governo espanhol à empresa Merco (sector agro-alimentar) (JO 1993, L 55, p. 54, n.º VIII); e 93/155/CEE, de 20 de Janeiro de 1993, relativa a um programa de auxílios das autoridades alemãs (Renânia-Palatinado) para a destilação de vinho (JO L 61, p. 55, n.º IV).

40 — Acórdão de 17 de Setembro de 1980 (730/79, Recueil, p. 2671, n.ºs 16 e 17).

ficiárias, um comportamento susceptível de contribuir para a realização dos objectivos referidos por essa disposição.

39. Na prática, a Comissão procura saber se existe, em relação ao beneficiário do auxílio, uma contrapartida que permita justificar a concessão do auxílio⁴¹. Essa contrapartida pode assumir várias formas⁴².

40. Em determinados casos, a actividade auxiliada parece desde logo uma contrapartida suficiente, porque se insere no quadro de um objectivo comunitário. A contrapartida assume então a forma de um investimento, como a construção de uma fábrica, um programa de investigação ou uma acção de formação. Noutros casos, a contrapartida constitui uma condição para a aprovação do auxílio e assume uma outra forma, como uma redução das capacidades de produção, que contribua para resolver um problema de sobrecapacidade existente ao nível comunitário. De qualquer forma, a

41 — V., nomeadamente, Decisões da Comissão 81/626/CEE, de 10 de Julho de 1981, relativa a um auxílio que o Governo belga projecta conceder a favor de certos investimentos realizados por uma empresa belga destinados à modernização das instalações de produção da borracha butil (JO L 229, p. 12, n.º V); 83/468/CEE, de 27 de Abril de 1983, nos termos do artigo 93.º, n.º 2, do Tratado CEE, contra um projecto de auxílio no sector do têxtil e do vestuário (empresa n.º 111) (JO L 253, p. 18, n.º III); 93/154/CEE, de 12 de Janeiro de 1993, respeitante a um programa nacional AIMA relativo a um auxílio que a Itália projecta conceder à armazenagem privada de cenouras (JO L 61, p. 52, n.º VI); e 97/611/CE, de 2 de Abril de 1997, relativa aos auxílios ao sector da carne de ovinos (auxílios destinados à publicidade e à promoção) (JO L 248, p. 20, n.º VI).

42 — Keppenne, J.-P., já referido na nota 15, *supra* (n.º 495).

Comissão exige uma ligação, directa ou indirecta, entre os auxílios e as operações que servem de contrapartida⁴³. Exige também que as contrapartidas assumidas pelo beneficiário sejam proporcionais à amplitude dos auxílios que são pagos⁴⁴.

41. Resulta destes elementos que, para poder ser autorizado nos termos do artigo 92.º, n.º 3, do Tratado, qualquer auxílio deve envolver uma contrapartida a cargo do beneficiário, de modo que não haja praticamente qualquer vantagem líquida para este último.

42. Ora, contrariamente ao que sustentam os intervenientes, a existência dessa contrapartida não tem qualquer incidência na interpretação do conceito de auxílio.

43. No quadro do artigo 92.º, n.º 1, o auxílio não corresponde à diferença entre o montante das vantagens públicas e o valor dos compromissos assumidos pelo beneficiário⁴⁵. O auxílio corresponde exclusivamente ao montante das vantagens públicas.

43 — Decisão 89/43/CEE da Comissão, de 26 de Julho de 1988, relativa aos auxílios concedidos pelo Governo italiano à ENI-Lanerossi (JO 1989, L 16, p. 52, n.º VII).

44 — Decisão 95/547/CE da Comissão, de 26 de Julho de 1995, relativa à aprovação condicionada do auxílio concedido pela França ao banco Crédit Lyonnais (JO L 308, p. 92, n.º 7.1), e comunicação da Comissão feita nos termos do artigo 93.º, n.º 2, do Tratado CE, dirigida aos outros Estados-Membros e aos outros interessados relativamente ao auxílio que a França decidiu conceder ao Crédit Lyonnais (JO 1996, C 390, p. 7, n.º 5.3, penúltimo e último parágrafos).

45 — V. igualmente, neste sentido, acórdão de 5 de Outubro de 1999, França/Comissão (C-251/97, *Colect.*, p. I-6639, n.ºs 17 a 20 e 38 a 48).

A contrapartida fornecida pelo beneficiário só ocorre numa fase ulterior da análise, para apreciar a compatibilidade de um auxílio com o mercado comum.

volvida no acórdão Ferring. Essa solução equivaleria a suprimir a utilidade de todas as disposições derogatórias do Tratado em matéria de auxílios de Estado. Com efeito, equivale a examinar a compatibilidade do auxílio no quadro do artigo 92.º, n.º 1, do Tratado⁴⁷.

44. Uma concepção idêntica do conceito de auxílio está inserida nas disposições do Tratado em matéria de transportes terrestres. O artigo 77.º do Tratado prevê que «são compatíveis com o presente Tratado os auxílios que [...] correspondam ao reembolso de certas prestações inerentes à noção de serviço público».

47. Uma outra solução poderia consistir em limitar a tese compensatória exclusivamente ao domínio dos serviços públicos. Far-se-iam assim coexistir duas concepções diferentes do conceito de auxílio no Tratado. Considerar-se-ia que:

45. Esta disposição demonstra que, no domínio do financiamento estatal dos serviços públicos, os autores do Tratado adoptaram também uma concepção «bruta» do auxílio. Em sua opinião, a existência e o montante do auxílio devem ser apreciados unicamente em função do «financiamento que entra»⁴⁶ na empresa. A contrapartida assumida pelo beneficiário — isto é, as obrigações de serviço público — não tem incidência na interpretação do conceito de auxílio. Constitui unicamente um critério que permite apreciar a compatibilidade do auxílio relativamente às disposições derogatórias do Tratado.

— no domínio dos auxílios em geral, as disposições do Tratado são fundamentadas numa concepção «bruta» do auxílio, mas que

— no domínio dos serviços públicos (diferentes dos transportes terrestres), as disposições do Tratado são fundadas numa concepção «líquida» do auxílio.

46. Tendo em consideração estes elementos, penso que o Tribunal de Justiça não pode acolher a tese compensatória desen-

48. No entanto, penso que esta solução corre o risco de criar sérios problemas em termos de segurança jurídica. Com efeito, certas medidas estatais poderiam integrar simultaneamente as duas concepções. Tal é

46 — Segundo a expressão de Triantafyllou, D., já referido na nota 33 (p. 32).

47 — V. igualmente, quanto a este ponto, as minhas conclusões de 19 de Março de 2002, no presente processo (Colect. 2003, p. I-7751, (n.ºs 76 a 85)).

o caso das vantagens financeiras concedidas pelos Estados-Membros aos serviços públicos de radiodifusão ⁴⁸.

49. Por um lado, essas vantagens são destinadas a promover a cultura na acepção do artigo 92.º, n.º 3, alínea d), do Tratado. Por força do artigo 92.º do Tratado e da concepção «bruta» do auxílio, constituirão, portanto, auxílios que devem ser notificados à Comissão e que podem ser declarados compatíveis com o mercado comum. Por outro, essas mesmas vantagens destinam-se também a compensar o custo das obrigações de serviço público impostas aos organismos de radiodifusão. Por força da tese compensatória e da concepção «líquida» do auxílio, não poderão, portanto, ser qualificados de auxílios na acepção do artigo 92.º, n.º 1, do Tratado.

50. Daqui resulta que, para este tipo de medidas, o conjunto dos actores em causa não estão mesmo em condições de saber se as regras do Tratado são aplicáveis.

51. Os Estados-Membros já não poderão identificar as medidas que devem ser noti-

ficadas à Comissão. As empresas não saberão também se podem confiar na legalidade do financiamento estatal. Os órgãos jurisdicionais nacionais terão também dificuldades em saber se devem aplicar a jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa ao efeito directo do artigo 93.º, n.º 3, do Tratado. Por último, a Comissão não poderá determinar com segurança se pode dar início a um processo contra um financiamento estatal.

52. À luz destes diferentes elementos, penso, pois, que a tese auxílio de Estado é muito mais apropriada para analisar o financiamento estatal dos serviços públicos. Como os artigos 77.º e 92.º do Tratado, esta tese é fundamentada numa concepção «bruta» do auxílio. Permite, assim, garantir a coerência das disposições do Tratado em matéria de auxílios de Estado e de preservar o efeito útil das disposições derogatórias (isto é, o artigo 77.º, o artigo 90.º, n.º 2, e o artigo 92.º, n.ºs 2 e 3, do Tratado).

C — Quanto às obrigações processuais previstas no artigo 93.º, n.º 3, do Tratado

48 — A importância deste domínio é ilustrada pelo protocolo relativo ao serviço público de radiodifusão nos Estados-Membros, anexo ao Tratado de Amesterdão que altera o Tratado da União Europeia, os Tratados que instituem as Comunidades Europeias e certos actos conexos (JO 1997, C 340, p. 109).

53. O terceiro argumento dos intervenientes é relativo às obrigações processuais previstas no artigo 93.º, n.º 3, do Tratado.

54. Antes de analisar este argumento, é útil recordar resumidamente certos aspectos do procedimento comunitário de controlo dos auxílios.

55. É um facto que a Comissão dispõe de uma competência exclusiva para examinar a compatibilidade de um auxílio com o mercado comum nos termos dos artigos 92.º e 93.º do Tratado⁴⁹. Esta competência é justificada pelo facto de a apreciação da compatibilidade de um auxílio implicar apreciações de ordem económica e social que devem ser efectuadas num contexto comunitário⁵⁰. É também justificada pelo facto de os auxílios constituírem um domínio sensível tanto para os actores em causa como para o funcionamento do mercado comum. Assim, os autores do Tratado não desejaram confiar aos Estados-Membros a tarefa de apreciarem se um auxílio apresenta riscos para o mercado comum. Confiaram essa apreciação à instituição europeia encarregada de representar o interesse comunitário⁵¹.

56. No acórdão Banco Exterior de Espanha⁵², o Tribunal de Justiça decidiu

expressamente que a competência da Comissão abrangia os auxílios concedidos às empresas encarregadas de uma missão de serviço público na acepção do artigo 90.º, n.º 2, do Tratado. Daqui resulta que os órgãos jurisdicionais nacionais têm competência para aplicar o artigo 90.º, n.º 2, no domínio dos auxílios⁵³. Só a Comissão pode autorizar um auxílio ao abrigo dessa disposição.

57. Por força do artigo 93.º, n.º 3, do Tratado, os Estados-Membros são obrigados a notificar os seus projectos relativos à instituição ou à alteração dos auxílios (obrigação de notificação). Não podem pôr em execução esses projectos sem a autorização prévia da Comissão (obrigação de suspensão). Segundo jurisprudência constante⁵⁴, essas obrigações processuais constituem a salvaguarda do mecanismo de controlo dos auxílios, que é, por sua vez, essencial para garantir o funcionamento do mercado comum.

58. No acórdão de 22 de Junho de 2000, França/Comissão⁵⁵, o Tribunal de Justiça decidiu que as obrigações de notificação e

49 — Acórdão de 22 de Março de 1977, *Steinike & Weinlig* (78/76, Colect., p. 203, n.ºs 9 e 10).

50 — V., nomeadamente, acórdãos *Philip Morris/Comissão*, já referido na nota 40, *supra* (n.º 24); *Deufil/Comissão*, já referido na nota 26, *supra* (n.º 18); *Boussac*, já referido na nota 20, *supra* (n.º 49); *Tubemeuse*, já referido na nota 18, *supra* (n.º 36); e de 15 de Junho de 1993, *Matra/Comissão* (C-225/91, Colect., p. I-3203, n.º 24).

51 — *Waelbroeck*, M., e *Frignani*, A., *Commentaire J. Megret, Le droit de la CE, vol. 4, Concurrence*, edições da universidade de Bruxelas, Bruxelas, 1997, 2.ª ed. (n.º 308).

52 — Já referido na nota 27, *supra* (n.º 17).

53 — Ao invés, continuam a ser competentes para aplicar esta disposição nos outros domínios do Tratado, como o direito da concorrência ou a livre prestação de serviços (v., nomeadamente, acórdãos de 11 de Abril de 1989, *Ahmed Saeed Flugreisen e Silver Line Reisebüro*, 66/86, Colect., p. 803, n.ºs 55 a 57; de 18 de Junho de 1991, *ERT*, C-260/89, Colect., p. I-2925, n.º 34; de 19 de Maio de 1993, *Corbeau*, C-320/91, Colect., p. I-2533, n.º 20; e de 27 de Abril de 1994, *Almeida e o.*, C-393/92, Colect., p. I-1477, n.º 50).

54 — V., por exemplo, acórdão de 8 de Novembro de 2001, *Adria-Wien Pipeline e Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke* (C-143/99, Colect., p. I-8365, n.º 25).

55 — C-332/98, Colect., p. I-4833 (n.ºs 27 a 32).

de suspensão se aplicam aos auxílios pagos às empresas encarregadas de uma missão de serviço de interesse geral na acepção do artigo 90.º, n.º 2, do Tratado. Daqui resulta que os auxílios pagos aos serviços públicos em violação dessas obrigações constituem auxílios «ilegais».

impossível, aguardar a autorização da Comissão. As partes intervenientes sublinham também que, devido ao número de medidas em causa, as obrigações processuais são susceptíveis de paralisar a acção da Comissão no domínio dos auxílios de Estado.

59. No plano comunitário, isto implica que a Comissão pode ordenar ao Estado que suspenda o pagamento do auxílio ou que recupere provisoriamente o auxílio, até que ela se pronuncie sobre a sua compatibilidade⁵⁶. No plano nacional, isto implica que o juiz pode: 1) ordenar a recuperação do auxílio; 2) declarar a ilegalidade do acto que institui o auxílio, bem como a ilegalidade das medidas de execução; e 3) condenar as autoridades competentes a reparar os prejuízos que o pagamento imediato do auxílio eventualmente tiver causado⁵⁷.

61. Sabemos que o Tribunal de Justiça já teve oportunidade de examinar este tipo de argumentos no acórdão de 22 de Junho de 2000, França/Comissão, já referido. Nesse processo, o Governo francês sustentava que a obrigação de suspensão apresentava sérios riscos para a continuidade dos serviços públicos⁵⁸. O Tribunal de Justiça rejeitou expressamente esse argumento recordando que as obrigações processuais constituíam a salvaguarda do mecanismo de controlo dos auxílios no direito comunitário⁵⁹.

60. No caso em apreço, os intervenientes sustentam que as obrigações processuais previstas no artigo 93.º, n.º 3, do Tratado são susceptíveis de paralisar o funcionamento dos serviços públicos nos Estados-Membros. Sublinham que o processo de apreciação dos auxílios é um processo relativamente longo e que, para certos tipos de serviços públicos, é difícil, e mesmo

62. De qualquer modo, penso que os receios expostos pelas partes intervenientes não são fundamentados. Em minha opinião, as obrigações processuais não são susceptíveis de perturbar o funcionamento dos serviços públicos, por várias razões.

63. Em primeiro lugar, as obrigações processuais não se aplicam a todas as medidas estatais. Aplicam-se apenas às medidas que

56 — Artigo 11.º do Regulamento (CE) n.º 659/1999 do Conselho, de 22 de Março de 1999, que estabelece as regras de execução do artigo 93.º do Tratado CE (JO L 83, p. 1).

57 — Para uma descrição mais pormenorizada destas consequências, v. as minhas conclusões no processo *Bélgica/Comissão* (C-197/99 P), pendente no Tribunal de Justiça (n.º 74 e as referências citadas).

58 — N.ºs 27 a 30.

59 — *Ibidem* (n.ºs 31 e 32). V., igualmente, as razões expostas pelo advogado-geral A. La Pergola nesse processo (n.º 22 a 24 das suas conclusões).

preenchem os critérios previstos pelo artigo 92.º, n.º 1, do Tratado. Na prática, isto significa que, em certos domínios essenciais, o financiamento estatal dos serviços públicos escapa às obrigações processuais. Trata-se, nomeadamente, das seguintes medidas⁶⁰:

— as medidas que financiam actividades que não têm carácter económico⁶¹; tal é o caso das actividades que integram prerrogativas de poder público do Estado (como a segurança, a justiça, as relações externas, etc)⁶², dos regimes obrigatórios de segurança social⁶³, do domínio do ensino obrigatório⁶⁴ e dos outros domínios que integram funções essenciais do Estado;

— as medidas que não são susceptíveis de afectar as trocas comerciais entre Estados-Membros: tal como é o caso do financiamento de certos serviços públi-

cos locais ou regionais (como piscinas, centros de lazer, creches, centros culturais ou centros hospitalares)⁶⁵. Tal é igualmente o caso quando o montante do auxílio não ultrapassa o limite de 100 000 euros, fixado pela Comissão no seu regulamento relativo às ajudas *de minimis*⁶⁶.

64. Em segundo lugar, em relação às medidas abrangidas pelo artigo 92.º, n.º 1, do Tratado, recorda-se que são fixados certos prazos à Comissão.

65. Assim, a Comissão é obrigada a proceder a uma apreciação preliminar do auxílio no prazo de dois meses a contar da sua notificação⁶⁷. Este prazo é fixado de modo estrito e não pode ser prorrogado unilateralmente pela Comissão⁶⁸. Se não for tomada nenhuma decisão no fim desse prazo, o Estado-Membro em causa pode executar o auxílio, sem prejuízo de avisar previamente a Comissão⁶⁹. Nesse caso, o

60 — V. igualmente, quanto a este aspecto, Alexis, A., já referido na nota 6, *supra* (ponto A).

61 — Sabemos, com efeito, que, para integrar a proibição prevista no artigo 92.º, n.º 1, do Tratado, as medidas estatais devem favorecer certas empresas ou certas actividades económicas.

62 — Acórdãos de 19 de Janeiro de 1994, SAT Fluggesellschaft (C-364/92, Colect., p. I-43, n.º 30), e de 18 de Março de 1997, Diego Cali & Figli (C-343/95, Colect., p. I-1547, n.ºs 22 e 23).

63 — Acórdãos de 17 de Fevereiro de 1993, Poucet et Pistre (C-159/91 e C-160/91, Colect., p. I-637, n.º 18), e de 22 de Janeiro de 2002, Cisal (C-218/00, Colect., p. I-691, n.º 46).

64 — Decisão 2001/C 333/03 da Comissão, de 25 de Abril de 2001, relativa à autorização de auxílios concedidos pelos Estados no âmbito das disposições dos artigos 87.º e 88.º CE (subvenções públicas aos clubes desportivos profissionais) (JO C 333, p. 6). O texto desta decisão está disponível na Internet: http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/industrie/n118-00.pdf.

65 — V. comunicado de imprensa IP/00/1509 da Comissão, de 21 de Dezembro de 2000.

66 — Regulamento (CE) n.º 69/2001 da Comissão, de 12 de Janeiro de 2001, relativo à aplicação dos artigos 87.º e 88.º do Tratado CE aos auxílios *de minimis* (JO L 10, p. 30). Nos termos do seu artigo 1.º, alínea a), esse regulamento não é, no entanto, aplicável ao domínio dos transportes.

67 — V. acórdão de 11 de Dezembro de 1973, Lorenz (120/73, Colect., p. 553, n.º 4), e artigo 4.º, n.º 5, do Regulamento n.º 659/1999.

68 — Acórdão de 15 de Fevereiro de 2001, Áustria/Comissão (C-99/98, Colect., p. I-1101, n.ºs 73 a 76).

69 — Acórdão Lorenz, já referido na nota 67, *supra* (n.º 4), e artigo 4.º, n.º 6, do Regulamento n.º 659/1999.

auxílio é reputado de ter sido autorizado⁷⁰. É abrangido pelo regime dos auxílios existentes⁷¹ e pode, portanto, continuar a ser pago enquanto a Comissão não tiver declarado a sua incompatibilidade com o mercado comum⁷².

66. As partes intervenientes parecem considerar que mesmo o prazo de dois meses pode ser demasiado longo para certos tipos de serviços públicos. Pressupondo que tal possa ser o caso⁷³, certos mecanismos permitem ter em consideração situações excepcionais.

67. Com efeito, o artigo 5.º do Tratado CE (que passou a artigo 10.º CE) prevê uma obrigação de cooperação legal entre as instituições comunitárias e os Estados-Membros⁷⁴. Por força desta disposição, as autoridades do Estado-Membro e a Comissão podem, assim, ser levadas a conceder um tratamento prioritário a um processo que tenha uma urgência específica ou determinar qualquer outra solução apropriada.

70 — Artigo 4.º, n.º 6, do Regulamento n.º 659/1999.

71 — Acórdão de 30 de Junho de 1992, Espanha/Comissão (C-312/90, *Colect.*, p. I-4117, n.º 18).

72 — Acórdão Banco Exterior de España, já referido na nota 27, *supra* (n.º 20). Do mesmo modo, quando a Comissão inicia o procedimento formal de apreciação, a sua decisão final deve ocorrer no prazo de dezoito meses a contar do início do procedimento. No termo desse prazo, o Estado-Membro pode exigir que a Comissão tome a sua decisão com base nas informações que ela dispõe (v. artigo 7.º, n.ºs 6 e 7, do Regulamento n.º 659/1999).

73 — Parece, com efeito, que, quando as autoridades e o Estado-Membro organizam um serviço público num determinado sector (por exemplo, a distribuição do correio, uma ligação aérea ou um transporte ferroviário), os prazos necessários para a organização desse serviço são geralmente compatíveis com os prazos fixados à Comissão para proceder à apreciação de um auxílio.

74 — Despacho de 13 de Julho de 1990, Zwartveld e o. (C-2/88 *Imm.*, *Colect.*, p. I-3365, n.º 17).

68. Em terceiro lugar, é necessário recordar que, nos termos do artigo 93.º, n.º 3, do Tratado, os Estados-Membros têm a possibilidade de notificar os regimes de auxílios à Comissão. Os regimes de auxílios são as disposições nacionais que permitem conceder, sem medidas de aplicação suplementares, auxílios individuais a empresas definidas de modo geral e abstracto⁷⁵.

69. A vantagem desse mecanismo é a de que os Estados-Membros obtêm uma aprovação única da Comissão, com base nas características gerais do regime. Os Estados-Membros evitam, assim, a obrigação de notificar ulteriormente cada caso de aplicação individual do regime. Ora, no seu relatório ao Conselho Europeu de Laeken⁷⁶, a Comissão admitiu expressamente que os Estados-Membros tinham a possibilidade de notificar «regimes de compensação» no domínio do financiamento dos serviços públicos.

70. Em quarto lugar, é necessário sublinhar que, nos termos do artigo 94.º do Tratado CE (que passou a artigo 89.º CE), o Conselho pode adoptar regulamentos de isenção por categoria no domínio dos auxílios de Estado. O Conselho pode igualmente dar competência à Comissão para adoptar esse tipo de regulamentos⁷⁷.

75 — Artigo 1.º, alínea d), do Regulamento n.º 659/1999.

76 — Já referido na nota 4, *supra* (n.º 26).

77 — V., por exemplo, Regulamento (CE) n.º 994/98 do Conselho, de 7 de Maio de 1998, relativo à aplicação dos artigos 92.º e 93.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia a determinadas categorias de auxílios estatais horizontais (JO L 142, p. 1).

71. Os regulamentos de isenção por categoria definem as condições em que certas categorias de auxílios devem ser consideradas compatíveis com o mercado comum. A sua principal vantagem reside no facto de os auxílios concedidos em conformidade com as disposições desses regulamentos serem isentos da obrigação de notificação prevista no artigo 93.º, n.º 3, do Tratado. Assim, os Estados-Membros podem executar os seus projectos de auxílios sem aguardar uma autorização individual da Comissão.

72. Ora, quanto a este aspecto, o Conselho Europeu de Laeken já tinha solicitado à Comissão que estabelecesse um «quadro de orientação» para os auxílios destinados aos serviços públicos⁷⁸. Além disso, os Conselhos Europeus de Barcelona⁷⁹ e de Sevilha⁸⁰ invocaram expressamente a possibilidade de a Comissão apresentar um regulamento de isenção por categoria neste domínio. A Comissão respondeu que começaria por estabelecer um enquadramento comunitário, mas que adoptaria um regulamento de isenção na medida em que isso fosse justificado⁸¹. A Comissão sublinhou que poderia estabelecer esse quadro durante 2002⁸². No entanto, suspendeu

os seus trabalhos aguardando a prolação do acórdão do Tribunal de Justiça no presente processo⁸³.

73. Daqui resulta que, se o Tribunal de Justiça decidir adoptar a tese auxílio de Estado no presente processo, a Comissão e o Conselho deveriam estar em condições de adoptar um regulamento de isenção por categoria dentro de um prazo satisfatório. Nesse caso, as medidas estatais destinadas a compensar o custo das obrigações de serviço público serão pura e simplesmente isentas da obrigação de notificação. Assim, os Estados-Membros poderão executar os seus projectos de financiamento sem aguardar uma autorização individual da Comissão. A situação seria assim idêntica à que é aplicada desde 1969 no domínio dos serviços públicos de transportes terrestres⁸⁴.

74. Tendo em conta todos estes elementos, penso que os receios expressos pelas partes intervenientes não são fundamentados. Em minha opinião, a tese auxílio de Estado não é susceptível de perturbar o funcionamento dos serviços públicos nos Estados-Membros, nem de paralisar a acção da Comissão no domínio dos auxílios de Estado.

78 — Conclusões da presidência, já referidas na nota 4, *supra* (n.º 26).

79 — Conclusões da presidência, já referidas na nota 4, *supra* (n.º 42).

80 — Conclusões da presidência, já referidas na nota 4, *supra* (n.º 54).

81 — Relatório da Comissão sobre os serviços de interesse geral para o Conselho Europeu de Laeken, já referido na nota 4, *supra* (n.ºs 28 e 29).

82 — *Ibidem* (n.º 28).

83 — Relatório da Comissão, de 16 de Junho de 2002, relativo ao estado dos trabalhos relativos às linhas orientadoras relativamente aos auxílios de Estado ligados ao serviço de interesse económico geral, já referido na nota 4, *supra* (n.ºs 10 e 16), e relatório da Comissão, de 27 de Novembro de 2002, relativo ao estado dos trabalhos relativamente às linhas orientadoras sobre os auxílios de Estado ligados aos serviços de interesse económico geral, já referido na nota 4, *supra* (n.º 3).

84 — V. Regulamento (CEE) n.º 1191/69 do Conselho, de 26 de Junho de 1969, relativo à acção dos Estados-Membros em matéria de obrigações inerentes à noção de serviço público no domínio dos transportes ferroviários, rodoviários e por via navegável (JO L 156, p. 1; EE 08 F1 p. 131), alterado pelo Regulamento (CEE) n.º 1893/91 do Conselho, de 20 de Junho de 1991 (JO L 169, p. 1).

D — *Quanto à tese quid pro quo*

75. O segundo grupo de intervenientes propõe ao Tribunal de Justiça que adopte a tese *quid pro quo*, desenvolvida pelo advogado-geral F. G. Jacobs nas suas conclusões no processo GEMO⁸⁵.

76. Nos termos desta tese, o Tribunal de Justiça faria uma distinção entre duas categorias de situações. A primeira categoria de situações compreenderia os casos em que existe uma ligação directa e manifesta entre o financiamento estatal e as obrigações de serviço público claramente definidas. Nestes casos, os montantes pagos pelo Estado à empresa beneficiária não constituiriam um auxílio na acepção do artigo 92.º, n.º 1, do Tratado, mas a contrapartida das obrigações de serviço público assumidas pela empresa.

77. Inversamente, a segunda categoria de situações abrangeria os casos em que não existe ligação directa e manifesta entre o financiamento estatal e as obrigações de serviço público, bem como os casos em que essas obrigações não estão claramente definidas. Nestes casos, os montantes pagos pelas autoridades públicas constituiriam auxílios que seriam, como tais, sujeitos às obrigações processuais previstas no artigo 93.º, n.º 3, do Tratado.

85 — Já referido na nota 3, *supra* (n.º 117 a 129).

78. Pela minha parte, penso que esta tese coloca essencialmente duas séries de dificuldades.

79. Em primeiro lugar, a tese *quid pro quo* parece dificilmente conciliável com a jurisprudência do Tribunal de Justiça em matéria de auxílios de Estado.

80. Segundo jurisprudência constante, o Tribunal de Justiça considera que, para determinar se uma medida estatal constitui um auxílio, só devem ser tomados em consideração os efeitos da medida⁸⁶.

81. Os outros elementos que caracterizam a medida não são pertinentes na fase da determinação da existência de um auxílio. É o caso da forma em que o auxílio é concedido⁸⁷, do estatuto jurídico da medida no direito nacional⁸⁸, do facto de a medida se inserir num regime de auxílios⁸⁹, as causas da medida⁹⁰, os objectivos

86 — V., nomeadamente, acórdãos de 2 de Julho de 1974, Itália/Comissão (173/73, Colect., p. 357, n.º 27); Deuffil/Comissão, já referido na nota 26, *supra* (n.º 8); de 29 de Fevereiro de 1996, Bélgica/Comissão, já referido na nota 22, *supra* (n.º 79); de 26 de Setembro de 1996, França/Comissão (C-241/94, Colect., p. I-4551, n.º 20); e de 12 de Dezembro de 2002, Bélgica/Comissão (C-5/01, Colect., p. I-11991, n.ºs 45 e 46).

87 — Acórdãos de 14 de Novembro de 1984, Intermills/Comissão (323/82, Recueil, p. 3809, n.º 31); de 10 de Julho de 1986, Bélgica/Comissão, já referido na nota 18, *supra* (n.º 13); e de 10 de Julho de 1986, Bélgica/Comissão (40/85, Colect., p. 2321, n.º 12).

88 — Decisão 93/349/CEE da Comissão, de 9 de Março de 1993, relativa aos auxílios concedidos pelo Governo do Reino Unido à British Aerospace para a aquisição do grupo Rover, superiores aos permitidos na Decisão 89/58/CEE da Comissão que autorizava um auxílio máximo a esta operação sujeito a certas condições (JO L 143, p. 7, n.º IX).

89 — Acórdão Cityflyer Express/Comissão, já referido na nota 20, *supra* (n.º 94).

90 — V. acórdãos referidos na nota 86, *supra*.

da medida⁹¹ ou a intenção das autoridades públicas e da empresa beneficiária⁹². Esses elementos são irrelevantes porque não são susceptíveis de ter incidência na concorrência. Ao invés, podem tornar-se pertinentes numa fase posterior da análise, para apreciar a compatibilidade do auxílio relativamente às disposições derogatórias do Tratado⁹³.

82. Ora, a tese *quid pro quo* equivale a introduzir este tipo de elementos na própria definição do auxílio.

83. Com efeito, o primeiro critério proposto consiste em examinar se existe uma «ligação directa e manifesta» entre as fontes estatais e as obrigações de serviço público. Na prática, isto equivale a exigir a existência de um contrato de serviço público celebrado depois de um processo de adjudicação pública⁹⁴. Do mesmo modo, o segundo critério proposto consiste em examinar se as obrigações de serviço público estão «claramente definidas». Na prática, isso equivale a assegurar que existem disposições legislativas, regulamen-

tares ou contratuais que precisam a natureza e o conteúdo das obrigações que incumbem à empresa⁹⁵.

84. Nestas condições, a tese *quid pro quo* afasta-se da jurisprudência do Tribunal de Justiça em matéria de auxílios de Estado. Ela acaba por definir o conceito de auxílio não em função apenas dos efeitos da medida, mas em função de critérios de ordem puramente formal ou processual. No plano conceptual, implica que a mesma medida possa ser qualificada de auxílio ou de «não auxílio» consoante exista um contrato (de serviço público) ou de um texto (que defina as obrigações de serviço público), quando produz efeitos idênticos na concorrência.

85. Em segundo lugar, a tese *quid pro quo* não parece poder garantir um grau suficiente de segurança jurídica.

86. Com efeito, o principal critério subjacente desta tese é definido de modo vago e impreciso. É evidente que esta característica é voluntária e tem por objectivo proporcionar a flexibilidade exigida para

91 — *Idem.*

92 — Decisão 92/11/CEE da Comissão, de 31 de Julho de 1991, relativa ao auxílio concedido pelo Derbyshire County Council à Toyota Motor Corporation, uma empresa fabricante de veículos automóveis (JO 1992, L 6, p. 36, n.º V).

93 — Assim, certas categorias de auxílios só são compatíveis com o mercado comum se apresentarem uma forma específica [v., por exemplo, a comunicação 97/C 238/02 da Comissão relativa às linhas orientadoras comunitárias para os auxílios à protecção e à reestruturação das empresas em dificuldade (JO 1997, C 283, p. 2, n.º 3.1, primeiro travessão)].

94 — V. conclusões do advogado-geral F. G. Jacobs no processo GEMO, já referido na nota 3, *supra* (n.º 119).

95 — *Ibidem* (n.º 120).

abranger uma larga gama de situações⁹⁶. Também não deixa de ser verdade que é extremamente difícil de saber o que abrange a noção «ligação directa e manifesta». Por outro lado, excepto o caso de um contrato de serviço público celebrado depois de um processo de adjudicação, nenhuma das partes intervenientes esteve em condições de apresentar um único exemplo concreto desse tipo de ligação entre um financiamento estatal e obrigações de serviço público⁹⁷.

87. Nestas condições, o conceito de «ligação directa e manifesta» — e portanto, o próprio conceito de auxílio de Estado — pode ser objecto das interpretações mais diversas. Estas interpretações poderão também variar em função das concepções culturais (e mesmo pessoais) das diferentes entidades encarregadas de aplicar as regras do Tratado em matéria de auxílios de Estado.

88. Ora, no plano prático, essa divergência de interpretações corre o risco de ter consideráveis repercussões.

96 — V. conclusões do advogado-geral F. G. Jacobs no processo GEMO, já referido na nota 3, *supra* (n.º 129), e conclusões da advogada-geral C. Stix-Hackl no processo Enirisorse, já referido na nota 5, *supra* (n.º 157).

97 — Na realidade, o único critério concreto e «operacional» que pode ser colocado no quadro da tese *quid pro quo* é a exigência de um contrato de serviço público celebrado depois de um processo de adjudicação. As diferentes partes intervenientes, no entanto, estão de acordo em reconhecer que essa exigência é desproporcionada (v., também, conclusões do advogado-geral F. G. Jacobs no processo GEMO, já referido na nota 3, *supra*, n.º 129, e da advogada-geral C. Stix-Hackl no processo Enirisorse, já referido na nota 5, *supra*, n.º 157). Além disso, é necessário recordar que, no estado actual, a Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços (JO L 209, p. 1), não se aplica às concessões de serviço público. Assim, é difícil colocar essa exigência de modo pretoriano no quadro das disposições do Tratado em matéria de auxílios de Estado.

89. Os Estados-Membros não estarão mesmo em condições de identificar precisamente as medidas que devem ser notificadas à Comissão⁹⁸. As empresas também já não saberão se podem confiar na legalidade do financiamento estatal. Os juízes nacionais também terão dificuldades em saber se devem aplicar a jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa ao efeito directo do artigo 93.º, n.º 3, do Tratado. Por último, a Comissão já não estará em condições de determinar com segurança se pode dar início a um processo contra um financiamento estatal.

90. Por último, o conceito de «ligação directa e manifesta» só poderá ser definido caso a caso. Deverá necessariamente ser precisado pelo Tribunal de Justiça à medida que os processos lhe forem submetidos. Ora, tal solução não é satisfatória nem para as instâncias políticas da União nem para o próprio Tribunal de Justiça.

91. Por um lado, uma das grandes preocupações expressas pelos Conselhos Europeus de Nice⁹⁹, de Laeken¹⁰⁰ e de Barcelona¹⁰¹ foi o cuidado de garantir uma maior segurança jurídica no domínio da aplicação do direito dos auxílios aos serviços de interesse geral. Do mesmo modo, sabemos que a Comissão suspendeu os seus traba-

98 — Os Estados-Membros poderiam ser mesmo tentados a invocar a tese *quid pro quo* para justificar a não notificação das medidas de financiamento à Comissão (v., neste sentido, Rizza, C., já referido na nota 6, *supra*, p. 11).

99 — Conclusões da presidência, referidas na nota 4, *supra* (n.º 47 e anexo II).

100 — Conclusões da presidência, já referidas na nota 4, *supra* (n.º 26).

101 — Conclusões da presidência, referidas na nota 4, *supra* (n.º 42).

lhos nesse domínio aguardando a prolação do acórdão do Tribunal de Justiça no presente processo¹⁰². Assim, não será suficiente encontrar uma solução que deva necessariamente ser definida caso a caso na jurisprudência. Em minha opinião, é indispensável adoptar uma posição clara e precisa para permitir às instituições definir a política comunitária no domínio do financiamento estatal dos serviços públicos e garantir, assim, a segurança jurídica exigida num domínio tão sensível.

92. Por outro lado, uma solução caso a caso terá inevitavelmente por efeito colocar os órgãos jurisdicionais nacionais numa situação de «dependência» em relação ao Tribunal de Justiça. Uma vez que o conceito de «ligação directa e manifesta» (ou qualquer outro conceito similar) deve ser precisado à medida que a jurisprudência for proferida, os juízes nacionais deverão necessariamente recorrer a um processo prejudicial para interpretar o conceito de auxílio. Tal solução parece dificilmente compatível com a finalidade do processo instituído pelo artigo 177.º do Tratado CE (que passou a artigo 234.º CE)¹⁰³. De qualquer modo, corre o risco de conduzir a um aumento inútil do número de reenvios prejudiciais para o Tribunal de Justiça.

93. Por seu turno, a tese auxílio de Estado permite evitar esses inconvenientes.

94. Como vimos, essa tese consiste em considerar que as vantagens financeiras concedidas pelas autoridades de um Estado-Membro para compensar o custo das obrigações de serviço público que impõem a uma empresa constituem auxílios na acepção do artigo 92.º, n.º 1, do Tratado. Na medida em que impõe um princípio claro e preciso, esta tese permite a todos os actores em causa (autoridades públicas, operadores privados, órgãos jurisdicionais nacionais, instituições comunitárias) identificar precisamente as medidas abrangidas pelo âmbito de aplicação das regras do Tratado em matéria de auxílios de Estado.

95. Além disso, os princípios subjacentes à tese auxílio de Estado podem ser impostos pelo Tribunal de Justiça num único e mesmo acórdão. Esta tese não é, assim, susceptível de ocasionar o aumento do número de reenvios prejudiciais para o Tribunal de Justiça.

96. Tendo em conta estes elementos, a tese auxílio de Estado permite garantir a segurança jurídica e uma transparência acrescidas no domínio do financiamento estatal dos serviços públicos.

102 — Relatório da Comissão, de 16 de Junho de 2002, relativo ao estado dos trabalhos relativo às linhas orientadores relativas aos auxílios de Estado ligados aos serviços de interesse económico geral, referido na nota 4, *supra* (n.º 10 e 16), e relatório da Comissão, de 27 de Novembro de 2002, relativo ao estado dos trabalhos relativos às linhas orientadores relativas aos auxílios de Estado ligados aos serviços de interesse económico geral, já referido na nota 4, *supra* (n.º 3).

103 — V., quanto a este aspecto, conclusões do advogado-geral F. G. Jacobs no processo Danner (acórdão de 3 de Outubro de 2002, C-136/00, *Colect.*, pp. I-8147, I-8150, n.º 38).

III — Conclusão

97. À luz de todas as considerações precedentes e das que expus nas precedentes conclusões, proponho ao Tribunal de Justiça que declare:

- «1) As vantagens financeiras concedidas pelas autoridades de um Estado-Membro para compensar o custo das obrigações de serviço público que impõem a uma empresa constituem auxílios de Estado na acepção do artigo 92.º, n.º 1, do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 87.º, n.º 1, CE).
- 2) As medidas que envolvem as vantagens referidas no n.º 1, *supra*, são sujeitas às obrigações de notificação e de suspensão previstas no artigo 93.º, n.º 3, do Tratado CE (que passou a artigo 88.º, n.º 3, CE).
- 3) O artigo 90.º, n.º 2, do Tratado CE (que passou a artigo 86.º, n.º 2, CE) deve ser interpretado no sentido de que não produz efeitos directos no domínio dos auxílios de Estado.»