



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

CÁTIA DE JESUS SOUSA

**FINANCIAMENTO DE SERVIÇOS DE INTERESSE
ECONÓMICO GERAL: MERA COMPENSAÇÃO OU AUXÍLIO
DE ESTADO?**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico Políticas / Menção em Direito Administrativo.

Orientador: Professor Doutor Pedro António Pimenta Costa Gonçalves.

Coimbra, 2014

RESUMO

Com a nossa dissertação pretendemos determinar em que medida o financiamento dos serviços de interesse económico geral constitui um auxílio de estado ou uma mera compensação. Para o efeito, baseamos o nosso estudo sobretudo na análise de jurisprudência europeia.

Palavras- chave: Serviço de Interesse Económico Geral – Auxílio de Estado - Direito da Concorrência - União Europeia - Estados-membros

ABSTRACT

With our thesis we intend to determine to what extent the financing of services of general economic interest constitutes state aid or a mere compensation. For this purpose, we based our study mainly on the analysis of European jurisprudence.

Key-words: Services of General Economic - Interest-State Aid - Competition Law-Member States

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO I – SERVIÇOS DE INTERESSE ECONÓMICO GERAL E AUXÍLIOS DE ESTADO: NOÇÕES E RESPECTIVOS REGIMES	9
1.1 Noção Europeia dos Serviços de Interesse Económico Geral	9
1.1.1. Obrigações de serviço público	11
1.2 Regime jurídico-europeu dos Serviços de Interesse Económico	12
1.3 O Regime Jurídico dos Auxílios de Estado	14
1.3.1 Elementos do Auxílio de Estado	15
1.3.2 Regulamento de <i>Minimis</i>	21
CAPÍTULO II – o Regime de Financiamento dos Serviços de Interesse Económico Geral: mera compensação ou auxílio de Estado	25
2.1. Teoria da Compensação	25
2.1.1. Acórdão ADBHU	25
2.1.2. Acórdão Ferring	26
2.1.3. Críticas à tese da compensação	27
2.2. Tese dos auxílios de estado	29
2.2.1. Acórdão FFSA	29
2.2.2. Acórdão SIC	30
2.2.3. Críticas à tese dos auxílios de estado	31
2.3. Tese do Quid Pro Quo	32
2.4. Teoria compensatória condicional	34
2.4.1. Análise dos critérios Altmark	35
2.5. Compatibilidade dos auxílios concedidos às empresas encarregadas da gestão de SIEG com o mercado comum	40
2.5.1. Decisão SIEG	41
2.5.1.1. Âmbito de aplicação da Decisão SIEG	42
2.5.1.2. Condições de aplicabilidade da Decisão SIEG	42
2.6.1. Enquadramento SIEG	44
2.6.1.1. Âmbito de aplicação do Enquadramento SIEG	44
2.6.2.2. Condições de compatibilidade dos auxílios com o mercado comum	45
2.7.1. Directiva da transparência	46
2.8. Pacote SIEG e acórdão Altmark	47

2.9. Pacote Almunia	48
CAPÍTULO III – APLICAÇÃO DO TESTE ALTMARK PELOS TRIBUNAIS EUROPEUS E PELA COMISSÃO EUROPEIA	50
3.1. Aplicação do Teste Altmark pelos Tribunais Europeus	50
3.1.1. Acórdão Chronopost	51
3.1.2. Acórdão Enirisorse	52
3.1.3. Acórdão BUPA	53
3.2. Aplicação do teste Altmark por parte da Comissão Europeia	56
CONCLUSÃO	75
REFERÊNCIAS.....	77

INTRODUÇÃO

A questão principal em matéria de serviços de interesse económico geral foi desde cedo a de saber como qualificar o seu financiamento estatal.

Nos últimos anos, temos verificado um crescente processo de liberalização dos serviços públicos que antes eram prestados unicamente pelo Estado por se entender que, devido à importância que tais serviços têm na satisfação das necessidades básicas da população em geral, não podiam ser prestados pelo mercado de concorrência, que não os forneceria ou, pelo menos não os forneceria de modo adequado.

Em face de vários de factores, sobretudo económico-financeiros, o Estado decidiu abrir mão da titularidade de tais serviços, passando estes a ser prestados por empresas públicas e privadas operando em condições normais de mercado.

Deste modo, o conceito de serviço público tem dado lugar à noção de serviço de interesse económico geral.

No entanto, dada a essencialidade de tais serviços para a satisfação do interesse público, o Estado sujeita as empresas encarregadas da prestação dos serviços de interesse económico geral ao cumprimento de certas obrigações de serviço público.

Por conseguinte, tais obrigações de serviço público associadas aos serviços de interesse económico geral do Estado fazem com que muitas vezes tais serviços se tornem demasiado onerosos e pouco atractivos do ponto de vista comercial. Com o intuito de garantir o fornecimento de tais serviços de modo adequado e satisfatório, o Estado compensa as empresas pelos custos adicionais incorridos com o cumprimento das obrigações de serviço público.

Mas como proceder a qualificação de tal financiamento por parte do Estado? Consistirá numa mera compensação ou num auxílio de Estado? Quais as consequências jurídicas de tal qualificação? É toda uma panóplia de questões que se colocam em torno do modo de financiamento dos serviços de interesse económico geral que pretendemos

responder de forma mais clara e objectiva possível. Para tal, consideramos ser preferível dividir o nosso estudo em três capítulos.

No capítulo inicial, procedemos a elaboração das noções de serviço de interesse económico geral e de auxílio de estado e a subsequente análise dos seus regimes jurídicos (artigo 106.º, n.º 2 TFUE e artigo 107.º, n.º 1 TFUE, respectivamente), com o objectivo de facilitar e permitir uma maior compreensão por parte do leitor, da temática por nós apresentada.

No segundo capítulo, momento em que abordamos a questão principal do nosso estudo, começamos por analisar as várias teses que foram surgindo ao longo dos anos, no âmbito da jurisprudência europeia, com a intenção de definir qual o regime de financiamento dos serviços de interesse económico geral. Porém, tal regime foi finalmente definido em 2003, pelo TJUE, no seio do acórdão Altmark. Por essa razão, vamos analisar pormenorizadamente os quatro critérios cumulativos avançados pela jurisprudência Altmark (“critérios ou teste Altmark”) que têm de estar reunidos para que a medida constitua uma mera compensação.

De seguida, procedemos a análise da compatibilidade das medidas de financiamento que não preencham os critérios Altmark e que sejam considerados verdadeiros auxílios de Estado na acepção do artigo 107.º, n.º 1 TFUE com o mercado comum, com base na derrogação prevista nos termos do artigo 106.º, n.º 2 TFUE.

Por último, no terceiro capítulo, pretendemos verificar como têm sido aplicados na prática os critérios Altmark por parte dos Tribunais europeus (TJUE e TPI) e da Comissão europeia. Para tal, vamos analisar alguns acórdãos europeus e algumas das decisões da Comissão.

CAPÍTULO I – SERVIÇOS DE INTERESSE ECONÓMICO GERAL E AUXÍLIOS DE ESTADO: NOÇÕES E RESPECTIVOS REGIMES

1.1 Noção Europeia dos Serviços de Interesse Económico Geral

Segundo a Comunicação da Comissão acerca dos serviços de interesse económico geral datada de 2001, entende-se por “serviços de interesse económico geral” os serviços de mercado que os Estados-membros sujeitam a obrigações de serviço público em função de critérios de interesse geral, abrangendo, em regra, grandes indústrias de redes, como os transportes, os serviços postais, a energia e as comunicações¹.

Em sentido idêntico, o Livro Verde considera, que na prática comunitária, existe um consenso em torno da expressão “serviços de interesse económico geral”, a qual diga respeito aos “serviços de natureza económica aos quais os Estados-membros ou a Comunidade impõem obrigações de serviço público, por força de um critério de interesse geral”².

Contudo, nem o Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE) nem a legislação europeia secundária estabelece uma noção legal de serviço de interesse económico geral (SIEG).

Compete aos Estados, de acordo com as circunstâncias económicas, sociais e culturais de cada um, definir quais os serviços económicos que devem ser considerados serviços de interesse económico geral.

No entanto, esta margem de apreciação quanto à definição de certos serviços como sendo serviços de interesse económico geral conferida aos Estados encontra-se sujeita a alguns limites, nomeadamente: a) para que um serviço seja considerado um SIEG terá de consistir numa actividade económica³ que apresente características especiais em

¹ Comunicação 17/04 da Comissão sobre os serviços de interesse económico geral, publicada no JOUE, série C, n.º 2001, de 19 de Janeiro de 2001.

² Livro Verde da Comissão sobre os serviços de interesse geral de 21 de Maio de 2003, COM (2003) 270 final, publicado no JOUE, série C n.º 76 de 25 de Março de 2004.

Posteriormente, a Comissão publicou o Livro Branco sobre os Serviços de Interesse Económico Geral no qual estabeleceu as conclusões retiradas do Livro Verde. Ver, Livro Branco da Comissão sobre os serviços de interesse geral de 12 de Maio de 2004, COM (2004) 374 final, Bruxelas.

³ Por actividade económica, devemos entender qualquer actividade que consista na oferta de bens e/ou serviços em determinado mercado.

relação ao interesse das demais actividades económicas⁴; b) os Estados-membros podem definir certos serviços como sendo serviços de interesse económico geral, na ausência de leis europeias específicas relativamente a certas actividades⁵, c) a definição de um serviço como sendo um serviço de interesse económico geral pode ser sindicada pela Comissão Europeia em caso de erro manifesto de apreciação⁶, d) quando não haja outras empresas que, embora possam não estejam incumbidas da prestação de um serviço de interesse económico, forneçam ou possam vir a fornecer tal serviço em condições normais de mercado de forma satisfatória e de acordo com o interesse público, tal como definido pelo Estado, a Comissão considera não ser não ser apropriado o Estado classificar tal actividade como sendo um serviço de interesse económico geral, sujeitas ao cumprimento de obrigações de serviço público⁷.

Os Estados-membros possuem igualmente autonomia para seleccionar a empresa encarregada pela gestão do serviço de interesse económico geral, podendo ser de natureza pública ou privada⁸, sendo apenas exigido que o Estado-membro atribua a missão da gestão do serviço de interesse económico geral através de um acto público de atribuição

Esta definição foi usada pelo TJUE em vários acórdãos. Ver por exemplo, acórdão de 22 Janeiro de 2002, INAIL, proc. C-218/00; acórdão de 22 de Maio de 2003, *Freskot*, proc. C-355/00.

⁴ Acórdão de 10 de Dezembro de 1991, *Merci Convenzionali Porto di Genova*, proc. C-179/90; acórdão de 17 de Julho de 1997, *GT-Link A/S*, proc. C-242/95; acórdão de 18 de Junho de 1998, *Corsica Ferries France SA*, proc. C-266/96.

⁵ Por exemplo, há certos sectores que foram harmonizados a nível da União Europeia em que a margem de manobra dos Estados-membros não pode contradizer as regras que regulam essa harmonização, nomeadamente, os serviços de telecomunicações, dos sectores postais e de energia foram harmonizados a nível da União. Ver a Directiva 2002/22/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março de 2002, relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações electrónicas (Directiva Serviço Universal), publicada no JOUE L 108 de 24 de Abril de 2002, p. 51 (alterada pela Directiva 2009/136/CE, publicada no JOUE L 337 de 18 de Dezembro 2009, p. 11); a Directiva 97/67/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Dezembro de 1997, relativa às regras comuns para o desenvolvimento do mercado interno dos serviços postais comunitários e a melhoria da qualidade, publicada no JOUE L 15 de 21 de Janeiro de 1998, p. 14 (alterada pelas Directivas 2002/39/CE, publicada no JOUE L 176 de 5 de Julho de 2002, p. 21 e Directiva 2008/06/CE, publicada no JOUE L 52 de 27 de Fevereiro de 2008, p. 3); a Directiva 2009/72/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Julho de 2009, relativa a regras comuns para o mercado interno da electricidade, JOUE L 211 de 14 de Agosto de 2009, p. 55.

⁶ Assim afirmou a Comissão no ponto 21 da Comunicação de 2000: “A liberdade de definição dos Estados-membros significa que os Estados-membros são, em primeira instância, os responsáveis pela definição do que consideram serviços de interesse económico geral, com base nas características específicas das actividades. Esta definição pode apenas ser sujeita ao controlo das situações de abuso (...). Em áreas que não estão especificamente cobertas pela regulamentação comunitária, os Estados-membros beneficiam de uma ampla margem de manobra na concepção das suas políticas, que apenas podem ser sujeitas ao controlo por erro manifesto”. Vide Comunicação da Comissão sobre os Serviços de interesse geral na Europa, COM (2000) 580 final, Bruxelas, 2000.

⁷ Ver por exemplo, acórdão de 20 de Fevereiro de 2001, *Analir*, proc. C-205/99, p. 71.

⁸ O princípio da neutralidade está consagrado no artigo 345.º TFUE, nos termos do qual: “Os Tratados em nada prejudicam o regime da propriedade nos Estados-Membros.”

(que poderá assumir várias, tais como, lei, regulamento, acto administrativo, contrato de direito público ou privado, etc.), devendo ser especificados em tal acto, entre outros, a natureza das obrigações de serviço público; as empresas encarregadas da prestação de SIEG e o território em questão; a responsabilidade para a fixação dos preços de vendas das empresas e as condições de revisão; a duração das obrigações de serviço público, etc.)⁹.

1.1.1. Obrigações de serviço público

As obrigações de serviço público deverão ser entendidas como encargos adicionais suportados pelas empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral, com o objectivo de corrigir discriminações típicas da iniciativa privada orientada exclusivamente por critérios de mercado.

Na falta de legislação europeia específica, compete aos Estados-membros definir as exigências de serviço público (que tal como vimos anteriormente devem de constar do acto público de atribuição) e, conseqüentemente, os Estados-membros ficam responsáveis por garantir que tais obrigações de serviço público são efectivamente cumpridas.

Estas obrigações devem apresentar características de serviço público, tais como, a de garantia da universalidade, acessibilidade, igualdade, continuidade, adaptabilidade, qualidade e segurança e livre concorrência dos serviços de interesse económico geral¹⁰.

Convém ainda salientarmos, que a noção de serviço de interesse económico geral não se confunde ou, pelo menos, não se deverá confundir com a noção de serviço público¹¹, que teve origem no seio da doutrina Francesa, nos inícios do século XXI.

⁹ Artigo 4.º da Decisão da Comissão de 2005, relativa à aplicação do n.º 2 do artigo 106.º do TFUE aos auxílios estatais sob a forma de compensação de serviço público concedidos a certas empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico, publicada no JOCE L 312 - Série L, de 29 de Outubro de 2005.

¹⁰ Vital Moreira, “Serviços de interesse económico geral e mercado”, In: M.M. Leitão Marques e Vital Moreira, *A mão visível. Mercado e Regulação*, Coimbra: Almedina, 2003, p.64.

¹¹ Segundo Marcello Caetano, entende-se por serviço público “o modo de actuar da autoridade pública a fim de facultar, por modo regular e contínuo, a quanto deles careçam, os meios idóneos à satisfação de uma necessidade colectiva individualmente sentida”, aditando ainda que o serviço público aparece tendo em vista a satisfação de necessidades colectivas individualmente sentidas. Marcello Caetano opta por classificar os serviços públicos com base em dois critérios distintos: o critério do objecto, segundo o qual distingue os serviços públicos económicos, sociais ou de segurança social e os culturais; e o critério da retribuição das prestações, de acordo com o qual distingue os serviços públicos de prestações gratuitas e os serviços de prestações onerosas. Consultar, CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*, 9.ª edição revista e actualizada pelo Prof. Doutor Diogo de Freitas do Amaral, Tomo II, Lisboa: Coimbra Editora, 1972. pp. 1043 e segs.

Os serviços públicos, contrariamente aos serviços de interesse económico geral, são serviços cuja titularidade pertencem ao Estado, isto é, serviços que são prestados exclusivamente pelo Estado, porque se entende que o mercado, por si só, não os forneceria ou não os forneceria à um nível satisfatório e adequado. Em virtude dos recentes processos de liberalização de certos sectores que tradicionalmente pertenciam ao Estado e da conseqüente regulação de tais serviços pelo mercado, temos vindo cada vez mais a verificar uma crescente substituição dos serviços públicos por parte dos serviços de interesse económico geral.

1.2 Regime jurídico-europeu dos Serviços de Interesse Económico

Assim dispõe o artigo 106.º, n.º 2 do TFUE:

“As empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral ou que tenham a natureza de monopólio fiscal ficam submetidas ao disposto nos Tratados, designadamente às regras de concorrência, na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de facto, da missão particular que lhes foi confiada. O desenvolvimento das trocas comerciais não deve ser afectado de maneira que contrarie os interesses da União.”

Em termos formais, o artigo 106.º, n.º2 do TFUE pode ser dividido em três partes distintas:

A) Regra geral: as empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral ou que tenham a natureza de monopólio fiscal ficam submetidas, nomeadamente, às regras da concorrência.

Segundo o Doutor Pedro Gonçalves, entende-se por serviço público “ (...) a tarefa administrativa de prestação de carácter positivo (em que a Administração não se limita a regular, planear, incentivar ou conservar), de natureza técnica e não jurídica, que satisfaça directa ou indirectamente as necessidades colectivas dos indivíduos.” Ver, GONÇALVES, Pedro. A concessão de serviços públicos. Almedina, 1999. pp. 36 e 37.

O Doutor Pedro Gonçalves adopta, assim, uma concepção subjectiva do serviço público, sublinhando a actividade pública (“tarefa administrativa”) excluindo do conceito as actividades do sector privado por cuja existência e resultados a Administração seja responsável. Deste modo e, de acordo com este autor, não serão considerados serviços públicos os serviços prestados pela Administração pública no âmbito da gestão privada, bem como por empresas privadas, no âmbito da gestão pública e privada.

B) Excepção à regra geral: as empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral ou que tenham a natureza de monopólio fiscal não se encontram sujeitas às regras do TFUE, e designadamente às regras da concorrência, quando a sua aplicação constitua um obstáculo ao cumprimento, de direito ou de facto, da missão particular que lhes foi confiada;

C) Excepção à excepção da regra geral: a não sujeição das empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral ou que tenham a natureza de monopólio fiscal como limite a não afectação do desenvolvimento das trocas comerciais entre os Estados-membros de maneira a que contrarie os interesses da União.

O artigo 106.º, n.º 2 TFUE pretende, por um lado, assegurar o fornecimento dos serviços de interesse económico geral e que as empresas encarregadas da sua gestão, operem sob condições económicas aceitáveis e, por outro, que o fornecimento de serviço de interesse económico geral não afecte a concorrência e o comércio intracomunitário.

Assim, é necessário estabelecer um juízo de proporcionalidade entre o interesse público dos Estados-membros de garantir o bom funcionamento e prestação do SIEG e o interesse da União Europeia de que não haja distorção da concorrência nem afectação do mercado comum.

Para que uma medida estatal seja considerada compatível com o mercado comum, o Estado-membro em causa terá de demonstrar que tal equilíbrio existe¹².

Quanto a questão de saber se, em matéria de compatibilidade dos auxílios de Estado, o artigo 106.º, n.º 2 possui efeito directo, o Tribunal tem respondido negativamente. Ou seja, os Tribunais nacionais não podem declarar a compatibilidade ou incompatibilidade de um auxílio concedido a uma empresa encarregada da gestão de SIEG, sendo este um poder exclusivo da Comissão¹³.

O artigo 14.º TFUE¹⁴, sublinha a importância da contribuição dos serviços de interesse económico geral para a coesão económica, social e territorial.

¹² Ver, por exemplo, acórdão de 19 de Maio de 1993, Corbeau, proc. 320/91, para 19 e ss; acórdão de 19 de Março de 1991, França c/Comissão, proc. C-202/88, para 12.

¹³ Ver, por exemplo, Acórdão de 22 de Junho de 2000, França c/Comissão, proc C-332/98, para 31-33; acórdão 15 de Março de 1994, Banco Exterior de Espana, proc C-387/92.

¹⁴ Assim estabelece o artigo 14.º TFUE: “Sem prejuízo do disposto no artigo 4.º do Tratado da União Europeia e nos artigos 93.º, 106.º e 107.º do presente Tratado, e atendendo à posição que os serviços de interesse económico geral ocupam no conjunto dos valores comuns da União e ao papel que desempenham na promoção da coesão social e territorial, a União e os seus Estados-Membros, dentro do limite das respectivas competências e no âmbito de aplicação dos Tratados, zelarão por que esses serviços funcionem com base em princípios e em condições, nomeadamente económicas e financeiras, que lhes permitam

Este preceito, nas palavras do autor M. Heidenhain, “toma a forma de compromisso político. Destina-se a encontrar um equilíbrio entre a consciência e o reconhecimento dos serviços de interesse económico geral, por um lado, com o princípio de uma economia de mercado aberto e de concorrência não falseada (artigo 4.º, n.º 1 CE) por outro.”¹⁵

1.3 O Regime Jurídico dos Auxílios de Estado

O objectivo básico da política de auxílios de Estado previsto no artigo 107.º, n.º 1, TFUE, é o de evitar que determinadas medidas estaduais afectem o comércio e a concorrência no mercado comum.

Este artigo, estabelece o seguinte:

“Salvo disposição em contrário dos Tratados, são incompatíveis com o mercado interno, na medida em que afectem as trocas comerciais entre os Estados-Membros, os auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções”.

O Tratado estabelece assim um princípio geral de proibição dos auxílios de estado. Tal princípio é estabelecido tendo em vista o controlo da intervenção do Estado na economia através da concessão de auxílios, de modo a salvaguardar o progressivo funcionamento do mercado comum e evitar que haja distorção da concorrência.

Não obstante, não se trata de um princípio absoluto de proibição, estando previstas diversas derrogações. Desde logo as previstas no n.º 2 e 3.º do próprio artigo 107.º TFUE e a derrogação prevista no artigo 106.º, n.º 2 TFUE relativamente às empresas encarregadas da gestão de SIEG, mediante a observância de certas condições.

As regras processuais relativas aos auxílios de Estado estão estabelecidas nos artigos 108.º e 109.º do TFUE.

cumprir as suas missões. O Parlamento Europeu e o Conselho, por meio de regulamentos adoptados de acordo com o processo legislativo ordinário, estabelecem esses princípios e definem essas condições, sem prejuízo da competência dos Estados-Membros para, na observância dos Tratados, prestar, mandar executar e financiar esses serviços.”

¹⁵ Martin Heidenhain, *European State Aid Law*, Verlag C.H. Beck Munchen 2010, p.505.

1.3.1 Elementos do Auxílio de Estado

Para que uma determinada medida estatal possa ser qualificada como sendo um auxílio de estado, é necessário estarem preenchidos, cumulativamente, os elementos presentes no artigo 107.º, n.º 1 do TFUE. Designadamente:

- A) A medida deve de ser concedida por um Estado-membro ou através de recursos estatais;
- B) Independentemente da forma que assumam;
- C) Concessão de uma vantagem económica a uma certa empresa ou produção de certos bens;
- D) Selectividade da medida estatal;
- E) Que falseie ou ameace falsear a concorrência;
- F) Que afecte as trocas comerciais entre os Estados-membros.

Vejamos, de seguida, cada um deles.

- A) A medida deve ser concedida por um Estado-membro ou através de recursos estatais

É ponto assente que, para falar de auxílios de estado, a vantagem tem de ser conferida pelo Estado ou provir de recursos públicos.

O problema está precisamente em definir o que se deve entender por Estado e o que se deve entender por recursos públicos.

O conceito de Estado em matéria de auxílios deverá ser interpretado em sentido amplo, abrangendo todas as pessoas colectivas de direito público, de base territorial ou não, e as pessoas colectivas de direito privado sobre as quais o Estado exerça uma influência determinante ou que tenham sido designadas para gerir o auxílio¹⁶.

Por recursos públicos ou estatais devemos entender não só os concedidos pelo Estado (nacional, regional e local), como também, os recursos atribuídos pelas empresas de direito público sobre as quais o Estado exerça, directa ou indirectamente, uma influência de controlo e os recursos das empresas de direito privado, sobre os quais, o Estado exerce uma influência decisiva na alocação dos recursos¹⁷.

¹⁶ Acórdão de 30 de Janeiro de 1985, Comissão c/França, proc. 290/83, p. 439. Ver também o 14.º Relatório sobre a Política de Concorrência, n.º 201.

¹⁷ Tal como afirma NOGUEIRA DE ALMEIDA, para determinar se o Estado exerce ou não uma influência dominante sob tais entidades, “será necessário ter em conta uma série de circunstâncias, tais como: a

Além disso, para que a alocação de fundos por parte das empresas privadas, seja imputável ao Estado, não basta a mera presunção de tal facto, sendo exigível, a efectiva demonstração de que o Estado realmente exerceu uma influência determinante sobre a alocação do recurso¹⁸.

É irrelevante se tais instituições são legalmente independentes ou dependentes ou se elas dispõem de autonomia relativamente à alocação dos seus fundos¹⁹.

A transferência de recursos estatais não implica necessariamente um encargo sob o orçamento do Estado. Por exemplo, nos casos em que o auxílio é concedido por uma empresa privada ou associação nas quais o Estado exerce uma influência de controlo, apesar de ser considerada auxílio estatal, essa transferência irá incidir sobre o orçamento privado da empresa em causa e não sobre o orçamento público²⁰.

Relativamente aos recursos provenientes dos fundos europeus para o co-financiamento de projectos com os Estados-membros, estes são considerados auxílios estatais, segundo o artigo 12.º do Regulamento 1260/1999²¹.

Diferentemente, os auxílios concedidos pelas instituições da União Europeia, normalmente não se integram no âmbito do artigo 107.º, n.º 1 TFUE²². Nestas situações, os auxílios comunitários são determinados e financiados exclusivamente pela própria União Europeia, intervindo o Estado apenas, como mero instrumento da política de auxílios da União Europeia.

instituição do organismo em questão por um acto de direito público; a presença do Estado nos órgãos de administração, de direcção ou de controlo; no caso de sociedades, a parte do capital e os direitos de voto controlados pelo Estado; a existência de regras (nomeadamente de regimes de aprovação de actas) dando à autoridade pública o poder de influenciar as decisões do organismo em questão; o facto de o Estado ter acordado uma compensação financeira para as ajudas atribuídas, etc.”, ALMEIDA, João José Nogueira de. A restituição das ajudas de Estado concedidas em violação do direito comunitário. Coimbra Editora, 1997. pp. 19-20.

Consultar, também, a Directiva 2006/111/CE de 16 de Novembro, relativa à transparência das relações financeiras entre os Estados-Membros e as empresas públicas, bem como à transparência financeira relativamente a certas empresas, publicada no JOUE L 318/17, em 17 de Novembro de 2006.

¹⁸ Acórdão de 16 de Maio de 2002, França c/Comissão (“Stardust Marine”), proc. C-482/99, para 52 e 53.

¹⁹ Consultar ROBERTI, Gian Michele. Le controle de la Commission des Communautés européennes sur les aides nationales, AJDA, Paris, n. 6, 1993. p. 401 e ss.

²⁰ Martin Heidenhain, European State Aid Law, Verlag C.H. Beck Munchen 2010, p.41.

²¹ Regulamento do Conselho 1260/1999, publicado no JOUE 1999 L 161/1.

²² É, nomeadamente, o caso dos Fundos Agrícolas de Orientação e Garantia (artigo 40.º, n.º 3 TFUE), o Fundo Social e Europeu (artigo 162.º TFUE), as ajudas concedidas à Investigação e ao Desenvolvimento Tecnológico (artigo 179.º e ss. TFUE), os empréstimos e garantias que não sejam realizados sob as condições normais de mercado pelo Banco Europeu de Investimento (artigo 308.º TFUE).

Por fim, ficarão igualmente excluídos da qualificação de auxílios estatais, as ajudas concedidas por Estados terceiros, não comunitários, ainda que venham a produzir efeitos anticoncorrenciais e afetem o comércio entre os Estados-membros.

B) Independentemente da forma que assumam

A forma através da qual um auxílio é concedido é irrelevante tanto para a Comissão²³ como para o TJUE²⁴. Assim sendo, o auxílio tanto pode consistir numa prestação positiva (um subsídio), como em qualquer medida que alivie uma carga que, em condições normais, normalmente recairia sobre o orçamento de uma empresa e que, portanto, tenha efeitos idênticos ao do subsídio. Isto implica que medidas como garantias estatais, reduções ou isenções de impostos, reduções nas contribuições à segurança social, exoneração do pagamento de dívida, entre outras, sejam consideradas auxílios de estado.

C) Concessão de uma vantagem económica a certa empresa ou produção de certos bens

O critério da atribuição de uma vantagem económica é o critério fundamental a ter em consideração para saber, precisamente, se a compensação concedida por um Estado-membro à uma empresa para cobrir os custos adicionais suportados em virtude do cumprimento das obrigações de serviço público constitui uma vantagem a favor dessa empresa, em comparação com outras empresas.

Entende-se que a medida estatal confere uma vantagem económica²⁵ sempre que permita diminuir os encargos que normalmente recairiam sobre o orçamento da empresa²⁶

²³ A Comissão considerou as seguintes medidas como sendo ajudas de Estado: “Subvenções, isenções fiscais, bonificações de juros, garantia de empréstimos em condições especialmente favoráveis, cessão, a título gratuito ou em condições particularmente favoráveis, de edifícios ou terrenos, cobertura de perdas de exploração e toda e qualquer outra medida de efeito equivalente.”, em resposta da Comissão à questão parlamentar escrita n.º 48/63, formulada pelo deputado Burgbacher, publicado no JOUE, n.º 125, de 17 de Agosto de 1963.

²⁴ Ver, por exemplo, Acórdão de 15 de Março de 1994, Banco Exterior de Espanha AS c/ Ajuntamento de Valência proc.º C-387/92, p. I-877 ss., ponto 13.

²⁵ Além de económica a vantagem da medida tem de ser gratuita (no todo ou em parte) e unilateral, ou seja, não deve corresponder a qualquer contraprestação por parte da empresa beneficiária. A medida tem que revestir a natureza de uma liberalidade do Estado.

Normalmente, não estaremos perante nenhuma ajuda estatal nos casos em que a vantagem foi atribuída como mera retribuição dos bens ou serviços prestados pela empresa. Não obstante, a compensação excessiva de tais bens ou serviços por parte do Estado, em princípio, serão qualificados de auxílio de Estado. Consultar, Quigley and Collins, p. 29.

ou quando tal medida permita à empresa receber uma vantagem que, sob condições normais de mercado, não teriam recebido²⁷.

No entanto, quando a vantagem é concedida à uma certa empresa em circunstâncias idênticas à que teria sido realizada por um “investidor privado prudente” colocando na mesma situação, sob condições normais de mercado, não constitui auxílio de estado²⁸.

O “princípio do investidor privado”, na prática, consiste num princípio básico que aplica o padrão de motivação de um participante no mercado comercial em todas as áreas de intervenção do Estado no comércio. Não se trata, assim, de um princípio aplicável somente em relação às medidas atribuídas pelo Estado a certas empresas públicas ou privadas mas, também, quando tais empresas públicas e privadas fornecem algum bem ou serviço ao Estado²⁹.

As medidas favoráveis concedidas pelo Estado sob a veste de empresário não são consideradas auxílios de estado, quando se verifique que, no mesmo caso concreto, o mesmo comportamento teria sido adoptado por uma empresa privada³⁰.

De igual modo, a redução de uma dívida por parte do Estado enquanto credor em relação à certa empresa que se encontra em graves dificuldades financeiras, não constitui auxílio de Estado desde que um credor privado colocado nas mesmas circunstâncias, teria efectuado a mesma redução³¹.

D) Selectividade da medida estatal

Para que uma medida estatal seja abrangida pela proibição do artigo 107.º, n.º 1 TFUE é necessário que não se trate de uma medida de carácter geral mas sim de uma

²⁶ Acórdão de 7 de Junho de 2006, Ufex c/ Comissão, proc. T-613/97, para 65; acórdão de 13 de Junho de 2000, EPAC c/ Comissão, proc. T-204/97, para 65; acórdão de 7 de Março de 2002, Itália c/ Comissão, proc. C-310/99, para 51.

²⁷ Acórdão de 29 de Abril de 1999, Espanha c/ Comissão, processo C-342/96, para 41; Acórdão de 10 de Maio de 2000, SIC c/ Comissão, proc. T-46/97, para 78.

²⁸ Acórdão de 12 de Dezembro de 1996, Air France c/ Comissão, para 70; acórdão de 21 de Março de 1991, Itália/Comissão (“Alfa Romeo”), proc. T-358/94; acórdão de 21 de Março de 1991, Itália c/ Comissão proc. C-305/89, para 17 e ss.

²⁹ Acórdão de 7 de Junho de 2006, Ufex c/ Comissão, proc. T-613/97, para 70; acórdão de 3 de Julho de 2003, Chropnpost c/ Ufex, 2003, proc. C-83/01, para 31 e ss.

³⁰ Acórdão de 22 de Fevereiro de 1998, TJUE, Van der Kooy c/ Comissão, proc. 67/85, para 28 e ss; acórdão de 17 de Outubro de 2002, Linde c/ Comissão, proc. T-98/00, para 42 e ss.

³¹ Acórdão de 21 de Outubro de 2004, Lenzing c/ Comissão, proc. T-36/96, para 149 e ss; acórdão Grécia c/ Comissão, TJUE, processo C-278/00, para 46 e ss, 2004; acórdão de 14 de Setembro de 2004, Espanha c/ Comissão, proc. C-276/02, para 32 e ss.

medida de carácter selectivo, que tenha sido concedida com vista a favorecer determinadas empresas ou produções nacionais em relação a outras que, à luz do objectivo prosseguido pelo referido regime, se encontravam numa situação factual e jurídica comparável.

De igual modo, o tratamento preferencial concedido a determinadas empresas localizadas ou que realizam os seus negócios numa área geográfica, local ou regional, será vista como uma medida específica (auxílios locais e regionais).

Não obstante, num caso que envolveu o Estado português, mais precisamente, o governo regional dos açores, o TJUE entendeu que uma medida tomada pelo governo regional dos açores de redução das taxas do imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas com domicílio fiscal nos Açores para beneficiar as empresas localizadas nos açores, deveriam ser consideradas medidas gerais, pelo facto dos açores disporem de autonomia institucional, procedimental e económica em relação ao Governo central português³².

Em relação às medidas que foram criadas com o intuito de beneficiar todas as empresas de igual forma mas cuja execução é deixada no âmbito de discricionariedade do Estado, normalmente é considerada auxílio de Estado³³.

E) Que falseie ou ameace falsear a concorrência

Este critério está estritamente associado aos efeitos reais ou potenciais resultantes da concessão de um auxílio no mercado intracomunitário.

Não se exige que a medida estatal distorça de imediato a concorrência sendo suficiente que haja uma mera ameaça de que a medida em causa possa vir a provocar um desequilíbrio, não sendo necessário classificá-la como altamente prejudicial à concorrência³⁴.

Estaremos perante uma efectiva e actual distorção da concorrência quando a medida estatal provoque uma alteração artificial das condições de mercado, reforçando a posição da empresa beneficiária face às suas concorrentes³⁵

³² Acórdão de 6 de Setembro de 2006, Portugal c/Comissão, Proc. C-88/03.

³³ Acórdão 11 de Julho de 2002, HANSA c/Comissão, proc. T-152/99, para 157.

³⁴ Acórdão de 15 de Junho de 2000, Alzetta Mauro c/Comissão, proc. T-298/97, para 77 e ss.

³⁵ Acórdão de 17 de Setembro de 1980, Philip Morris Holland c/Comissão, para 11; acórdão de 2 de Julho de 1974, Itália c/Comissão, proc. C-173/73, para 17.

A Comissão tem entendido que a concessão de auxílio a certas empresas que operam em sectores caracterizados pela existência de um elevado grau de concorrência, independentemente da sua magnitude, causará efeitos na concorrência³⁶.

Mais difícil será, porém, determinar quando é que uma medida conduz à uma afectação potencial da concorrência.

Para o autor Manuel Martins, “a única saída aceitável é fazer apelo à consabida teoria da causalidade adequada. Assim, só deverão ser entendidas como medidas potencialmente violadoras da concorrência e desequilibradoras do mercado aquelas que, face a uma análise objectiva, sejam, em abstracto e de acordo com critérios de razoabilidade, adequadas a produzir tais efeitos.”³⁷

De acordo com o TJUE, compete à Comissão provar a afectação potencial da concorrência pela medida em causa, mas, permite que tal prova se resuma a uma descrição sumariada das condições de concorrência e uma lógica mais ou menos plausível da possibilidade de afectação de tais condições de concorrência³⁸.

F) Que afecte ou ameace afectar as trocas comerciais

Tal como vimos anteriormente, também neste ponto, a Comissão não terá de provar os efeitos actuais do medida estatal sobre o comércio, bastando demonstrar a mera possibilidade dessa medida vir a afectá-lo³⁹.

Para facilitar a análise da afectação do comércio, os Tribunais europeus estabeleceram, com base na sua jurisprudência, uma série de presunções irrefutáveis, que se aplicarão quando:

Quando o auxílio concedido por um Estado-membro fortalecer a posição de uma dada empresa em relação às suas concorrentes no mercado interno⁴⁰.

Quando o auxílio tenha como efeito a diminuição de importações. Com efeito, o Estado-membro quando confere um auxílio permite à empresa beneficiada manter ou aumentar a produção interna fazendo com que outras empresas, situadas noutros Estados-

³⁶ Acórdão de 30 de Abril de 1978, Vlaamse Gewest c/Comissão, proc. T-214/95, para 46; acórdão de 15 de Junho de 2000, Alzetta Mauro c/ Comissão, proc. T-298/97, para 84.

³⁷ MARTINS, Manuel. Auxílios de Estado no Direito Comunitário. Edição Principia, 2002. p. 129.

³⁸ Acórdão de 17 de Setembro de 1980, Philip Morris c/Comissão, proc. 730/79.

³⁹ Acórdão de 15 de Dezembro de 2005, Unicredito Italiano, proc. C-148/04, para 54; acórdão de 24 de Abril de 2004, Itália c/Comissão, proc. 372/97.

⁴⁰ Acórdão de 12 de Setembro de 2007, Itália c/Comissão, proc. T-239/04, para 68; acórdão de 15 de Junho de 2000, Alzetta Mauro c/Comissão, processo T-298/97, para 81.

membros, tenham menos possibilidades de exportar os seus produtos. Além disso, o reforço da posição da empresa a quem foi atribuído o auxílio no mercado nacional onde se localiza dificultará o acesso de empresas de outros Estados nesse mesmo mercado⁴¹.

Relativamente aos auxílios que tenham um efeito puramente local, a Comissão considerou que esses auxílios não têm capacidade para afectar o comércio intracomunitário⁴².

1.3.2 Regulamento de *Minimis*

Segundo os Tribunais europeus, nem a pequena dimensão da empresa beneficiária nem o montante relativamente baixo do auxílio são factores suficientes para que se possa deduzir *ex ante* que o auxílio em causa não é passível de afectar as trocas intracomunitárias⁴³.

No entanto, ao abrigo do artigo 108.º, n.º 4 TFUE que permite à Comissão adoptar regulamentos relativos à isenção de certas categorias de auxílios da obrigação de notificação, a Comissão elaborou um regulamento que codifica a regra de *Minimis* aplicável à categoria geral de auxílios de estado⁴⁴.

Devido ao carácter especial dos SIEG, a Comissão decidiu adoptar um regulamento de *Minimis* específico que determina as condições de isenção da obrigação de notificação dos auxílios concedidos às empresas encarregadas da gestão de SIEG.

Nos termos do actual regulamento sobre os auxílios *de minimis* concedidos a empresas que prestam serviços de interesse económico geral (“regulamento de *minimis*

⁴¹ Acórdão 13 de Julho de 1998, França c/Comissão, proc.102/87, para 19.

⁴² No seu relatório sobre o procedimento simplificado de tratamento de certos tipos de auxílios (2009), a Comissão estabeleceu que sempre que o Estado-membro em causa mostre “que o auxílio não conduz a que sejam atraídos investimentos para a região em causa, e, segundo, que os bens e/ou serviços produzidos pela empresa beneficiária são puramente locais e/ou têm uma zona geográfica de atracção limitada, e, terceiro, que não existem mais do que efeitos marginais relativamente aos consumidores dos Estados-membros vizinhos, e, finalmente, que o mercado de acção da empresa beneficiária é mínimo em qualquer definição de mercado relevante usada e que o beneficiário não pertence à um grupo maior de empresas.”, publicado no JOUE 2009 C 136/3.

⁴³ Acórdão de 24 de Julho de 2003, Altmark Trans, processo C-280/00, para 81 e 82; acórdão de 3 de Março de 2005, Heiser, para 32 e ss, proc. C-172/03.

⁴⁴ Actualmente, a Regra de *Minimis* aplicável a categoria geral de auxílios de estado está prevista no Regulamento (UE) 1407/2013 da Comissão, de 18 de Dezembro de 2013, relativo à aplicação dos artigos 107.º e 108.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia aos auxílios de *minimis*, publicado no JOUE L 352/1 de 24 de Dezembro de 2013.

SIEG”)⁴⁵ presume-se que os auxílios de pequeno montante não afectam o comércio entre Estados-membros e/ou não distorcem ou ameaçam distorcer a concorrência, sempre que o montante total dos auxílios concedidos à empresa beneficiária relativamente aos serviços de interesse económico geral não exceda os 500 000 euros, em qualquer período de três exercícios financeiros⁴⁶.

Está previsto no ponto 2 do regulamento de *minimis* SIEG, que “os anos a tomar em consideração para determinar se esse limiar é alcançado devem ser os exercícios financeiros utilizados para efeitos fiscais pela empresa no Estado-Membro em causa. O período relevante de três anos deve ser apreciado em termos de base móvel, ou seja, para cada nova concessão de um auxílio de *minimis* tem de ser determinado o montante total de auxílios de *minimis* concedidos durante o exercício financeiro em causa, bem como durante os dois exercícios financeiros anteriores. Devem ser tomados em consideração para este efeito os auxílios concedidos por um Estado-Membro, mesmo quando financiados, no todo ou em parte, por recursos provenientes da União. Os auxílios que excedem o limiar de *minimis* não devem poder ser repartidos por fracções de menor valor a fim de que tais fracções passem a ser abrangidas pelo âmbito de aplicação do presente regulamento.”

Apesar de reconhecermos as vantagens da existência de um regulamento de *Minimis*, não podemos, contudo, deixar de concordar com a opinião dos tribunais europeus, na medida em que, embora seja de todo lógico que os auxílios de montante mais elevados representam uma maior ameaça à concorrência, existe a possibilidade de auxílios de montante inferior ao valor de 500 000 euros por um período de três anos causar repercussões negativas sobre a concorrência, tendo em conta, sobretudo, a estrutura e a dimensão do mercado onde ela actua.

Assim, entendemos que mesmo em relação às ajudas que não ultrapassem esse valor, deva existir um controlo por parte da Comissão, seja este anterior ou posterior a sua aplicação.

⁴⁵ Regulamento (CE) 360/2012 da Comissão, de 25 de Abril de 2012, relativo à aplicação dos artigos 107.º e 108.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos auxílios de *minimis* concedidos a empresas que prestam serviços de interesse económico geral, publicado no JOUE L 114/8, 26 de Abril de 2012.

⁴⁶ Ponto 4, do referido Regulamento de *Minimis*. Porém, nem todos os auxílios de montante inferior a 500 000 euros estão isentos da obrigação de notificação (ver pontos 7-11 do Regulamento).

CAPÍTULO II – o Regime de Financiamento dos Serviços de Interesse Económico Geral: mera compensação ou auxílio de Estado

Ao longo dos anos, foram surgindo no seio da jurisprudência dos Tribunais europeus, várias teses relativamente à qualificação da medida de financiamento concedida pelos Estados-membros às empresas encarregadas da gestão de SIEG.

Efectivamente, foram avançadas três teses ou teorias: a da compensação, a dos auxílios de Estado, a Quid Pro Quo e a compensatória condicional.

Vejam os de seguida, cada uma delas.

2.1. Teoria da Compensação

A Teoria da Compensação teve origem em dois acórdãos, o acórdão ABDHU e o acórdão Ferring.

2.1.1. Acórdão ADBHU

O caso ADBHU⁴⁷, teve origem numa questão prejudicial suscitada ao Tribunal por parte do Tribunal de Grande instance de Créteil que consistia em saber se as indemnizações concedidas a certas empresas pelos serviços por eles realizados na recolha e / ou eliminação dos óleos usados, ao abrigo da directiva do Conselho de 16 de Junho de 1975, relativa à eliminação dos óleos usados⁴⁸, constituíam um auxílio estatal na acepção do artigo 107.º, n.º 1 TFUE.

O Tribunal respondeu a esta questão arguindo que, uma vez que o montante das indemnizações concedidas não excedeu os custos anuais efectivos decorrentes da prestação do serviço, não deveriam ser qualificadas como auxílios mas sim como contrapartida das prestações efectuadas pelas empresas em causa⁴⁹.

⁴⁷ Acórdão de 7 de Fevereiro de 1985, ABDHU, proc. 240/83.

⁴⁸ Directiva do Conselho de 16 de Junho de 1975, publicada no JOUE n.º L 194, p. 23.

⁴⁹ Acórdão de 7 de Fevereiro de 1985, ABDHU, proc. 240/83, para 18.

Foi neste caso em que o Tribunal de Justiça estabeleceu pela primeira vez, o que viria a ser mais tarde chamado de tese da compensação.

2.1.2. Acórdão Ferring

No acórdão Ferring de 22 de Novembro de 2001, o Tribunal voltou a adoptar a doutrina do acórdão ADBHU⁵⁰.

O caso Ferring dizia respeito à distribuição de medicamentos por parte de distribuidores grossistas e dos laboratórios farmacêuticos. A lei francesa impunha aos distribuidores grossistas a obrigação de disporem de um estoque mínimo permanente de medicamentos que lhes permitisse garantir o abastecimento das farmácias localizadas numa determinada área geográfica e a obrigação de entregar medicamentos dentro de 24 horas após o recebimento de um pedido entre a manutenção da prática de outras acções.

Os laboratórios farmacêuticos, por outro lado, disponham igualmente de autorização para proceder à distribuição destes produtos através de vendas directas às farmácias estando, porém, isentos do cumprimento das obrigações de serviço público anteriormente mencionadas. Para fazer face a esta situação de desvantagem concorrencial por parte dos distribuidores grossistas em relação aos laboratórios farmacêuticos, o Estado Francês criou, em 1997, uma taxa a ser cobrada aos laboratórios farmacêuticos⁵¹.

O TJUE foi abordado a título prejudicial pela questão de saber se a isenção fiscal concedida aos distribuidores grossistas consistia num auxílio estatal abrangido pela proibição prevista no artigo 107.º, n.º 1 TFUE.

O TJUE considerou que, desde que haja equivalência entre o imposto sobre as vendas directas dos laboratórios farmacêuticos às farmácias e os custos adicionais efectivamente suportados pelos distribuidores grossistas no exercício das suas obrigações de serviço público, a não sujeição dos distribuidores por grosso ao pagamento do imposto deve ser considerada como uma mera compensação pelas OSP`s a que se encontram adstritos, não havendo qualquer vantagem económica nos termos do artigo 107.º, n.º 1 do Tratado, porque o único efeito do imposto será o de colocar os distribuidores e os laboratórios farmacêuticos na mesma posição competitiva⁵².

⁵⁰ Acórdão de 22 de Novembro de 2001, Ferring, proc. C-53/00.

⁵¹ Acórdão de 22 de Novembro de 2001, Ferring, proc. C-53/00, para 9.

⁵² Acórdão de 22 de Novembro de 2001, Ferring, proc. C-53/00, para 27.

Assim, o TFUE concluiu que o financiamento das obrigações de serviço público apenas constitui um auxílio estatal, na medida em que a vantagem económica recebida pelos distribuidores grossistas exceda a remuneração adequada para cobrir os custos auferidos com a prestação do SIEG ⁵³⁵⁴. Tal como no caso ADBHU, o TFUE adoptou, portanto, uma abordagem compensatória.

O TFUE considerou ainda que a remuneração, que exceda o montante dos custos relativos às OSP`s, não pode beneficiar da isenção plasmada nos termos do artigo 106.º, n.º 2 TFUE, por dois motivos: 1) o excesso de compensação não será necessário para que a empresa desempenhe as tarefas específicas que lhe foram atribuídas e 2) o critério da proporcionalidade entre o fornecimento dos medicamentos e afectação da concorrência e do comércio intracomunitário, não se encontraria satisfeito⁵⁵.

2.1.3. Críticas à tese da compensação

Tal como acabamos de ver, segundo a tese da compensação, o financiamento concedido pelo Estado ao prestador de um serviço de interesse económico geral, não constitui um auxílio de Estado nos termos do n.º 1 do artigo 107.º do Tratado, sempre que o montante de compensação não exceda o necessário para cobrir os custos reais ou efectivos referentes ao cumprimento das obrigações de serviço público.

A interpretação do critério vantagem económica do artigo 107.º, n.º 1 TFUE, feita sob a perspectiva da tese da compensação, assenta na suposição de que a imposição de obrigações de serviço público acarreta custos adicionais para a empresa em causa, que de outra forma esta não teria que suportar. Se tais empresas não fossem devidamente compensadas pelos encargos obtidos com as OSP`s, ficariam em posição de desvantagem em relação às demais empresas suas concorrentes, causando, deste modo, um desequilíbrio na concorrência.

⁵³ Acórdão de 22 de Novembro de 2001, Ferring, proc. C-53/00, para 29.

⁵⁴ A decisão do Tribunal mostrou-se de acordo com a opinião do Advogado Geral António Tizzano relativamente a este caso, entregue em 8 de Maio de 2001.

Segundo Tizzano, “(...) 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” (parágrafo 61). Concluindo que “As medidas públicas que sejam estritamente necessárias para compensar os custos líquidos adicionais decorrentes do cumprimento das obrigações de serviço público não constituem auxílios estatais na acepção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE” (para 63).

⁵⁵ Acórdão de 22 de Novembro de 2001, Ferring, proc. C-53/00, ponto 32.

Sempre que a compensação seja atribuída num montante proporcional ao montante dos custos adicionais decorrentes do cumprimento das obrigações de serviço público, ela produz um efeito economicamente neutro, dado que, não confere qualquer vantagem real em prol do destinatário.

Deste modo, só estaremos perante um auxílio de Estado nas situações em que a indemnização atribuída exceda os custos adicionais das obrigações de serviço público.

Várias têm sido as críticas apontadas a tese da compensação tal como ela acabou de ser descrita.

Uma das críticas a tese da compensação é a de que confere uma protecção muito fraca a concorrência e ao comércio intracomunitário. Se, por um lado, parece evidente que a tese da compensação permite efectuar uma análise correcta do critério de vantagem estabelecido no artigo 107.º, n.º 1 TFUE, ao definir que não existe nenhuma vantagem nos casos em que a compensação seja concedida no montante estritamente necessário para cobrir os custos reais do cumprimento das OSP's. Por outro, não exigir a observância de outro requisito para além de que a compensação não exceda os custos adicionais das prestação das obrigações de serviço público revela-se claramente insuficiente para isentar a sujeição do financiamento das obrigações do serviço público às regras relativas aos auxílios.

O Advogado Geral Léger também criticou a tese da compensação por esta classificar uma certa medida estadual como sendo uma mera compensação ou um auxílio de estado atendendo apenas às causas e finalidade da sua concessão e não, como deveria ser, com base nos seus efeitos na concorrência e no comércio intracomunitário⁵⁶.

Porém, a crítica central feita a tese da compensação prende-se com a perda de efeito do artigo 106.º, n.º 2 TFUE em sede de controlo dos auxílios estatais⁵⁷.

Nos casos em que o financiamento exceda os custos adicionais do cumprimento das obrigações de serviço público, o financiamento é considerado como sendo um auxílio estatal se, evidentemente, os demais requisitos do artigo 107.º, n.º 1 TFUE se encontrem reunidos.

⁵⁶ Opinião do Advogado Geral Léger no acórdão 19 de Março de 2002, *Altmark Trans* (2003), Proc. C-280/00, para 76 e ss.

⁵⁷ Ver opinião do Advogado-Geral Jacobs no âmbito do acórdão de 20 de Novembro de 2003, *GEMO S.A.*, Proc. n.º C-126/01, para 116 e a opinião do Advogado-Geral Léger no acórdão *Altmark*, cit., 2002, para 79-82.

No entanto, a tese da compensação determina que nesta situação, a medida não pode ser justificada nos termos do artigo 106.º, n.º 2, por considerar que o critério da proporcionalidade entre a disponibilidade dos SIEG e afectação da concorrência e do comércio intracomunitário não se encontra satisfeito.

Além disso, a tese da compensação tem sido muito criticada por diminuir o poder de fiscalização da Comissão em matéria de auxílios estatais, por não sujeitar todas as compensações concedidas para cobrir os custos das obrigações de serviço público às regras processuais do artigo 108.º TFUE.

Por fim, foi argumentado que a tese da compensação não concede nenhum incentivo para que os beneficiários da ajuda sejam eficientes, dado que o limite da compensação corresponde ao valor dos custos reais. Assim sendo, a empresa pode aumentar os seus custos e ainda assim, ser reembolsada. Tal permitirá ao beneficiário obter uma vantagem injusta sobre os potenciais concorrentes que não recebem auxílios, ao mesmo tempo que possibilita ao destinatário competir em outros mercados que estão abertos à concorrência, em detrimento de outras empresas provavelmente mais eficientes.

2.2. Tese dos auxílios de estado

No âmbito de dois julgamentos, o TPI desviou-se da abordagem tomada pelo TJUE no caso ADBHU e considerou que mesmo os benefícios financeiros concedidos pelos Estados-membros com o intuito de compensar apenas os encargos adicionais incorridos pelos custos associados às obrigações de serviço público, são considerados auxílios de estado, nos termos do artigo 107.º, n.º 1 TFUE, ainda que possam ser considerados compatíveis com o mercado comum, com base no artigo 106.º, n.º 2 TFUE⁵⁸.

2.2.1. Acórdão FFSA

O acórdão FFSA⁵⁹ surgiu na sequência de uma queixa dirigida à Comissão pela Fédération française des sociétés d'assurances (“FFSA”), conjuntamente com a Union des sociétés étrangères d'assurances (“USEA”) e o Groupe des assurances mutuelles agricoles (“Groupama”), associações que representam empresas de seguros, alegando que os

⁵⁸ Acórdão de 27 de Fevereiro de 1997, FFSA e outros c/Comissão, proc. T-106/95, para 172; acórdão de 10 de Maio de 2000, SIC c/Comissão, proc. T-46/97, para 84.

⁵⁹ Acórdão de 27 de Fevereiro de 1997, Fédération Française des Sociétés d'Assurances (“FFSA”) e outros c./Comissão, proc. T-106/95, p. 2-229.

benefícios fiscais, sob a forma de redução de 85 % da matéria colectável da tributação local, concedidos pelas autoridades francesas à operadora de correios francesa La Poste, constituíam verdadeiros auxílios.

A Comissão afirmou, que de facto, as vantagens atribuídas a La Poste eram inferiores aos custos adicionais suportados com a prossecução das obrigações de serviço público (designadamente, a exigência de servir todo o território nacional) e que, por isso, não deveriam ser considerados auxílios nos termos do artigo 107.º, n.º 1 TFUE⁶⁰.

Esta decisão da Comissão foi objecto de recurso para o Tribunal de Primeira Instância (TPI) que, por sua vez, não concordou com esta decisão.

O TPI começou por afirmar que o benefício fiscal em causa, independentemente de o seu montante ser inferior aos custos suplementares das OSP's, constitui um auxílio de estado nos termos do artigo 107.º, n.º 1 TFUE, uma vez que, embora não tenha ocorrido uma transferência de recursos estatais propriamente dita, permitiu a empresa de correios obter uma vantagem que de outra forma e em condições normais de mercado, não teria obtido. Assim sendo, as medidas estatais não são definidas em função das causas ou dos objectivos das intervenções em causa, mas sim, em função dos respectivos efeitos.

No entanto, apesar de considerar que as compensações concedidas as empresas encarregadas da gestão de SIEG devem ser vistas como verdadeiros auxílios, por se encontrarem preenchidos todos os elementos presentes no artigo 107.º, n.º 1 TFUE, o TPI deixou bem claro que tal não significa que esteja vedada a possibilidade de tais auxílios ser considerados compatíveis com o mercado interno, nos termos do artigo 106.º, n.º 2⁶¹.

Para que tal aconteça, é necessário que o único objectivo do auxílio seja o de compensar os custos adicionais incorridos com o cumprimento das obrigações de serviço público e que a concessão do auxílio seja necessária para que a empresa possa realizar tais obrigações em condições de equilíbrio financeiro⁶².

2.2.2. Acórdão SIC

A jurisprudência do acórdão FFSA veio posteriormente a ser reiterada pelo TJUE no acórdão SIC⁶³.

⁶⁰ Acórdão FFSA, cit., para 16 e 65.

⁶¹ Acórdão FFSA, cit., para 167 -172.

⁶² FFSA, cit., para 178.

⁶³ Acórdão de 26 de Junho de 2008, SIC- Sociedade Independente de Comunicação, SA c/ Comissão das Comunidades Europeias, Proc.T-442/03. Processo no qual a SIC apresentou duas queixas contra a RTP-

Na origem deste processo estiveram duas queixas apresentadas pela SIC (Sociedade Independente de Comunicação, SA) contra a RTP (Rádiatelevisão Portuguesa S.A.) junto da Comissão Europeia.

O Tribunal considerou que as subvenções atribuídas pelo Governo português representavam uma vantagem económica, dado que a RTP não teria recebido tal vantagem sob condições normais de mercado⁶⁴.

Novamente, o TPI considerou irrelevante o facto de as autoridades públicas concederem uma vantagem financeira a uma empresa apenas com o intuito de compensá-las pelos custos das obrigações de serviço público assumidas por essa empresa para efeitos de qualificação de tal medida como sendo um auxílio de Estado na acepção do n.º 1 do artigo 107.º TFUE. Contudo, nada obsta a que tal elemento seja tomado em consideração no âmbito da análise de compatibilidade do auxílio com o mercado comum, nos termos do n.º 2 do artigo 106º TFUE⁶⁵.

2.2.3. Críticas à tese dos auxílios de estado

Tal como verificamos anteriormente, segundo a tese dos auxílios de Estado, uma vantagem económica concedida a uma empresa pelas autoridades públicas com vista a compensar o custo das obrigações de serviço público constitui um auxílio na acepção do n.º 1 do artigo 107.º TFUE, sempre que se encontrem presentes os demais critérios.

Não obstante, tal auxílio poderá vir a ser considerado compatível com base no artigo 106.º, n.º 2 TFUE.

Esta concepção baseia-se no raciocínio segundo o qual o n.º 1 do artigo 107.º TFUE não distingue as medidas estatais em função das suas causas ou objectivos, mas antes em função dos respectivos efeitos.

Podemos apontar alguns méritos a tese dos auxílios estatais, por ser uma solução que, à primeira vista, oferece uma maior segurança jurídica ao submeter todas as

Rádiatelevisão Portuguesa S.A. junto da Comissão Europeia. Uma das queixas dizia respeito as formas de financiamento dos canais explorados pela RTP, com vista a obtenção da declaração de incompatibilidade com o mercado comum e da violação da obrigação de notificação prévia dos auxílios denunciados. Em 22 de Outubro de 1996, a SIC apresentou uma segunda queixa tendo novamente por base a obtenção da declaração de incompatibilidade com o mercado comum das dotações financeiras concedidas pelo Governo Português à RTP na data de 1994-1996 bem como a não notificação do pagamento de novos auxílios decorrentes de um aumento de capital e da concessão de uma garantia por este concedida no âmbito da emissão pela RTP de um empréstimo obrigacionista.

⁶⁴ Acórdão de 10 de Maio de 200, SIC c/Comissão, proc. T-46/97, para 78 e 79.

⁶⁵ Acórdão de 10 de Maio de 200, SIC c/Comissão, proc. T-46/97, para 82-84.

compensações às regras relativas aos auxílios, fornecendo uma melhor protecção da concorrência. Além disso, esta tese veio conferir sentido e aplicabilidade a derrogação prevista no artigo 106.º, n.º 2 TFUE, assegurando que as medidas de financiamento não sejam admitidas em circunstâncias menos rigorosas do que as permitidas por essa disposição.

Não obstante, tal como sucedeu com a tese da compensação, a tese dos auxílios de estado não ficou imune a elaboração de críticas.

Primeiramente, a tese dos auxílios estatais possibilita uma interpretação muito ampla do conceito de auxílio de Estado, ao incluir no critério de vantagem económica as meras compensações pelos custos adicionais suportados pelos prestadores de SIEG, englobando, assim, mais medidas do que a própria regra de proibição prevista no artigo 107.º, n.º 1 TFUE parece abranger.

Por conseguinte, esta interpretação ampla do artigo 107.º, n.º 1 TFUE não se apresenta conciliável com a própria disposição em si. Pois, de acordo com o preceito mencionado não basta a existência de uma vantagem, sendo igualmente necessário que essa vantagem provoque uma distorção da concorrência. Ora, não nos parece que haja uma vantagem e uma distorção da concorrência quando a medida de financiamento se limite a compensar os custos suplementares do cumprimento das OSP's.

A imposição das obrigações de serviço público e a respectiva compensação são dois elementos intrínsecos à medida pública que não podem ser dissociados apenas para efeitos de qualificação do financiamento das obrigações de serviço público como sendo um auxílio.

2.3. Tese do Quid Pro Quo

Como resposta aos problemas inerentes tanto na tese dos auxílios estatais como na tese da compensação, que enunciamos anteriormente, o Advogado Geral Jacobs nas suas conclusões apresentadas no âmbito do acórdão GEMO⁶⁶ propôs uma solução alternativa, que ficou conhecida como a tese quid pro quo⁶⁷.

⁶⁶ Conclusões do Advogado-Geral Jacobs apresentadas em 30 de Abril de 2002 no âmbito do acórdão de 20 de Novembro de 2003, GEMO S.A., Proc. C-126/01.

⁶⁷ A análise do Advogado-Geral Jacobs, foi retomada pela Advogada-Geral Stix-Hackl nas conclusões que retirou no âmbito do processo Enirisorse Spa. Ver Conclusões da Advogada-Geral Stix-Hackl apresentadas em 7 de Novembro de 2002 no âmbito do acórdão Enirisorse Spa, Processos apensos C-341/06 e C-342/06.

Trata-se de uma tese intermédia que procurou conciliar a tese da compensação com a tese dos auxílios estatais para efeitos de avaliação da compensação de serviço público.

Assim, AG Jacobs determinou a aplicação da tese da compensação nos casos em que, por um lado, exista uma conexão directa e evidente entre o financiamento concedido pelo Estado, o que aconteceria quando as referidas obrigações e a compensação fossem atribuídas na sequência de um procedimento de concurso público transparente e não discriminatório e, por outro, quando as obrigações de interesse geral impostas fossem claramente definidas.

Em contrapartida, a tese dos auxílios de estado será aplicada nos casos em que não fosse claramente manifesto que o financiamento estatal se destinaria a compensar as obrigações de interesse geral claramente definidas⁶⁸.

Apesar de, na prática, a distinção entre as duas categorias de casos consoante os quais a tese da compensação ou dos auxílios serão aplicadas, nem sempre ser possível de realizar, há que salientar alguns dos aspectos positivos da tese *quid pro quo*.

Como aspecto positivo, podemos apontar que esta tese parece estar em linha de concordância com a jurisprudência acerca da interpretação a ser feita do artigo 107.º, n.º 1 TFUE. Com efeito, o Tribunal afirmou, por diversas vezes, que as causas e a finalidade que estão na base da motivação do financiamento estatal devem relevar apenas na fase de apreciação de compatibilidade da medida com o mercado comum, nos termos do artigo 107.º, n.º 2 e 3 e do artigo 106.º, n.º 2 TFUE.

Sempre que não for claro e transparente que o financiamento estatal corresponde a obrigações de interesse geral bem definidas, estaremos perante um auxílio de estado, sem prejuízo de que possa ser considerado compatível nos termos do artigo 106.º, n.º 2 TFUE.

Deste modo, AG Jacobs diminui o leque de medidas que são capazes de escapar a qualificação de auxílio estatal segundo a tese da compensação, ao mesmo tempo que limita a tese dos auxílios estatais estabelecendo que esta deve ser apenas utilizada em situações em que não seja de todo claro que o financiamento constitui uma mera contraprestação pelos SIEG prestados.

⁶⁸ Conclusões do Advogado-Geral Jacobs, acórdão GEMO, op cit., para 118-119.

2.4. Teoria compensatória condicional

No caso Altmark⁶⁹, o Tribunal deparou-se com uma questão prejudicial, colocada pelo Bundesverwaltungsgericht, no âmbito de um litígio entre a Altmark Trans GmbH e a Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH no seguimento da concessão à primeira, por parte do Governo da Região de Magdebourg, de licenças de serviços regulares de transporte em autocarro e de subvenções públicas em virtude da imposição de certas obrigações para a realização de tal serviço (nomeadamente, a obrigação de cobrar sempre a tarifa autorizada e de cumprir um horário estipulado).

A principal questão que se colocou ao TJUE foi a de saber se a atribuição destas subvenções, destinadas a compensar o défice de exploração do transporte público de pessoas com carácter local, estavam sujeitas à proibição prevista no artigo 107.º, n.º 1 TFUE.

O TJUE começou por responder que a incidência local do serviço não é suficiente para que se considere que a subvenção atribuída não afecte ou não possa afectar as trocas comerciais interestaduais. Efectivamente, a subvenção pode ter o efeito de manter ou aumentar o fornecimento de transportes pela Altmark Trans, dificultando ou até mesmo inviabilizando que outras empresas possam desenvolver as suas actividades no mercado desse Estado-membro⁷⁰.

No que tange a questão de saber se a subvenção em causa consistia um verdadeiro auxílio de estado, o TJUE afirmou que quando uma medida de financiamento se limite a compensar a empresa beneficiária pelos serviços prestados, a fim de cumprir as obrigações de serviço público que lhe foram impostas, tal medida não será abrangida pelo artigo 107.º, n.º 1 TFUE⁷¹.

Assim sendo, o Tribunal confirmou a sua jurisprudência em ADBHU e Ferring de que quando uma mera compensação não exceda os custos adicionais de OSP`s não constitui uma vantagem e, conseqüentemente, não será considerada um auxílio estatal (tese da compensação).

⁶⁹ Acórdão de 24 de Julho de 2003, Altmark Trans, Proc. C-280/00, pp. I-7747.

⁷⁰ Acórdão Altmark, cit., para 77 – 81.

⁷¹ Altmark, cit., para 90 e 95.

No entanto, o Tribunal adicionou uma série de condições cumulativas que devem ser observadas para que o pagamento de uma mera compensação possa se subtrair da qualificação de auxílio, designadamente:

A) “ (...) Em primeiro lugar, a empresa beneficiária deve efectivamente ser incumbida do cumprimento de obrigações de serviço público e essas obrigações devem estar claramente definidas” (...);

B) (...) Em segundo lugar, os parâmetros com base nos quais será calculada a compensação devem ser previamente estabelecidos de forma objectiva e transparente, a fim de evitar que aquela implique uma vantagem económica susceptível de favorecer a empresa beneficiária em relação a empresas concorrentes (...).

C) (...) Em terceiro lugar, a compensação não pode ultrapassar o que é necessário para cobrir total ou parcialmente os custos ocasionados pelo cumprimento das obrigações de serviço público, tendo em conta as receitas obtidas, assim como um lucro razoável (...);

D) (...) Em quarto lugar, quando a escolha da empresa a encarregar do cumprimento de obrigações de serviço público, num caso concreto, não seja efectuada no âmbito de um processo de concurso público que permita seleccionar o candidato capaz de fornecer esses serviços ao menor custo para a colectividade, o nível da compensação necessário deve ser determinado com base numa análise dos custos que uma empresa média, bem gerida e adequadamente equipada em meios de transporte para poder satisfazer as exigências de serviço público requeridas, teria suportado para cumprir estas obrigações, tendo em conta as respectivas receitas assim como um lucro razoável relativo à execução destas obrigações”⁷².

2.4.1. Análise dos critérios Altmark

Para uma maior compreensão convém analisarmos separadamente cada um dos critérios previstos na jurisprudência Altmark.

⁷² Acórdão Altmark, cit., para 87-93.

O primeiro critério de Altmark traduz a necessidade de definir e atribuir de modo claro e transparente as obrigações de serviço público desde o início para que se possa deduzir com exactidão quais as obrigações de serviço público impostas às empresas⁷³.

Esta exigência coincide com o artigo 106.º, n.º 2, TFUE e procura garantir que o Estado não abuse da ampla margem de autonomia de que dispõe na designação de determinados serviços como sendo serviços de interesse económico geral e no estabelecimento de obrigações de serviço público.

Se as obrigações de serviço público forem suficientemente bem definidas, tal facilitará a tarefa dos tribunais nacionais quando estes forem confrontados com acções relativas às compensações públicas⁷⁴.

Nos termos do segundo critério, os parâmetros com base nos quais o montante exacto de compensação é calculado, devem ser previamente estabelecidos, de forma objectiva e transparente, a fim de evitar que inclua uma vantagem económica susceptível de favorecer a empresa beneficiária em relação às empresas concorrentes.

A necessidade de estabelecer previamente os parâmetros da compensação não significa que a compensação tenha de ser calculada com base numa fórmula específica.

Quanto ao terceiro critério, o Tribunal exige que se efectue um juízo de proporcionalidade entre o montante da compensação atribuída e o custo suplementar suportado com o cumprimento das OSP`s com o intuito de evitar casos de compensação excessiva.

Assim, a compensação não pode ultrapassar o que é necessário para cobrir total ou parcialmente os custos ocasionados pelo cumprimento das obrigações de serviço público, tendo em conta as receitas obtidas, assim como um lucro razoável pela execução destas obrigações.

No entanto, o Tribunal não esclarece de que modo o conceito de "lucro razoável" deve ser interpretado, criando assim uma incerteza não totalmente irrelevante. Tal

⁷³ Deste modo, se uma determinada empresa de um Estado-membro decidir por iniciativa própria, prestar esses serviços à colectividade deverá arcar com os respectivos custos, não havendo lugar à qualquer compensação por parte do Estado. Ver, NETTESHEIM, Martin. "Les services d'intérêt general en droit communautaire entre libre concurrence et état social". in RIDC, n. 3, 2008. p. 621.

⁷⁴ TRAVERS, Noel. "Public service obligations and state aid: Is all really clear after Altmark?" in: EStAL, n. 3, 2003. p. 390.

imprecisão é susceptível de criar dificuldades, nomeadamente, quanto à questão de saber em que casos é que estaremos perante um lucro normal ou excessivo⁷⁵.

Por fim, no quarto critério, o TJUE utiliza como critério de eficiência a existência de um procedimento de contratação pública que possibilite seleccionar o candidato que apresente as melhores condições para proceder ao fornecimento do serviço de interesse económico geral ao menor custo possível para a colectividade e, alternativamente, quando não seja empregue o procedimento de concurso público, o nível da compensação deve basear-se na análise dos custos que uma empresa média, bem gerida e adequadamente equipada em meios de transporte para poder satisfazer as exigências de serviço público requeridas teria suportado para cumprir estas obrigações, tendo em conta as respectivas receitas assim como um lucro razoável relativo à execução destas obrigações.

A abertura de um procedimento de contrato público transparente, aberto e não discriminatório, deverá de ser realizada em conformidade com a Directiva 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais⁷⁶ e a Directiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços⁷⁷.

A exigência de selecção da empresa encarregada da gestão de SIEG através de um procedimento de contratação pública possibilita às empresas interessadas competirem efectivamente umas com as outras com base nos preços e na eficiência⁷⁸.

Sempre que o procedimento de concurso público permita seleccionar a empresa concorrente com capacidade para prestar o serviço ao menor custo para a colectividade, o TJUE considera não estarmos perante um auxílio de estado.

⁷⁵ No entanto, este problema foi resolvido posteriormente, em 2005, pela Decisão SIEG (que estabelece a noção de lucro razoável. Nos termos do artigo 5.º, n.º 4 da Decisão, entende-se por “lucro razoável”, a taxa de remuneração dos capitais próprios que tome em consideração o risco ou a ausência de risco, suportado pela empresa em virtude da intervenção do Estado-membro. Decisão da Comissão 2005/842/CE, de 28 de Novembro de 2005, relativa à aplicação do n.2 do artigo 106.º do TFUE aos auxílios estatais sob a forma de compensação de serviço público concedidos a certas empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico, publicada no JOUE L 312/76, de 29 de Outubro de 2005.

⁷⁶ Publicada no JOUE L 134 de 30.4.2004, p. 114.

⁷⁷ Publicada no JOUE L 134 de 30.4.2004, p. 1.

⁷⁸ Nicolaidis, Phedon: “Competition and Services of General Economic Interest na UE: reconciling Economics and Law”, em *European State Aid Law Quarterly*, 2003, p. 195.

O TJUE não estabelece qual o procedimento que deve ser utilizado. Todavia, de entre os quatro tipos de procedimentos de contratação pública previstos nas Directivas de contratação⁷⁹, o concurso público parece ser o mais idóneo e eficiente, sendo o procedimento que, em regra, permite aferir qual a proposta ao menor custo. À par do concurso público, a realização de um concurso limitado⁸⁰ também parece cumprir o quarto critério Altmark, a menos que sejam impedidos de participar, sem uma razão válida, operadores interessados.

Relativamente ao diálogo concorrencial⁸¹ ou ao procedimento por negociação com publicação de anúncio de concurso⁸², em virtude, do amplo poder discricionário que conferem às entidades adjudicantes, só em casos excepcionais poderão ser considerados suficientes para respeitar o quarto critério Altmark. Já quanto ao procedimento por negociação sem publicação de um anúncio de concurso⁸³, este procedimento não é considerado suficiente para garantir a selecção de um prestador com capacidade para prestar esses serviços ao menor custo para a colectividade.

Quanto aos critérios de adjudicação, tanto o critério do preço mais baixo⁸⁴ como o da proposta economicamente mais vantajosa satisfazem o quarto critério Altmark.

Contudo, tem-se verificado um aumento dos litígios judiciais em sede de contratação pública e empresas prestadoras de SIEG.

Grande parte desses litígios têm como objecto a impugnação do acto de adjudicação com o argumento de que este acto tem sido frequentemente utilizado como instrumento de concessão disfarçada de auxílios de estado. Quando tal se confirme, o contrato é considerado incompatível com o mercado comum, nos termos do artigo 107.º, n.º 1 TFUE.

⁷⁹ Estão previstos quatro tipos de procedimentos nas Directivas sobre contratação pública: concurso público, concurso limitado, negociação e diálogo concorrencial. Ver Directiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 31 de Março de 2004 relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços; consultar também a Directiva 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 31 de Março de 2004 relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais.
2004/17/CE.

⁸¹ Artigo 29.º da Directiva 2004/18/CE.

⁸² Artigo 31.º da Directiva 2004/18/CE. Ver também artigo 40.º, n.º 3, da Directiva 2004/17/CE.º da Directiva 2004/18/CE e artigo 1.º, n.º 9, da Directiva 2004/17/CE.

⁸³ Artigo 31.º da Directiva 2004/18/CE. Ver também artigo 40.º, n.º 3, da Directiva 2004/17/CE.

⁸⁴ Artigo 53.º, n.º 1, alínea b), da Directiva 2004/18/CE e artigo 55.º, n.º 1, alínea b), da Directiva 2004/17/CE.

Pode, eventualmente, suceder que o concurso público não assegure que a proposta vencedora seja a economicamente mais vantajosa. Se prestarmos atenção para os SIEG que são fornecidos em rede, a empresa que detém a propriedade da rede estará *ab initio* em grande vantagem em relação às demais empresas no âmbito do concurso, a não ser que também seja concedido às suas concorrentes livre acesso à rede. Nestas situações é normal que a empresa que beneficiou da vantagem apresente uma proposta com um valor imediatamente abaixo da proposta mais competitiva avançada pelos seus concorrentes.

Como alternativa à existência de um procedimento de concurso público, o TJUE admitiu que o montante da compensação pode ser determinado com base numa análise dos custos que uma empresa média, bem gerida e adequadamente equipada com meios materiais, teria suportado para cumprir as obrigações de serviço público, tendo em conta as receitas obtidas, assim como um lucro razoável relativo à execução destas obrigações.

O Tribunal não determinou o conceito de empresa bem gerida. Com efeito, para que os Estados-membros demonstrem que a empresa encarregada da gestão de SIEG é bem gerida, terão que utilizar critérios objectivos que sejam reconhecidos, em termos económicos, como representativos de uma gestão satisfatória.

Os custos a tomar em consideração no montante da compensação, compreendem todos os custos associados ao SIEG, ou seja, os custos directos necessários para prestar o SIEG e uma contribuição adequada para os custos indirectos comuns ao SIEG e às outras actividades.

Caso o Estado-membro demonstre que a estrutura de custos da empresa encarregada da gestão de SIEG corresponde à média dos custos de empresas eficientes e comparáveis no sector em questão, incluindo um lucro razoável, estará cumprido o quarto critério Altmark.

Por “lucro razoável”, deve entender-se a taxa de rendibilidade do capital⁸⁵ que seria exigida por uma empresa média ao ponderar a oportunidade de prestar o serviço de interesse económico geral durante a totalidade do período de atribuição, tendo em consideração o nível de risco.

Dadas as características específicas dos serviços de interesse económico geral, pode acontecer que, em certas circunstâncias, não seja adequado comparar os custos de

⁸⁵ Por taxa de rendibilidade do capital entende-se a taxa interna de rendibilidade (TIR) que a empresa obtém ao longo da vida do projecto em relação ao capital por si investido, ou seja, a TIR dos fluxos de caixa decorrentes do contrato.

uma empresa encarregada do seu fornecimento com outras empresas hipotéticas que actuam no mercado numa situação diferente, sob pena de alcançarmos soluções arbitrárias⁸⁶.

Não nos podemos esquecer que grande parte dos sectores onde as empresas encarregadas da gestão de SIEG operam não existe concorrentes, nomeadamente, quando se trata de indústrias de rede.

Dos quatro critérios analisados anteriormente, podemos identificar a aplicação de três princípios fundamentais, a ter em conta para determinar se uma medida constitui (ou não) um auxílio de Estado: o princípio da transparência, o que pressupõe uma definição clara das obrigações de serviço público prosseguidas pela empresa beneficiária; o princípio da proporcionalidade, o que significa que a compensação não pode ultrapassar a medida do necessário para cobrir total ou parcialmente os custos adicionais resultantes do incumprimento das obrigações de serviço público; e o princípio da racionalidade económica, o que pressupõe que caso a escolha da empresa responsável pela prestação do serviço público não tenha sido feita através de concurso público, o nível da compensação deve ser determinado através da análise dos custos que uma empresa média, bem gerida e adequadamente equipada, teria suportado com o cumprimento das obrigações de serviço público.

Por se tratar de critérios cumulativos, sempre que um ou mais dos quatro critérios identificados no acórdão Altmark não se verificarem, a compensação de serviço público constitui um auxílio de estado e é sujeita a obrigação de notificação e de suspensão prevista no artigo 108.º, n.º 3 TFUE. No entanto, a medida pode ainda ser considerada compatível com o mercado comum, nos termos da derrogação do artigo 106.º, n.º 2 TFUE.

2.5. Compatibilidade dos auxílios concedidos às empresas encarregadas da gestão de SIEG com o mercado comum

Como acabamos de observar, basta que uma das quatro condições Altmark não se encontre preenchida para que a medida de financiamento seja considerada um auxílio de estado.

⁸⁶ Hancher, Leigh: “Toward a new definition of a State aid under European Law: Is there a New Concept of State Aid Emerging?” em *European State Aid Law Quarterly*, p. 317.

Não obstante, mesmo que a medida constitua um auxílio concedido à empresa encarregada da gestão de SIEG, este auxílio poderá ainda ser considerado compatível com o mercado comum se beneficiar da derrogação prevista no artigo 106.º, n.º 2 TFUE.

Com o intuito de articular o regime do financiamento dos serviços de interesse económico geral (artigo 106.º, n.º 2 TFUE) com o regime europeu dos auxílios de Estado (artigo 107.º, n.º 1 TFUE), a Comissão adoptou, em 2005, um conjunto de instrumentos jurídicos, que ficaram conhecidos como o Pacote SIEG⁸⁷.

Este Pacote é composto por três actos, designadamente:

(1) Decisão da Comissão de 28 de Novembro de 2005 (doravante, Decisão SIEG), sobre a aplicação do artigo 106 do TFUE aos auxílios estatais sob a forma de compensação de serviço público concedidas a certas empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral, nos termos do artigo 106.º, n.º 3 TFUE⁸⁸, e

(2) O Enquadramento comunitário (doravante, Enquadramento SIEG) dos auxílios estatais sob a forma de compensação serviço público⁸⁹.

(3) A Directiva da Transparência⁹⁰.

2.5.1. Decisão SIEG

A referida Decisão tinha como principal objectivo o de fixar as condições com base nas quais os Auxílios estatais sob a forma de compensação de serviço público concedidos a certas empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral devem ser considerados compatíveis com o mercado interno nos termos do artigo 106.º, n.º 2 TFUE e isentos da obrigação de notificação prévia e da cláusula de suspensão consagradas no artigo 108.º, n.º 3 do TFUE.

⁸⁷ Também conhecido como Pacote Altmark ou Pacote Monti-Kroes.

⁸⁸ Decisão da Comissão 2005/842/CE, de 28 de Novembro de 2005, relativa à aplicação do n.º 2 do artigo 106.º do TFUE aos auxílios estatais sob a forma de compensação de serviço público concedidos a certas empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico, publicada no JOUE L 312/76, de 29 de Outubro de 2005.

⁸⁹ Enquadramento comunitário dos auxílios estatais sob a forma de compensação de serviço público, publicado no JOUE C 292/4 de 29 de Novembro de 2005.

⁹⁰ Directiva 2005/81/CE da Comissão, de 28 de Novembro de 2005, que altera a Directiva 80/723/CEE relativa à transparência das relações financeiras entre os Estados-Membros e as empresas públicas, bem como à transparência financeira relativamente a certas empresas, actualmente codificada através da Directiva 2006/111/CE da Comissão, de 16 de Novembro 2006, relativa à transparência das relações financeiras entre os Estados-Membros e as empresas públicas, bem como à transparência financeira relativamente a certas empresas, publicada no JOUE L 318/17 de 17 de Novembro de 2006, p. 17.

2.5.1.1. Âmbito de aplicação da Decisão SIEG

A Decisão aplica-se a quatro categorias de auxílios de Estado:

A) Compensação por serviço público concedido a empresas com um volume de negócios médio anual, antes de impostos de menos de 100 milhões (ou 800 milhões o volume de negócios do balanço, no caso de instituições de crédito) durante os dois anos financeiros anterior àquele em que o SIEG foi atribuído. O montante da compensação em causa deve ser inferior ao valor 30 milhões.

O limiar de 30 milhões pode ser determinado por uma média anual que represente o valor das compensações concedidas durante a vigência do contrato ou durante um período de cinco anos. Para as instituições de crédito, o limite de 1000 milhões de euros de volume de negócios passa a ter um limite de 800 milhões em termos de balanço total⁹¹.

B) As Compensações de serviço público concedidas a hospitais e organismos de habitação social que realizam actividades designadas pelo Estado-Membro em causa como SIEG⁹².

C) Compensações de serviço público concedidas a aeroportos e portos que tenham registado um tráfego médio anual inferior a 1.000.000 de passageiros no que se refere aos aeroportos e 300.000 passageiros no que se refere aos portos, durante os dois exercícios precedentes ao da atribuição do serviço de interesse económico geral⁹³.

A Decisão não se aplica aos Auxílios estatais concedidos as empresas do sector de transportes terrestres⁹⁴.

2.5.1.2. Condições de aplicabilidade da Decisão SIEG

(i) A Decisão SIEG só se aplica quando responsabilidade pela operação do SIEG é confiada à empresa em causa através de um ou mais actos oficiais⁹⁵.

⁹¹ Artigo 2.º, n.º 1 alínea a) da Decisão SIEG.

⁹² Artigo 2.º, n.º 1, alínea b) da Decisão SIEG.

⁹³ Artigo 2.º, n.º 1, alínea c) da Decisão SIEG.

⁹⁴ O artigo 93.º TFUE constitui uma *lex specialis* em relação ao artigo 106.º, n.º 2 TFUE relativamente aos transportes terrestres. As condições sobre as quais um auxílio pode ser concedido ao abrigo deste artigo estão estabelecidas no Regulamento (CE) 1370/2007 do Parlamento europeu e do Conselho, de 23 de Outubro de 2007 relativo aos serviços públicos de transporte ferroviário e rodoviário de passageiros e que revoga os Regulamentos (CEE) 1191/69 e (CEE) 1107/70 do Conselho, publicado no JOUE L 315/1, em 31 de Fevereiro de 2007.

O acto deve especificar a natureza e a duração da OSP, a empresa beneficiária e o território em causa, os direitos especiais ou exclusivos concedidos à empresa, os parâmetros de cálculo e de controlo e de revisão da compensação e disposições para evitar e reembolsar qualquer sobre compensação⁹⁶.

(iii) Segundo o artigo 5.º da Decisão SIEG, o montante da compensação não deve ultrapassar o necessário para cobrir os custos ocasionados pelo cumprimento das obrigações de serviço público, e descreve os custos⁹⁷, as receitas obtidas⁹⁸ e o lucro razoável⁹⁹ a ser tidos em conta.

Quando as empresas que prestam serviços de interesse económico geral recebam compensações superiores ao montante necessário para assegurar os custos do cumprimento das obrigações de serviço público ou quando as compensações recebidas para a gestão de um serviço de interesse económico geral sejam utilizadas para o desenvolvimento de actividades noutro mercado, esse excesso de compensação constituirá um auxílio estatal incompatível com o artigo 107.º, n.º 1 TFUE, ficando o beneficiário obrigado a devolver os montantes indevidos.

⁹⁵ A concessão pode ser feita por meio de um instrumento legal ou de um instrumento público (por exemplo, regulamento, contrato de direito público ou privado).

⁹⁶ Artigo 4.º da Decisão SIEG.

⁹⁷ Quanto ao cálculo dos custos, a Decisão estabelece que:

(a) Quando as actividades da empresa em causa se limitam ao serviço de interesse económico geral, podem ser tomados em consideração todos os seus custos;

(b) Se a empresa realizar igualmente actividades fora do âmbito do serviço de interesse económico geral, apenas podem ser considerados os custos ligados ao serviço de interesse económico geral;

(c) Os custos atribuídos ao serviço de interesse económico geral podem cobrir todos os custos variáveis ocasionados pela sua prestação, uma contribuição proporcional para os custos fixos comuns ao serviço de interesse económico geral e às outras actividades;

(d) Os custos relacionados com investimentos, nomeadamente relativos a infra-estruturas, podem ser tomados em consideração quando necessários para a gestão do serviço de interesse económico geral.

⁹⁸ Para além das receitas obtidas com a prestação do SIEG, caso a empresa em causa disponha de direitos especiais ou exclusivos associados a outro serviço de interesse económico geral que excedam o lucro razoável ou caso beneficie de outras vantagens concedidas pelo Estado, estes devem ser incluídos nas suas receitas (artigo 5.º, n.º 3 da Decisão SIEG).

⁹⁹ Nos termos do artigo 5.º, n.º 4 da Decisão SIEG, entende-se por “lucro razoável”, a taxa de remuneração dos capitais próprios que tome em consideração o risco ou a ausência de risco, suportado pela empresa em virtude da intervenção do Estado-membro.

A taxa de remuneração de capitais próprios não deve ultrapassar a taxa média registada no sector em causa nos últimos anos.

Nos sectores em que não exista qualquer empresa comparável à empresa encarregada da gestão do serviço de interesse económico geral, pode ser efectuada uma comparação com empresas situadas noutros Estados-membros ou se necessário pertencentes a outros sectores, desde que sejam tomadas em consideração as características de cada sector. Para determinar o que corresponde a um lucro razoável, os Estados-membros podem introduzir critérios de incentivo, nomeadamente em função da qualidade do serviço prestado e dos ganhos de produtividade.

(iii) Os Estados-membros devem realizar controlos regulares destinados a garantir que as empresas não recebem compensações superiores ao montante determinado nos termos do artigo 5.º da Decisão SIEG.

Todavia, quando o excesso de compensação não ultrapasse 10% do montante da compensação anual (ou 20% nos casos de empresas beneficiárias na área social que só prestam SIEG), a Decisão SIEG estabelece que pode transitar para o período anual seguinte, sendo deduzido ao montante da compensação relativa a esse período¹⁰⁰.

2.6.1. Enquadramento SIEG

O principal objectivo do Enquadramento SIEG (“Framework”) é o de garantir que não haja excesso de compensação (compensação que exceda os custos suportados com as obrigações de serviço público) nem subvenções cruzadas (que a compensação concedida seja empregue pela empresa beneficiária em outros mercados abertos à concorrência).

2.6.1.1. Âmbito de aplicação do Enquadramento SIEG

O Enquadramento SIEG aplica-se às compensações de serviço público que não se enquadrem nas categorias de auxílios abrangidas pelo âmbito de aplicação da Decisão SIEG ou que, embora se enquadrem nessas categorias, sejam superiores ao montante necessário para cobrir os custos resultantes do cumprimento das obrigações de serviço público ou que sejam utilizadas para o desenvolvimento de actividades noutro mercado.

O Enquadramento SIEG não se aplica aos transportes terrestres, aéreos e marítimos nem à radiodifusão de serviço público, aplicando-se neste caso regras sectoriais específicas¹⁰¹.

¹⁰⁰ Artigo 6.º Decisão SIEG.

¹⁰¹ O sector dos transportes terrestres está regulado pelo artigo 93.º TFUE. As condições sobre as quais um auxílio pode ser concedido ao abrigo deste artigo estão estabelecidas no Regulamento (CE) 1370/2007 do Parlamento europeu e do Conselho, de 23 de Outubro de 2007 relativo aos serviços públicos de transporte ferroviário e rodoviário de passageiros e que revoga os Regulamentos (CEE) 1191/69 e (CEE) 1107/70 do Conselho, publicado no JOUE L 315/1, em 31 de Fevereiro de 2007. O sector dos transportes aéreos está regulado pelo Regulamento 1008/2008 do Parlamento e do Conselho Europeu (de 24 de Setembro de 2008).

2.6.2.2. Condições de compatibilidade dos auxílios com o mercado comum

O Enquadramento SIEG estabelece três condições, designadamente:

- (i) A empresa em causa tenha sido encarregue de uma missão particular confiada pelo Estado através de um ou mais actos oficiais, os quais devem nomeadamente indicar a natureza precisa e a duração das obrigações de serviço público, a identificação das empresas beneficiárias e o território, a natureza de quaisquer direitos exclusivos ou especiais atribuídos à empresa, os parâmetros para o cálculo da compensação e o respectivo controlo e revisão e as medidas destinadas a evitar eventuais compensações excessivas e as respectivas modalidades de reembolso¹⁰²; e
- (ii) O montante de cálculo da compensação não pode ultrapassar o necessário para cobrir os custos ocasionados pelo cumprimento das obrigações de serviço público, tendo em conta as receitas obtidas, assim como um lucro razoável pela execução dessas obrigações e inclui todas as vantagens concedidas pelo Estado ou através de recursos estatais, independentemente da forma que assumam¹⁰³.
- (iii) Os Estados-Membros devem realizar controlos regulares destinados a garantir que as empresas não recebem compensações de montante excessivo.

Quando o excesso de compensação não ultrapasse 10% do montante da compensação anual, poderá transitar para o período anual seguinte, sendo deduzido ao montante da compensação relativa a esse período¹⁰⁴.

Como podemos constatar, as condições de compatibilidade estabelecidas no Enquadramento SIEG correspondem, em substância, às condições estipuladas na Decisão SIEG. A diferença fundamental entre os dois instrumentos reside na isenção da obrigação de notificar o auxílio à Comissão antes de ser implementado.

Ao contrário da Decisão, o Enquadramento SIEG impõe aos Estados-membros uma obrigação de notificação prévia dos auxílios à Comissão Europeia que ficará responsável pela análise da compatibilidade de tais auxílios com o mercado comum.

Esta obrigação decorre, aliás, do artigo 108.º, n.º 3 do TFUE, nos termos do qual os Estados-membros são obrigados a notificar a Comissão dos seus projectos relativos à

¹⁰² Ponto 12 do Enquadramento SIEG.

¹⁰³ Ponto 14 -16 do Enquadramento SIEG.

¹⁰⁴ Ponto 14 do Enquadramento SIEG.

instituição ou à alteração dos auxílios (obrigação de notificação), não podendo ser postos em execução antes da autorização prévia por parte da Comissão (obrigação de suspensão).

A obrigação de notificação recai exclusivamente sobre os Estados-membros e assenta no princípio da leal cooperação dos Estados-membros com as instituições europeias (artigo 4.º, n.º 3 TFUE).

Nos casos em que haja violação da obrigação de notificação ou de suspensão, o auxílio recebe uma presunção de ilegalidade¹⁰⁵. Assim, a Comissão poderá remeter directamente uma acção de incumprimento contra o Estado nos termos do artigo 227.º TFUE ou dar logo início ao procedimento formal de investigação¹⁰⁶.

Contrariamente à violação da obrigação de suspensão, a obrigação de notificação carece de efeito directo. Por conseguinte, os particulares não podem invocar o seu incumprimento junto das instâncias jurídicas nacionais, mas podem apresentar queixa a Comissão que, no âmbito do seu poder discricionário de apreciação, verificará se houve ou não violação¹⁰⁷.

Sempre que haja violação do dever de suspensão ou a decisão final da Comissão seja no sentido de incompatibilidade do auxílio com o mercado comum, os Estados-membros devem proceder de imediato à recuperação dos auxílios junto das empresas beneficiárias¹⁰⁸.

2.7.1. Directiva da transparência

A directiva da Comissão sobre transparência veio estabelecer a obrigação de contas separadas para todos os SIEG relativamente aos quais é paga uma compensação

¹⁰⁵ A noção de ilegalidade é distinta da noção de incompatibilidade. Estaremos perante um auxílio ilegal quando o auxílio seja concedido com total inobservância das regras processuais estabelecidas no artigo 108.º do TFEU, ou seja, quando não tenha sido notificado ou tenha sido posto em execução antes de uma decisão da Comissão. Vide, BACON, Kelyn, *European Community Law of State Aid*. Oxford University Press, 2009. p. 446. Por seu turno, os auxílios serão considerados incompatíveis mediante a análise dos seus efeitos sobre a concorrência e do seu contributo para o desenvolvimento da Comunidade. Enquanto a apreciação da compatibilidade ou da incompatibilidade de um determinado auxílio é, em princípio, da exclusiva competência da Comissão, a verificação do carácter legal ou ilegal da concessão de um auxílio é de competência partilhada entre a Comissão e os Tribunais nacionais dos Estados-membros.

¹⁰⁶ Artigo 108.º, n.º 2 TFUE.

¹⁰⁷ Artigo 263.º TFUE.

¹⁰⁸ O reconhecimento pelo Tribunal de justiça da faculdade de a Comissão exigir o reembolso das ajudas atribuídas em violação do disposto 108.º TFUE teve lugar no acórdão “Aides à la reconversion des regions minières”, de 12 de Julho de 1973, proc. 70/72, p. 813.

financeira por uma autoridade pública, independentemente de tal compensação constituir ou não um auxílio estatal¹⁰⁹.

A contabilidade interna da empresa deve apresentar, separadamente, os custos e as receitas relativos ao serviço de interesse económico geral e os relativos aos outros serviços, bem como os parâmetros de afectação dos custos e receitas.

2.8. Pacote SIEG e acórdão Altmark

Apesar de a Decisão e o Enquadramento SIEG visarem um âmbito de aplicação diferente do da jurisprudência Altmark Trans, da análise comparativa dessa jurisprudência com os dois actos da Comissão resulta uma coincidência de condições de aplicação.

Efectivamente, as três primeiras condições definidas na jurisprudência Altmark Trans correspondem às condições de aplicação da Decisão e do Enquadramento SIEG.

Se o que se pretende com a jurisprudência Altmark Trans é determinar as condições em que as compensações de serviço público não constituem auxílios de estado, parece-nos criticável que se utilizem as três primeiras condições dessa jurisprudência nas situações em que as compensações de serviço público constituem auxílios de estado, ainda que possam ser considerados compatíveis com o mercado comum nos termos da derrogação prevista no artigo 106.º, n.º 2 TFUE.

A diferença de regime parece residir, precisamente, na verificação ou não da quarta condição Altmark segundo a qual a escolha da empresada prestadora do serviço de interesse económico geral deve ser feita na sequência de um procedimento de concurso público ou com recurso à análise dos custos de uma empresa média e bem gerida.

Não obstante, em relação a última parte da quarta condição, parece também não existir um factor de diferenciação determinante entre ambos os regimes, dado que a Decisão e o Enquadramento SIEG prevêm que o montante da compensação necessário ao cumprimento das obrigações de serviço público deve ser determinado com base na análise dos custos líquidos, tendo em conta as respectivas receitas bem como o lucro razoável relativo à execução dessas obrigações, sendo que esse lucro razoável não deve ultrapassar a

¹⁰⁹ A Directiva Transparência, na sua versão em vigor antes de 2005, exigia que os operadores de serviços públicos mantivessem contas separadas, por um lado, para os SIEG relativamente aos quais recebiam auxílios estatais e, por outro, para as restantes actividades.

taxa média registada no sector em causa nos últimos anos, tendo em conta uma empresa comparável à empresa encarregada da gestão de serviços de interesse económico geral¹¹⁰.

2.9. Pacote Almunia

A Comissão Europeia, em 20 de Dezembro de 2011, adoptou um conjunto revisto de regras da UE em matéria de auxílios estatais para a avaliação da compensação pública dos serviços de interesse económico geral (SIEG).

Estas novas regras vieram substituir o anterior Pacote SIEG (de Julho de 2005) e introduziram algumas alterações.

O novo pacote é formado por quatro instrumentos que serão aplicáveis a todos os Estados-membros que concedam uma compensação à uma empresa encarregada da prestação de SIEG. São eles:

1.º) Decisão da Comissão de 20 de Dezembro sobre a aplicação do artigo 106.º, n.º 2 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos auxílios estatais sob a forma de compensação de serviço público concedidos a certas empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral¹¹¹.

Trata-se de uma Decisão que isenta os Estados-Membros da obrigação de notificar à Comissão as compensações de certas categorias de SIEG. Esta decisão veio alargar o âmbito de aplicação da isenção, o período de atribuição e o montante de indemnização estabelecido na Decisão anterior (Decisão da Comissão de 28 de Novembro de 2005).

Ao nível dos serviços sociais, a isenção da notificação dos auxílios estatais que antes era apenas concedida a hospitais e aos serviços de habitação social, passa a incluir um leque muito mais vasto de serviços de componente social.

Quanto a maioria dos serviços de interesse económico geral, o limiar de notificação da decisão de 2005 foi reduzido de 30.000.000 euros para 15.000.000 euros de remuneração por ano.

¹¹⁰ Artigo 5.º, n.º 2.º à 4.º da Decisão SIEG e ponto 14-18 do Enquadramento SIEG.

¹¹¹ Decisão 2012/21/EU da Comissão, relativa à aplicação do artigo 106.º, n.º 2, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos auxílios estatais sob a forma de compensação de serviço público concedidos a certas empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral, JOUE L7/3 de 11 de Janeiro de 2012.

O limiar de notificação foi reduzido, por se considerar que o limiar anterior permitia que contratos de grande dimensão em domínios importantes do mercado interno escapavam ao controlo da Comissão.

2.º) A Comunicação da Comissão sobre a aplicação das regras da UE relativas aos auxílios estatais às compensações concedidas pela prestação de serviços de interesse económico geral¹¹².

Esta Comunicação clarifica conceitos básicos em matéria de auxílios estatais que são importantes no contexto dos SIEG, como por exemplo, as noções de auxílio, SIEG, actividade económica, etc.

3.º) O Enquadramento da União Europeia para Auxílios estatais sob a forma de compensação de serviço público (2011)¹¹³.

Determina a obrigação de notificação à Comissão dos montantes de compensação que excedam os 15.000.000 de euros concedidos a operadores de SIEG, com excepção dos que desempenhem actividades no domínio dos serviços sociais.

Em relação aos critérios de compatibilidade previstos no Enquadramento SIEG, o novo Enquadramento introduz um novo critério para determinar o montante da compensação, designadamente, sempre que seja possível, os serviços de interesse económico geral devem ser atribuídos através de um procedimento de contrato público aberto e transparente, a fim de garantir a melhor qualidade ao mais baixo custo para os contribuintes que suportam os encargos dos serviços.

4.º) Do regulamento da Comissão relativo à aplicação dos artigos 107.º e 108.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos auxílios de *minimis* concedidos a empresas que prestam serviços de interesse económico geral¹¹⁴.

Este regulamento prevê que a compensação abaixo do montante de 500.000 euros para o período de três anos, não será objecto de qualquer controlo em matéria de auxílios estatais.

¹¹² Comunicação 2012/C da Comissão, JOUE C8/02, 11 de Janeiro de 2012.

¹¹³ Comunicação 2012/C da Comissão, JOUE C8/04, 11 de Janeiro de 2012.

¹¹⁴ Regulamento (EU) n.º 360/2012 da Comissão, de 25 de Abril de 2012, relativo à aplicação dos artigos 107.º e 108.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos auxílios de *minimis* concedidos a empresas que prestam serviços de interesse económico geral, publicado no JOUE L 114/8, de 26 de Abril de 2012.

CAPÍTULO III – APLICAÇÃO DO TESTE ALTMARK PELOS TRIBUNAIS EUROPEUS E PELA COMISSÃO EUROPEIA

É ponto assente que tanto a Comissão como os Tribunais Europeus têm aplicado o teste Altmark como método para qualificar se a medida estatal de financiamento concedida à uma empresa incumbida da prestação SIEG constitui um auxílio ou uma mera compensação.

O problema está precisamente em saber como têm adaptado as condições cumulativas Altmark, sobretudo, a terceira (ausência de compensação excessiva) e a quarta condição (existência de um procedimento de concurso público ou de uma empresa típica bem gerida).

Ora, vejamos.

3.1. Aplicação do Teste Altmark pelos Tribunais Europeus

Vamos aproveitar para analisar três casos que consideramos ser importantes na medida em que identificam as dificuldades existentes na aplicação dos critérios Altmark aos casos concretos.

3.1.1. Acórdão Chronopost

Este caso dizia respeito à questão de saber em que medida a assistência logística e comercial prestada pela operadora de serviço público de correios francesa, a La Poste (que operava em monopólio), a uma subsidiária sua, a SFMI-Chronopost, era susceptível de constituir um auxílio de Estado na acepção do artigo 107.º, n.º 1 TFUE, embora esta tenha pago todos os custos inerentes a prestação da assistência logística e comercial.

A Comissão decidiu, em 1 de Outubro de 1997, que a assistência logística e comercial fornecida por La Poste à sua filial SFMI-Chronopost não constituía um auxílio de Estado¹¹⁵.

A Union Française de l'Express (UFEX), a DHL internacional, a Federal express international e a CRIE, empresas concorrentes da Chronopost, interpuseram no Tribunal de Primeira Instância um recurso de anulação desta decisão¹¹⁶.

Estas empresas sustentaram o recurso com base nos argumentos de que a assistência logística e comercial prestada por La Poste à sua filial se aparentam como verdadeiros auxílios não conformes com o direito europeu em matéria de concorrência e que a Comissão não teve em conta as condições normais do mercado na sua análise da remuneração paga pela assistência fornecida.

O Tribunal de Primeira Instância (TPI), acabou por dar razão às partes recorrentes por considerar que apesar de a Chronopost ter pago a totalidade dos custos, isso, só por si, não seria suficiente para excluir a existência de um auxílio de Estado, uma vez que a La Poste, por operar em situação de monopólio, poderia ter fornecido a assistência a um custo inferior em comparação ao preço que teria sido cobrado em tal situação por parte de uma empresa privada no âmbito de uma actuação em condições normais de mercado.

Assim sendo, a Comissão deveria ter examinado, em que medida o pagamento recebido pela La Poste era comparável ao exigido por uma empresa privada, com uma política estruturada, e com perspectivas de longo prazo, que não actuasse num mercado reservado¹¹⁷, anulando a parte da decisão da Comissão que declarava não existir auxílio.

¹¹⁵ Decisão da Comissão de 1 de Outubro de 1997 em relação as auxílios de estado alegadamente concedidos pela França ao SFMI Chronopost, publicada no JOUE 1998 L 164, p. 37.

¹¹⁶ Acórdão de 14 de Dezembro de 2000, Union française de l'express (Ufex), DHL International, Federal express international (France) e CRIE c/Comissão, Proc. T-613/97.

¹¹⁷ Acórdão de 14 de Dezembro de 2000, Union française de l'express (Ufex), DHL International, Federal express international (France) e CRIE contra Comissão das Comunidades Europeias, Proc. T-613/97, para 74-75.

Por sua vez, La Poste e Chronopost recorreram desta decisão do TPI para o TJUE¹¹⁸.

Todavia, o TJUE teve uma opinião diferente do TPI, ao considerar que, em face das características do serviço e da rede, a sua constituição e manutenção, tais serviços não se encontram numa lógica comercial, não constituindo uma “rede de mercado” e, portanto, em condições normais de mercado não teria sido racional a um operador privado construir uma rede desse tipo atendendo aos custos fixos associados¹¹⁹.

Portando, dado que não existem dados objectivos sobre o preço pago no âmbito de uma transacção comercial comparável, tentar comparar a remuneração paga pela Chronopost com a que teria sido paga por um operador privado teria consistido num exercício puramente hipotético.

A solução da Comissão de aceitar um preço que cobriu todos os custos adicionais, fixos e variáveis, especificamente suportados por La Poste, a fim de prestar a assistência logística e comercial, e uma parte adequada dos custos fixos associados à manutenção da rede postal pública, foi considerada suficiente para excluir a existência de um auxílio de Estado nos termos do artigo 107.º, n.º 1, TFUE.

A jurisprudência Chronopost mostrou as limitações que o Teste Altmark apresenta nos casos em que não existe um operador privado com o qual os custos da empresa possam ser comparados.

3.1.2. Acórdão Enirisorse

Efectivamente, esperava-se que o Acórdão Enirisorse¹²⁰ fosse importante para averiguar se o Tribunal tem mantido a jurisprudência que estabeleceu em Altmark e para esclarecer se os critérios Altmark também se aplicam em outros sectores, para além do sector dos transportes.

Na origem deste caso esteve uma lei italiana¹²¹ que instituiu taxas portuárias a ser cobradas nas actividades de carga e descarga de mercadorias em todos os portos italianos à

¹¹⁸ Acórdão de 1 de Julho de 2008, Chronopost SA e La Poste contra Union française de l’express (UFEX) e outros, Processos apensos C-341/06 e C-342/06.

¹¹⁹ Acórdão Chronopost, cit., para 34 e 35.

¹²⁰ Acórdão de 27 de Novembro de 2003, Enirisorse SpA c/ Ministero delle Finanze, Processos apensos C-34/01 a C-38/01.

¹²¹ Lei n.º 355, de 5 de Maio de 1976.

favor do Estado Italiano, sendo parte das receitas relativas às taxas portuárias alocadas às empresas encarregadas de OSP nos portos, incluindo o carga e descarga de mercadorias, como compensação dos custos adicionais de fornecer SIEG.

Pretendia-se determinar se esta atribuição constituída Estado auxílio na acepção do artigo 107.º, 1.

O Tribunal aplicou a tese da compensação condicional estabelecida em Altmark, ao confirmar que, não basta que a medida de financiamento se limite a compensar à empresa pelo cumprimento das OSP`s para que a medida de financiamento possa, efectivamente, escapar à qualificação de auxílio de estado, sendo igualmente necessário que certas condições cumulativas sejam satisfeitas (condições Altmark)¹²².

Todavia, no caso Enirisorse, o Tribunal discutiu todas as condições Altmark com a excepção da quarta condição (existência de procedimento de concurso público ou da análise dos custos de uma empresa média e bem gerida), o que não permitiu responder a questão suscita no acórdão Chronopost de saber se o quarto critério Altmark só se aplica ao sector dos transportes.

3.1.3. Acórdão BUPA

O acórdão BUPA¹²³ surgiu no âmbito de um recurso interposto pela empresa BUPA Ireland Ltd da decisão da Comissão¹²⁴, de não levantar objecções a implementação de um sistema de compensação de riscos (risk equalisation scheme, a seguir “RES”) no mercado irlandês de seguros privados de saúde.

O sistema de compensação de riscos (“RES”) consistia num fundo gerido pela Autoridade de Seguradoras de Saúde Irlandesa (“HIA”) e era composto por receitas provenientes de uma taxa cobrada às empresas de seguro com um perfil de risco positivo sendo tais fundos, posteriormente, aplicados às empresas de seguros com um perfil de risco abaixo da média.

A empresa BUPA Ireland (prestadora de serviços de seguros privados na Irlanda) contestava que o RES constituía um auxílio nos termos do artigo 107.º, n.º 1 TFUE.

¹²² Acórdão de 27 de Novembro de 2003, Enirisorse SpA c/ Ministero delle Finanze, Processos apensos C-34/01 a C-38/01.

¹²³ Acórdão de 12 de Fevereiro de 2008, BUPA c/Comissão, proc. T-289/03.

¹²⁴ Decisão da Comissão C (2003) 1322 final, de 13 de Maio de 2003, auxílio de estado n.º 46/2003, sistema de compensação de risco no mercado de seguros de saúde irlandês.

A Comissão baseou a sua decisão no acórdão Ferring (este caso BUPA surgiu anteriormente ao teste Altmark) e concluiu que a Irlanda não tinha cometido um erro manifesto em avaliar a actividade de seguros privados de saúde como sendo um serviço de interesse económico geral, que o RES apenas era operacional quando preenchesse certas condições e que este sistema apenas visava neutralizar a diferença entre seguradores com um perfil de risco pequeno face aos seguradores com um perfil alto de risco.

O TPI, em sede de recurso, começou por afirmar que os critérios Altmark (que já existiam à data do recurso) são totalmente aplicáveis às matérias estabelecidas antes do julgamento Altmark, devendo tais critérios ser adaptados aos casos concretos¹²⁵.

Quanto à análise dos critérios Altmark, em relação a primeira condição (necessidade de atribuir e definir de modo claro e transparente as obrigações de serviço público), o TPI alegou que o sector da saúde faz parte da competência quase que exclusiva dos Estados-Membros.

Neste sector, a União Europeia apenas pode proceder, por força do artigo 168.º, n.º 1 e 5.º TFUE, a acções juridicamente não vinculativas, com respeito pleno pelas responsabilidades dos Estados-Membros em matéria de organização e de fornecimento de serviços de saúde e de cuidados médicos, o que significa que, a determinação das obrigações SIEG neste contexto é da competência dos Estados-Membros.

O TPI ressaltou que esta repartição de competências se encontra reflectida de uma forma geral no artigo 14.º TFUE, segundo o qual, atendendo à posição que os serviços de interesse económico geral ocupam no conjunto dos valores comuns da União e ao papel que desempenham na promoção da coesão social e territorial, a União Europeia e os seus Estados-membros, dentro do limite das respectivas competências e no âmbito de aplicação do Tratado, zelarão por que esses serviços funcionem com base em princípios e em condições que lhes permitam cumprir as suas missões.

Por conseguinte, o controlo que as instituições comunitárias estão habilitadas a exercer sobre o exercício do poder discricionário do Estado-Membro na determinação dos SIEG é limitado aos casos de existência de um erro manifesto de apreciação, o que não era o caso¹²⁶.

¹²⁵ Acórdão BUPA, cit., para 166.

¹²⁶ Acórdão BUPA, cit., para 166 e ss.

O TPI considerou que a Irlanda através do Health Insurance Act de 2001 e do Health Insurance Regulations de 1996 definiu de forma detalhada as obrigações PMI, bem como as tarifas comuns, a adesão aberta, a cobertura vitalícia e as prestações mínimas às quais estão sujeitas todas as seguradoras PMI na acepção dessa legislação. Assim, sendo o TPI declarou estar preenchida a primeira condição.

Quanto à segunda condição (determinação prévia dos parâmetros que servirão de base a compensação), o TPI considerou que resulta da explicitação do método de cálculo dos pagamentos RES, que os diferentes parâmetros de cálculo utilizados são claramente estabelecidos pela legislação aplicável, designadamente no anexo II do RES. Assim, esta legislação prevê, de forma detalhada, não discriminatória e transparente, que as seguradoras PMI sujeitas ao RES devem fornecer regularmente informações quanto ao perfil de risco e aos custos correspondentes por grupos de idade e de sexo dos seus segurados (partes II e III do RES). Com base nestas informações, a HIA faz uma apreciação comparativa para determinar o diferencial de riscos entre as seguradoras PMI, determinando, por conseguinte, o cálculo dos pagamentos RES (parte V do RES). Por último, estão igualmente previstos na parte V, conjugada com o anexo II do RES, os parâmetros e as fórmulas económicas e matemáticas detalhadas desse cálculo, incluindo o método de ajustamento com a aplicação do factor de ponderação do estado de saúde.

O TPI aproveitou para referir que a simples complexidade das fórmulas económicas e matemáticas que regulam os cálculos a efectuar não afecta o carácter preciso e claramente determinado dos parâmetros pertinentes.

Quanto a terceira condição (quanto à necessidade e ao carácter proporcional da compensação prevista no RES), o TPI constatou que o sistema de compensação de risco em causa era diferente do sistema de compensação que constituiu objecto do caso Ferring e Altmark, visto que a compensação concedida ao abrigo do RES é completamente independente das receitas e dos lucros obtidos pelas seguradoras PMI.

Dado que o RES não tinha como objectivo compensar os custos directamente ligados ao fornecimento dos serviços pelas seguradoras PMI, mas sim, garantir a igualdade de encargos adicionais de seguradoras com um diferencial de risco negativo em comparação com o perfil de risco médio do mercado, não era necessário ter em consideração as receitas e os lucros obtidos com o fornecimento do serviço para a determinação do montante da compensação, estando satisfeita a terceira condição Altmark.

Por fim, quanto a quarta condição (existência de um procedimento de concurso público ou análise dos custos em que uma empresa média, bem gerida e adequadamente equipada), o TPI considerou que a comparação entre os actuais perfis de risco das seguradoras e o perfil de risco médio do mercado à luz dos montantes pagos por todos os seguradores sujeitos ao RES era consistente com o “objectivo e espírito da terceira condição Altmark, na medida em que a compensação é calculada com base em elementos que são específicos, claramente identificáveis e capazes de ser controlados”¹²⁷.

Como podemos constatar, desta feita, o Tribunal (neste caso, o TPI) aplicou o quarto critério Altmark na avaliação da medida o que permite concluir que este critério não é utilizado somente no âmbito do sector dos transportes.

3.2. Aplicação do teste Altmark por parte da Comissão Europeia

I) Decisão 2007/580/CE da Comissão de 24 de Abril de 2007 relativa aos auxílios estatais aplicados pela Eslovénia no âmbito da sua legislação em matéria de produtores de energia qualificados¹²⁸.

Em 1 de Outubro de 2003, a Comissão Europeia teve conhecimento da existência de um regime de auxílios que tinha sido implementado em 2001 pelas autoridades Eslovenas, com o objectivo de apoiar a produção de electricidade a partir de fontes de energia renováveis e a produção combinada de calor e electricidade na Eslovénia, a fim de assegurar um abastecimento fiável de energia a partir de fontes endógenas.

Para beneficiar deste regime, os produtores de electricidade deveriam ser designados como «produtores qualificados» pelo Ministério do Ambiente, do Ordenamento do Território e da Energia¹²⁹.

A central termoelétrica Trbovlje gozava do estatuto de produtores qualificados, utilizando cerca de 15% da energia primária endógena necessária para cobrir o consumo de electricidade na Eslovénia¹³⁰.

¹²⁷ Acórdão BUPA, cit. para 237.

¹²⁸ Publicada no JOUE L 219/9, em 24 de Agosto de 2007.

¹²⁹ Ponto 7 e 8.

Com vista a assegurar, por um lado, o abastecimento de energia em todo o território esloveno e, por outro, as condições económicas adequadas ao desenvolvimento e à execução de novos projectos de centrais qualificadas, como era o caso da central Trbovlje, as autoridades eslovenas criaram um regime segundo o qual os operadores de rede aos quais a central Trbovlje está ligada ficam obrigados a comprar-lhe a totalidade da sua produção, segundo um preço fixado e ajustado anualmente pelo Estado. Como o preço de mercado não é suficiente para cobrir os encargos relativos e fornecimento de energia eléctrica, este preço pago pelos operadores de rede é superior ao preço de mercado. No entanto, é dada a possibilidade de a central Trbovlje optar por vender a electricidade directamente no mercado, caso em que terá direito a receber um prémio igual à diferença das receitas que obteriam caso vendesse ao operador da rede¹³¹.

Os operadores das redes recuperam as perdas sofridas devido à obrigação de compra através de pagamentos provenientes de um fundo estabelecido por lei. Este fundo é também utilizado para pagar os prémios aos produtores qualificados que optam por vender a electricidade no mercado.

Este fundo é composto por receitas de uma taxa parafiscal sobre o consumo de electricidade imposta a todos os consumidores de electricidade na Eslovénia, colocados em situação idêntica¹³². Por sua vez, a taxa de utilização da rede paga pelos consumidores são determinadas de antemão, pela agência reguladora do mercado energético (Agência da Energia) conjuntamente com o Governo.

Na determinação do montante da compensação são comparados os custos de produção dos produtores qualificados, por tipo de tecnologia e por dimensão, com o prémio concedido no âmbito do regime.

Com base na análise dos custos e num cálculo económico por tipos de centrais eléctricas qualificadas, a Comissão verificou que o valor actual líquido dos preços de compra aplicados no âmbito do regime não excede o valor dos custos de investimento em Altmark¹³³.

Face ao exposto, a Comissão analisou o apoio concedido pelas autoridades eslovenas à central de Trbovlje à luz do teste Altmark e a única dificuldade que encontrou

¹³⁰ Ponto 9.

¹³¹ Ponto 11 e 12.

¹³² Ponto 12 e 16.

¹³³ Ponto 39.

foi em relação a quarta condição que estabelece a existência de um procedimento de concurso público ou a análise dos custos de uma empresa média e bem gerida.

Contudo, a Comissão entendeu que, apesar de, a central de Trbovlje não ter sido escolhida com base num procedimento de concurso público, apenas duas centrais eléctricas na Eslovénia poderiam actualmente cumprir a obrigação de serviço público em questão, a central Šoštanj e a central Trbovlje.

No entanto, as duas unidades da central de Šoštanj que funcionam com combustível endógeno são eram exploradas ao máximo da sua capacidade utilizando lenhite endógena, pelo que, a central de Trbovlje a única que reunia as condições necessárias para cumprir a obrigação de serviço público relativa à produção de electricidade a partir de combustível endógeno.

Dado que a compensação pela obrigação de serviço público não inclui qualquer elemento de lucro, a Comissão concluiu que esta obrigação é cumprida ao menor custo para a colectividade.

Além do mais, a Comissão observou que não existia qualquer indicação de que a central de Trbovlje não funcionasse como uma empresa média bem gerida, ou de que a sua gestão fosse particularmente ineficiente. A Comissão assinala que a empresa tinha já reestruturado as suas actividades, designadamente através do encerramento das unidades mais antigas e menos eficientes, que estavam ultrapassadas, e da redução do pessoal.

II - DECISÃO 2009/845/CE da Comissão, de 26 de Novembro de 2008, sobre o auxílio estatal que a Áustria concedeu à empresa Postbus no círculo administrativo de Lienz C 16/07¹³⁴.

Em Agosto de 2003, uma empresa privada de transportes de autocarro austríaca apresentou uma queixa à Comissão contra um auxílio alegadamente concedido em 2002 pela empresa pública de transportes Verkehrsverbund Tirol GmbH (“Verkehrsverbund”) à uma empresa concorrente do sector público, designadamente, a Postbus AG.

A Verkehrsverbund é uma empresa pública de direito privado responsável pelo planeamento e pela coordenação dos transportes em autocarro em várias regiões da Áustria. De acordo com a lei federal relativa à organização de transporte público regional

¹³⁴ Publicada no JOCE L 306/26 em 20 de Novembro de 2009.

de passageiros (“ÖPNRV-G”), a Verkehrsverbund recebe subvenções anuais do respectivo estado federado para assegurar de forma adequada o transporte público de passageiros na região.

Neste contexto, em Julho de 2002, a Verkehrsverbund e a Postbus celebraram um contrato de serviço público de transporte colectivo de passageiros em relação à certas linhas de autocarro, no círculo administrativo de Lienz.

O contrato teve por objecto o fornecimento de serviços de transporte público de passageiros pela Postbus, recebendo como contraprestação desse serviço, uma remuneração.

Este contrato de serviços público foi celebrado sem abertura de concurso público¹³⁵.

No momento em que celebraram o contrato, as partes não tinham conhecimento das receitas de venda dos bilhetes nem das compensações associadas ao cumprimento das obrigações tarifárias, pelo que, o contrato não fixou o montante absoluto correspondente à compensação.

No entanto, no primeiro ano de vigência do contrato, o montante correspondente à compensação ascendeu os 1 690 000 euros. Este montante foi deduzido a partir de receitas da venda dos bilhetes em relação às compensações associadas ao cumprimento das obrigações tarifárias¹³⁶.

As autoridades austríacas explicaram que os parâmetros que estiveram na base da remuneração da Postbus tinham sido previamente estabelecidos de forma objectiva e transparente, na medida em que o contrato é claro e prevê o pagamento de um preço fixo por cada quilómetro percorrido por autocarro correspondente à 2, 57 euros/km¹³⁷.

O montante da compensação foi calculado confrontando o preço por quilómetro pago à Postbus com a média do sector, utilizando três métodos diferentes: uma verificação do custo por quilómetro, uma verificação dos custos por elemento de custo e uma verificação dos custos de acordo com as diferentes categorias de custos.

Com vista a determinar se a Postbus, através do contrato de serviços públicos objecto da presente decisão, beneficiou de uma vantagem económica selectiva, a Comissão recorreu aos critérios Altmark.

¹³⁵ Ponto 10.

¹³⁶ Ponto 15 e 16.

¹³⁷ Ponto 75.

Quanto ao primeiro critério (determinação das obrigações de serviço público de forma clara e transparente), a Comissão considerou que o contrato celebrado entre a Postbus e a Verkehrsverbund formaliza as exigências específicas impostas ao fornecedor de serviços para garantir a prestação de um serviço de transportes equilibrado, que tenha em conta o carácter rural e a baixa densidade populacional, bem como as características geográficas das zonas servidas.

A prestação do serviço de transportes públicos prestado pela Postbus consiste num serviço de interesse económico geral, estando, por estas razões, observado o primeiro critério Altmark¹³⁸.

Quanto ao segundo critério, (os parâmetros com base nos quais o montante de compensação será calculado devem de estar previamente estabelecidos), a Comissão considerou que a fixação da compensação com base num preço por quilómetro e no número total de quilómetros a percorrer preenche o segundo critério Altmark, uma vez que o preço por quilómetro e o número total de quilómetros a percorrer são previamente estabelecidos, de forma objectiva e transparente¹³⁹.

Relativamente ao terceiro critério (inexistência de sobrecompensação), a Comissão considerou que não foi atribuída nenhuma compensação excessiva a Postbus porque o montante da compensação foi determinado com base nos custos médios do sector, tendo sido utilizados três métodos diferentes: uma verificação dos custos por quilómetro, uma verificação dos custos por elemento de custo e uma verificação dos custos de acordo com as diferentes categorias de custos¹⁴⁰.

Por fim, quanto ao quarto critério (existência de concurso público ou análise com base nos custos médios de uma empresa média, bem gerida e adequadamente equipada com meios de transporte), dado que o contrato de serviço público não foi celebrado no âmbito de um procedimento de concurso público, a Comissão analisou se os custos da Postbus correspondem aos custos de uma empresa média, bem gerida e adequadamente equipada com meios de transporte.

A Comissão considerou que o facto de o montante de compensação ter sido calculado com base nos custos médios do sector dos transportes permitia concluir que os custos da empresa Postbus corresponde aos custos de uma empresa média austríaca, mas

¹³⁸ Ponto 70-71.

¹³⁹ Ponto 75.

¹⁴⁰ Ponto 77-81.

não permite, no entanto, demonstrar que tais custos correspondem aos custos de uma empresa bem gerida, pois nem todas as empresas que se encontram activas num determinado sector são necessariamente bem geridas.

A Comissão afirmou ainda que teria sido aconselhável que as autoridades austríacas ao invés de se terem baseado nos custos médios do sector, tivessem, por exemplo, se baseado nos custos médios das empresas que, nos últimos anos, venceram um número significativo de concursos no sector¹⁴¹.

Visto que o quarto critério Altmark não se encontra preenchido, a Comissão concluiu que os pagamentos efectuados constituem uma vantagem económica selectiva a favor da empresa Postbus.

Tratando-se de um auxílio concedido a uma empresa que opera no sector dos transportes terrestres, a Comissão iniciou a análise da sua compatibilidade com o mercado comum, nos termos do artigo 93.º TFUE e do Regulamento 1191/69¹⁴².

No entanto, a Comissão afirmou que este regulamento não continha condições precisas em matéria de compatibilidade e que, portanto, a determinação da compatibilidade destes auxílios deve ser feita com base nas condições estabelecidas no Enquadramento comunitário dos auxílios estatais sob a forma de compensação de serviço público¹⁴³.

A Comissão averiguou a compatibilidade do auxílio contidos no preço pago por uma entidade pública a um fornecedor de serviços públicos com base no ponto 14 do Enquadramento comunitário que estabelece o montante da compensação não pode ultrapassar o necessário para cobrir os custos ocasionados pelo cumprimento das obrigações de serviço público, tendo em conta as receitas obtidas, assim como um lucro razoável pela execução dessas obrigações e inclui todas as vantagens concedidas pelo Estado ou através de recursos estatais, independentemente da forma que assumam.

Basicamente, o ponto 14 do Enquadramento comunitário corresponde ao terceiro critério Altmark que a Comissão já tinha considerado estar preenchido no momento em que analisou os critérios Altmark.

¹⁴¹ Ponto 83 e 86.

¹⁴² Regulamento 1191/69 de 26 de Junho de 1969, relativo à noção de serviço público no domínio dos transportes ferroviários, rodoviários e por via navegável, que tinha sido ultimamente alterado pelo regulamento (CE) 1893/91, de 20 de Junho de 1991, publicado no JOUE 1991 L 169/1. Este regulamento foi substituído em 2009 pelo regulamento (CE), 1370/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de Outubro de 2007 relativo aos serviços públicos de transporte ferroviário e rodoviário de passageiros, JOUE L 315 de 3 de Dezembro de 2007.

¹⁴³ Publicada no JOUE C 297 de 29 de Novembro 2005, p. 4.

Portanto, o auxílio estatal atribuído pela Verkehrsverbund Tirol à Postbus no âmbito do contrato de serviços públicos foi considerado compatível com o mercado comum.

III - Decisão 2009/325/CE da Comissão, de 26 de Novembro de 2008 sobre o auxílio estatal C 3/08 da República Checa relativo a compensações de serviço público para empresas em autocarros da Morávia do Sul¹⁴⁴.

Em 28 de Julho de 2005, a empresa checa CAS- Service a.s. apresentou queixa à Comissão acerca de um auxílio estatal que teria sido concedido a vários concorrentes seus pelas autoridades regionais checas entre 2003 e 2005, como consequência da concessão de licenças em condições não transparentes e objectivas.

A licença constituía uma autorização concedida pelas autoridades checas para a operação de um serviço regular de transporte público. O auxílio visava garantir que o transporte em autocarro fosse realizado por transportadores que cumpram certos requisitos de qualidade previstos no artigo 18.º da Lei n.º 111/1994 sobre o transporte rodoviário, tais como, a obrigação de prestar serviços em conformidade com um horário aprovado, assegurar um certo nível de segurança para os passageiros, publicar horários e indicar nos autocarros os nomes das linhas¹⁴⁵.

A empresa CAS consistia numa sociedade por acções que operava no domínio do transporte regular em autocarro, do transporte fretado, do transporte urbano em autocarro no território de Znojmo e do transporte internacional.

Esta empresa era responsável pela operação de transporte público regional em autocarro na região da Morávia do sul. No entanto, em 2003, as autoridades da Morávia do Sul compararam, através de um inquérito estatístico, os custos de financiamento do transporte da empresa CAS com o custo médio de exploração em autocarros na República checa e chegaram à conclusão de que os custos incorridos pela empresa CAS eram mais elevados do que a média¹⁴⁶.

Em consequência dessa avaliação negativa e após negociações infrutíferas com a empresa CAS, as autoridades da região da Morávia do Sul decidiram solicitar a

¹⁴⁴Publicada no JOUE L 97/14, DE 16.04.2009

¹⁴⁵ Ponto 10.

¹⁴⁶ Ponto 15.

apresentação de propostas para a prestação de serviços de transporte público no território de Znojmo.

O convite estipulava que as autoridades regionais estavam dispostas a pagar aos operadores um valor não superior a 26 CZK por quilómetro pela prestação do serviço¹⁴⁷.

As autoridades regionais receberam resposta de nove transportadoras e foi reunido um comité de selecção que procedeu à avaliação e classificação das propostas.

Os critérios tidos em conta na avaliação das propostas foram a clareza e a exaustividade, bem como o critério da limitação ao mínimo número dos quilómetros técnicos de exploração e a coerência do território servido¹⁴⁸.

Foram celebrados contratos com os operadores que aceitaram que o montante máximo de compensação a pagar pela prestação dos serviços de transporte público se elevaria a 26 CZK por quilómetro.

Este preço estimado por quilómetro não superior a 26 CZK foi especificado no contrato de cada operador.

O cálculo do montante total da compensação consistia no preço por quilómetro multiplicado pelo número de quilómetros, sendo deduzido a este valor as receitas reais, a fim de determinar as perdas.

Os operadores seleccionados ficaram sujeitos à apresentação de provas justificativas das receitas reais após a prestação dos serviços. Só então seria estabelecido o montante final das perdas e efectuado o pagamento da compensação¹⁴⁹.

As autoridades regionais informaram também à Comissão que acordaram com os mesmos operadores a renovação dos contratos de prestação dos serviços de transporte para 2004 e 2005.

Com vista a determinar se a medida concede uma vantagem económica selectiva aos operadores de transporte seleccionados a Comissão procedeu a análise dos critérios Altmark.

Quanto ao primeiro critério (a empresa beneficiária deve ser efectivamente incumbida do cumprimento de obrigações de serviço público e essas obrigações devem ser claramente definidas), a Comissão considerou que as obrigações de serviço público

¹⁴⁷ Ponto 16.

¹⁴⁸ Ponto 18.

¹⁴⁹ Ponto 22 e 23.

definidas pela Lei sobre os transportes rodoviários estão definidas de forma clara e específica.

A Comissão notou igualmente que a obrigação de serviço público foi clara e especificamente definida nos contratos, nomeadamente as ligações e os períodos em que os serviços de transportes deviam ser prestados foram claramente definidos com os operadores, estando assim verificado o primeiro critério¹⁵⁰.

Em relação ao segundo critério (os parâmetros com base nos quais é calculada a compensação devem ser previamente estabelecidos de forma objectiva e transparente), a Comissão considerou que o preço máximo para os serviços de transporte fixado em 26 CZK por quilómetro com base na Lei sobre os transportes rodoviários. Além do mais, o preço de 26 CZK por quilómetro foi dado a conhecer previamente aos operadores seleccionados através do convite a apresentação de propostas enviado em 2003 à todos os operadores potencialmente interessados, pelo que o segundo critério também se encontra preenchido¹⁵¹.

Quanto ao terceiro critério (a compensação não pode ultrapassar o que é necessário para cobrir total ou parcialmente os custos ocasionados pelo cumprimento das obrigações de serviço público, tendo em conta as receitas obtidas, assim como um lucro razoável pela execução destas obrigações), o facto de as autoridades regionais ter indicado, no convite a apresentação de propostas, o preço de 26 CZK por quilómetro e, ainda, de todos os contratos conterem um cálculo das perdas que o operador sofrerá ao fornecer os serviços de transporte bem como dos custos imprevisíveis (situações independentes da gestão das empresas, como por exemplo, catástrofes naturais, IVA, etc.), permitia concluir que a compensação não excedia as perdas reais e, portanto, o terceiro critério se encontrava preenchido¹⁵².

Por último, no que diz respeito ao quarto critério (existência de um procedimento de concurso público ou análise dos custos de uma empresa média, bem gerida e adequadamente equipada em meios de transporte), a Comissão considerou que a selecção dos operadores de transporte através de convite excluiu a possibilidade de operadores que de outras regiões ou de outros Estados-membros de serem informados sobre o mesmo e de apresentarem as suas propostas. Além disso, as autoridades regionais não previram um

¹⁵⁰ Pontos 59 a 62.

¹⁵¹ Ponto 63-67.

¹⁵² Ponto 67-72.

procedimento de concurso público para escolher os operadores de transporte para o ano 2004/2005, tendo simplesmente prolongado os contratos já existentes com os operadores escolhidos para prestarem o serviço de transporte em 2003.

Por conseguinte, a Comissão decidiu que o procedimento aplicado pelas autoridades regionais não podia ser considerado um procedimento de contratação pública em conformidade com o quarto critério Altmark¹⁵³.

Em relação a análise dos custos de uma empresa média e bem gerida, uma vez que o preço contratual foi estabelecido com base em custos estatísticos relativos às empresas que consideravam ser empresas bem geridas e equipada, a Comissão considera que apesar de permitir que o preço foi estabelecido por referência aos custos de uma empresa média, tal não é por si só suficiente para concluir que os operadores que aceitaram realizar a prestação do serviço por 26 CZK por quilómetro devem ser considerados transportadores bem geridos e eficientes¹⁵⁴.

Em consequência, a Comissão declarou que a medida consistia um auxílio nos termos do artigo 107.º, n.º 1 do TFUE.

A Comissão procedeu a análise da compatibilidade do auxílio de acordo o artigo 93.º¹⁵⁵ e o Regulamento (CEE) 1191/69¹⁵⁶, que estipulam as condições de compatibilidade dos auxílios no âmbito do sector dos transportes terrestres.

No entanto, a Comissão verificou a sua compatibilidade com base no Enquadramento comunitário¹⁵⁷ devido ao facto de o auxílio em causa (auxílio inerente ao preço fixado no contrato) não ser coberto pela noção do artigo 93.º TFUE de “prestações inerentes à noção de serviço público”.

Com base no artigo 14.º do enquadramento comunitário que, por sua vez, coincide com o terceiro critério Altmark, a Comissão determinou a compatibilidade do auxílio com o mercado comum.

¹⁵³ Ponto 73-78.

¹⁵⁴ Ponto 78-82.

¹⁵⁵ Nos termos do artigo 93.º TFUE “São compatíveis com os Tratados os auxílios que vão ao encontro das necessidades de coordenação dos transportes ou correspondam ao reembolso de certas prestações inerentes à noção de serviço público.”

¹⁵⁶ Regulamento (CEE) 1191/69 e (CEE) 1107/70 do Conselho, publicado no JOUE L 315/1. Este regulamento foi, em 2009, revogado pelo regulamento (CE) 1370/2007 do Parlamento europeu e do Conselho, de 23 de Outubro de 2007 relativo aos serviços públicos de transporte ferroviário e rodoviário de passageiros.

¹⁵⁷ Publicado no JOUE C 297 de 29 de Novembro de 2005.

IV- Decisão da Comissão 2009/554/CE, de 21 de Outubro de 2008, relativa ao auxílio estatal C 49/06/05 relativa ao auxílio estatal C 49/06 (ex NN 65/06) concedido pela Itália para remuneração da Poste Italiane pela distribuição de certificados de aforro dos correios¹⁵⁸.

Em 30 de Dezembro de 2005, a Associazione Bancaria Italiana apresentou uma denúncia a Comissão, relativamente a várias medidas que alegadamente beneficiaram as actividades bancárias da Poste Italiane, SPA.

A Poste Italiane consiste numa empresa prestadora de serviços postais universais na Itália. Esta obrigação de serviço público é cumprida em conformidade com a legislação italiana e pelos regulamentos que gerem o serviço postal universal.

Para além de assegurar o serviço postal universal, a Postale Italiana oferece ainda produtos e serviços integrados de comunicação, logística e financeiros em todo o território Italiano.

O decreto presidencial n.º 144, de 14 de Março de 2011 estabelece as regras que regem os serviços bancários e financeiros que podem ser prestados pela Poste Italiane, estando expressamente proibida de exercer actividades de financiamento.

A Postale Italiane, não sendo um banco, utiliza as várias estações de correio para fornecer serviços bancários e outros produtos financeiros.

No presente caso, a medida em apreciação consiste na remuneração paga pela CDP à Postale Italiane pela distribuição dos certificados de aforro durante o período compreendido entre 2000 e 2006.

A Postale Italiane recebe uma remuneração anual pelo serviço de distribuição dos certificados de aforro, que tem sido objecto de sucessivas convenções e alterações.

Nos termos dessas convenções, a metodologia utilizada para o cálculo do montante de remuneração anual paga à Postale italiane assenta em três componentes: i) uma comissão sobre o montante bruto recolhido em função do montante angariado em certificados de aforro nesse ano; ii) uma comissão pela gestão dos certificados de aforro subscritos; iii) outras compensações específicas¹⁵⁹.

Face a esta metodologia apresentada pela Itália para determinar o montante de compensação a ser paga a Postale italiane pela distribuição de certificados de aforro, a

¹⁵⁸ Publicado no JOUE L 189/3, de 21 de Julho de 2009.

¹⁵⁹ Ponto 24 e 25.

Comissão manifestou algumas reservas em relação aos produtos comparáveis utilizados pela Itália para provar que a remuneração correspondia ao preço de mercado (quarto critério Altmark).

Com vista a dissipar tais dúvidas, a Comissão pediu a um perito independente que realizasse esse estudo¹⁶⁰.

O perito identificou os produtos financeiros mais próximos dos certificados de aforro com base nas suas características essenciais e atribuiu classificações a estas características. De seguida, o perito comparou a notação atribuída a característica de cada produto financeiro com cada tipo de certificado de aforro.

Com base na análise e conclusão do estudo, a Comissão considerou que a remuneração de mercado que a Itália pagou à Postale Italiane pela distribuição dos certificados de aforro consistiu numa boa estimativa do nível de custos suportados pelo cumprimento das mesmas obrigações, tendo em consideração as receitas e o lucro razoável que uma empresa típica e bem gerida actuando no mesmo sector teria incorrido.

Como a Comissão apenas tinha dúvida quanto ao quarto critério Altmark e este se encontra preenchido, a remuneração paga não atribui nenhuma vantagem económica selectiva a Postale italiane, não constituindo um auxílio nos termos do artigo 107.º, n.º 1 TFUE.

V - Decisão da Comissão 2010/815/EU, de 15 de Dezembro de 2009, relativa ao auxílio estatal C 21/05 (ex PL 45/04) que a Polónia tenciona executar a favor da Poczta Polska sob a forma de compensação das obrigações de serviço postal universal¹⁶¹.

Em Abril de 2004, as autoridades polacas notificaram dois regimes de auxílio a favor do operador postal Poczta Polska.

Um dos auxílios consistia numa compensação relativa à prestação dos serviços postais universais e o outro auxílio a favor de investimentos relativos à prestação de serviços postais universais. Porém, em 10 de Fevereiro de 2006, as entidades polacas informaram a Comissão da sua intenção de retirar a notificação do segundo auxílio.

Com base na Lei Postal de 12 de Junho de 2003, foi confiada a Poczta Polska, a obrigação de prestar serviços postais universais na totalidade do território da República da

¹⁶⁰ Ponto 45 e 46.

¹⁶¹ Publicada no JOUE L 347/29, 31 de Dezembro de 2010.

polónia. Além dos serviços postais universais a empresa presta serviços gratuitos que não são de carácter universal, tais como, serviços de correio expresso, filatelia e de distribuição de publicidade e marketing directo e, ainda, exerce actividades financeiras e outras actividades comerciais.

Com base na Lei Postal, os preços de prestação dos serviços postais universais devem de ser estabelecidos com base nos custos de prestação desses serviços e devem ser uniformes na totalidade do território nacional, transparentes e não discriminatórios¹⁶².

As autoridades polacas tencionam conceder subvenções a Poczta Polska com o intuito de a compensar por eventuais perdas decorrentes da prestação de serviços postais universais. Estas subvenções são concedidas ex post, com base nas perdas eventuais registadas num determinado exercício, se as houver¹⁶³.

A polónia quantificou os custos e as receitas do serviço universal com base na separação das contas e na metodologia de imputação dos custos adoptadas pelo operador postal para quantificar os custos do serviço postal universal.

A Comissão considerou que o quarto critério Altmark (existência de um procedimento de contratação pública ou análise dos custos médios de uma empresa média e bem gerida), afirmando que o serviço público não tinha sido atribuído na sequência de um processo de concurso público e que as autoridades polacas não demonstraram que os custos da Poczta Polska correspondiam aos custos de uma empresa média e bem gerida.

A Comissão procedeu à análise da compatibilidade do auxílio de acordo com as condições de compatibilidade estabelecidas no Enquadramento comunitário. Sendo que as condições estabelecidas no Enquadramento correspondem aos três primeiros critérios Altmark aos quais a Comissão tinha considerado estar preenchidos, o auxílio é compatível com o mercado comum.

VI – Decisão da Comissão (2007/217/CE) de 22 de Novembro de 2006 relativa a auxílios estatais concedidos pela França ao Laboratoire national de métrologie et d'essais¹⁶⁴

¹⁶² Ponto 34 e 38.

¹⁶³ Ponto 42.

¹⁶⁴ Publicada no JOUE L 95/25, de 5 de Março de 2007.

Na sequência de uma denúncia de um concorrente, a Comissão foi informada que a França teria concedido auxílios estatais ao Laboratoire national de métrologie et d'essais (a seguir denominado «LNE»).

O LNE intervém nos mercados dos serviços de ensaios, metrologia, certificação, calibração, formação e investigação e desenvolvimento. O LNE presta os serviços supracitados nomeadamente nos sectores dos produtos de consumo, médico/sanitário, materiais/embalagens/materiais da construção e dos produtos industriais (sectores estes que estão abertos a concorrência na União Europeia).

Para além da sua missão de serviço público, o LNE oferece às empresas uma vasta gama de serviços que dispensa em todas as fases da vida dos produtos, com as suas quatro actividades de base: medida, ensaio, certificação e formação. Dispõe de meios que lhe permitem efectuar programas de ensaios, normalizados ou por medida, em numerosos domínios. Os seus clientes são empresas industriais, sociedades de distribuição, entidades públicas, organizações de consumidores, peritos judiciais e tribunais, companhias de seguros e administrações.

O procedimento tem por objecto as subvenções anuais ao funcionamento, bem como as subvenções ao investimento concedidas ao LNE pelas autoridades públicas entre 1993 e 2005.

A Comissão exprimiu dúvidas quanto à justificação do montante das subvenções ao funcionamento e ao investimento concedidas ao LNE para compensar os custos das suas actividades ou dos seus projectos de investimento não económicos, ou dos custos que resultam da execução de um mandato do Estado. O facto de não existir uma contabilidade separada entre as actividades de diferentes naturezas que, além disso, não podiam ser delimitadas com precisão, o LNE teria podido dispor de uma parte das subvenções públicas para a gestão das suas actividades exercidas em regime de concorrência (subvenção cruzada)¹⁶⁵.

Face a estas dúvidas por parte da Comissão, a França apresentou as seguintes observações: que se encontram preenchidos os critérios referidos no n.º 2, alíneas a) e b), do artigo 4.º da Directiva 80/723/CEE da Comissão, de 25 de Junho de 1980, relativa à transparência das relações financeiras entre os Estados-Membros e as empresas públicas (JO L 195 de 29.7.1980, p. 35. Directiva com a última redacção que lhe foi dada pela

¹⁶⁵ Ponto 24.

Directiva 2005/81/CE (JO L 312 de 29.11.2005) ficando, por isso, o LNE está dispensado da obrigação de manter e conservar uma contabilidade separada.

O LNE dispõe de uma contabilidade analítica que foi revista em 2005, e permite uma contabilidade totalmente separada entre os domínios dos serviços comercializáveis e dos serviços públicos¹⁶⁶.

O método utilizado para calcular o montante das subvenções concedidas o LNE é o dos custos totais, sendo o montante das despesas e dos proveitos é imputado da maneira o mais discriminada possível.

Face ao exposto a Comissão procedeu à análise da medida estatal com base nos critérios Altmark, sendo que a Comissão apresentava dúvidas apenas em relação à observância do quarto critério (existência de um procedimento de contratação pública ou análise com base nos custos médios de uma empresa típica e bem gerida).

Quanto a este critério, a Comissão considerou que a França limita-se a observar que a análise dos custos que suportaria uma empresa média deve ter em conta a pluralidade das missões de serviço público confiadas ao LNE, que incidem tanto em aplicações normativas como na investigação de base em diversos sectores (metrologia, saúde, ambiente, indústria, bens de consumo, materiais para a construção, embalagem e acondicionamento), não fornecendo qualquer análise dos custos de uma «empresa média, bem gerida». Além disso, não é apresentada qualquer explicação quanto à eventual impossibilidade de comparar o LNE com uma tal empresa média.

A Comissão concluiu afirmando que não estava preenchido o quarto critério Altmark, consistindo as subvenções anuais pagas ao LNE um auxílio de Estado nos termos do artigo 107.º, n.º 1 do TFUE)¹⁶⁷.

A Comissão procedeu de imediato a análise da compatibilidade da medida com o mercado comum, no termos do artigo 106.º, n.º 2 TFUE.

De acordo com o ponto 26 do enquadramento, a Comissão aplicará aos auxílios não notificados as disposições do referido enquadramento se o auxílio tiver sido concedido após 29 de Novembro de 2005 e as disposições em vigor no momento da concessão do auxílio nos restantes casos. Ora, o auxílio em causa foi prestado entre 1993 e 2005, tendo sido concedidos antes da data de 29 de Novembro de 2005.

¹⁶⁶ Ponto 35.

¹⁶⁷ Ponto 78-85.

Assim sendo, a Comissão recorreu a Comunicação da Comissão “Serviços de interesse geral na Europa”¹⁶⁸, que estava em vigor no momento em que o auxílio foi concedido.

Nos termos desta comunicação, a compatibilidade do auxílio com o mercado comum está dependente da verificação de três princípios, o da neutralidade no que se refere à propriedade pública ou privada das empresas, o da liberdade dos Estados-membros na definição de serviços de interesse geral, sujeita ao controlo das situações de abuso, e o da proporcionalidade, que implica que as restrições da concorrência e as limitações das liberdades do mercado único não excedem o necessário para garantir o cumprimento efectivo da missão.

O princípio da neutralidade está verificado.

No que diz respeito à qualificação da missão de serviço público do LNE como missão de interesse económico geral, a Comissão afirmou que a actividade em causa consiste numa actividade económica, que foi atribuída mediante um acto público, não tendo havido erro manifesto por parte das autoridades públicas na definição do serviço como sendo serviço de interesse económico geral.

Quanto à análise do princípio da proporcionalidade, a Comissão procurou apurar se o valor da compensação anual concedida corresponde aos custos líquidos adicionais incorridos pelo LNE na execução do serviço de interesse económico geral. Para tal, a Comissão examinou a metodologia adoptada para a contabilidade analítica do LNE, a fim de verificar se permitia efectivamente identificar todos os proveitos e despesas aferentes ao serviço de interesse económico geral para o período de 1993-2005, tendo concluído que por um lado, que a contabilidade analítica do LNE corresponde aos padrões reconhecidos habitualmente na matéria e não apresenta especificidades significativas e, por outro lado, que as revisões contabilísticas efectuadas para estabelecer as contas por domínio durante o período de 1993--2004 são aceitáveis, ou seja, não houve uma compensação excessiva, sendo os auxílio considerados compatíveis com o mercado comum¹⁶⁹.

VII - Decisão da Comissão (2004/838/CE) de 10 de Dezembro de 2004 relativa aos auxílios estatais aplicados pela França a favor da France 2 e da France 3¹⁷⁰.

¹⁶⁸ Publicada no JOUE C 17, de 19 de Janeiro de 2001, p. 4.

¹⁶⁹ Ponto 104.

¹⁷⁰ Publicada no JOUE L 361/21, 8 de Dezembro de 2004.

Em 10 de Março de 1993, a Télévision Française 1 SA (“TF1”) apresentou uma denúncia junto da Comissão no que se refere às modalidades de financiamento e de exploração dos canais públicos France 2 e France 3.

A presente decisão incide sobre as subvenções ao investimento recebidas pela France 2 e pela France 3, bem como as injeções de capital recebidas pela France 2 entre 1988 e 1994.

As autoridades Francesas justificaram a concessão das subvenções ao investimento e as injeções de capital concedidas com o facto de, em consequência do processo de liberalização do sector audiovisual e da subsequente privatização da France 1, se ter fragilizado o equilíbrio económico da France 2 e da France 3.

As Autoridades francesas afirmaram que o Estado foi obrigado a intervir para assegurar a sobrevivência dos canais públicos e o cumprimento das suas missões de serviço público, assegurando assim a manutenção do pluralismo. Estas missões de serviço público traduzem-se por uma obrigação geral de qualidade e por uma programação específica. Decorrem de uma concepção segundo a qual a existência de canais públicos com uma vocação generalista e que agreguem um público suficientemente diversificado constitui uma condição indispensável para o pluralismo da informação, a variedade dos programas e um apoio diversificado à criação audiovisual e cinematográfica. O exercício destas missões implica simultaneamente um custo suplementar e uma perda de lucros em termos de publicidade para os canais públicos.

As Autoridades francesas justificam as subvenções ao investimento concedidas à France2 e à France3 devido à necessidade de ajudar os canais a fazerem face ao aumento dos custos dos programas. Por outro lado, na sequência de uma auditoria da Coopers & Lybrand, os dois canais públicos elaboraram um plano estratégico em Julho de 1991 que incluía, relativamente a cada canal, um projecto de reestruturação interna e um plano social destinados a gerar economias e que apresentavam uma estratégia no sentido de corresponder melhor às expectativas dos telespectadores, afirmando simultaneamente a sua especificidade de canais públicos. O Estado acompanhou a realização deste plano estratégico através de financiamentos suplementares, sob a forma das subvenções ao investimento já referidas e, no que se refere à France 2, de uma injeção de capital destinada a reequilibrar a estrutura do balanço. Visto que esta primeira injeção de 500 milhões de FRF se revelou insuficiente, o Estado decidiu conceder à France 2 duas novas

injecções de capital em 1993 e 1994, tendo a última sido concedida na sequência de uma nova auditoria da Coopers & Lybrand e paralelamente à elaboração de um novo plano económico.

A Comissão analisou as medidas concedidas com base nos critérios Altmark, tendo considerado que a segunda condição estabelecida pelo acórdão Altmark não estava preenchida em virtude dos financiamentos terem sido concedidos a posteriori e para fazer face a uma situação imprevista. Não se trata, assim, de financiamentos concedidos em função de parâmetros previamente estabelecidos de forma objectiva e transparente.

Além disso, no que se refere à quarta condição estabelecida pelo acórdão Altmark, a Comissão verificou que os canais de televisão a que as Autoridades francesas confiaram o exercício de missões de serviço público não foram seleccionados na sequência de um processo de concurso público. Acresce que o nível de compensação financeira concedido aos dois canais públicos não foi determinado com base numa análise dos custos que teria suportado uma empresa média, bem gerida e adequadamente equipada para executar estas missões de serviço público¹⁷¹.

Não estando observadas todos os critérios Altmark, a Comissão procedeu a análise da sua compatibilidade com base no artigo 106.º, n.º 2 do TFUE.

Para que o auxílio possa beneficiar da derrogação prevista no artigo 106.º, n.º 2 TFUE é necessário que o serviço em questão seja um serviço de interesse económico geral e esteja claramente definido enquanto tal pelo Estado-membro, que a empresa em causa seja expressamente encarregada do fornecimento do referido serviço e que a aplicação das regras de concorrência do Tratado deve constituir um obstáculo à execução da missão particular que incumbe à empresa e a derrogação não deve afectar o desenvolvimento das trocas comerciais numa medida contrária aos interesses da Comunidade.

As missões de serviço público em questão foram confiadas à France 2 e à France 3 através de actos oficiais, uma vez que resultam da Lei n.º 86-1067 bem como dos cadernos de missões e encargos de 28 de Agosto de 1987 e de 16 de Setembro de 1994, adoptados por decreto do primeiro-ministro.

As missões de serviço público da France 2 e da France 3 foram seguidamente especificadas, no que se refere a cada um destes canais, num caderno de encargos. Além disso, a Comissão considerou que as missões de serviço público que incumbem à France 2

¹⁷¹ Ponto 55 e 56.

e à France 3 correspondem a um serviço de interesse económico geral na acepção do n.º 2 do artigo 106.º do TFUE. Estas missões de serviço público são claramente definidas e legítimas, uma vez que se destinam simultaneamente a assegurar a satisfação das necessidades democráticas, sociais e culturais da sociedade francesa e a garantir o pluralismo, incluindo a diversidade cultural e linguística, tal como previsto no protocolo.

As missões de serviço público em questão foram confiadas à France 2 e à France 3 através de actos oficiais, uma vez que resultam da Lei n.º 86-1067 bem como dos cadernos de missões e encargos de 28 de Agosto de 1987 e de 16 de Setembro de 1994, adoptados por decreto do primeiro-ministro.

Em relação ao critério da proporcionalidade, a Comissão concluiu que os financiamentos públicos recebidos pela France 2 e pela France 3 entre 1988 e 1994 não excedem os custos líquidos das suas actividades de serviço público

Por fim, a Comissão determinou a compatibilidade de tais auxílios com o Mercado Comum.

Através da análise da prática decisória da Comissão, podemos verificar que a Comissão tem procedido à uma aplicação muito restrita dos critérios Altmark, especialmente em relação ao quarto critério. Como resultado, são poucos os casos relativos à compensação de serviço público no âmbito dos serviços de interesse económico geral que não foram considerados auxílios de Estado, muito embora, tenhamos constatado que, na maioria das vezes, a Comissão conclui no sentido da sua compatibilidade com o mercado comum.

CONCLUSÃO

Dado o carácter essencial que os serviços de interesse económico geral revestem, é necessário aos Estados assegurarem o seu fornecimento de modo adequado à população em geral através da imposição de obrigações de serviço público.

Dada a onerosidade das obrigações de serviço público adstritas aos serviços de interesse económico geral, muitas das vezes estes serviços se revelam pouco atractivos, sobretudo para as empresas privadas que pautam a sua actuação no mercado por objectivos de obtenção de lucro.

Assim sendo, é de todo compreensível a necessidade que existe em compensar tais empresas pelos custos adicionais resultantes das obrigações de serviço público. No entanto, o montante de compensação concedido às empresas não pode ser superior ao valor dos custos reais, sob pena de os Estados estarem a conceder vantagens económicas

selectivas de modo injustificado, permitindo a empresa beneficiária se colocar numa posição mais favorável em relação às suas concorrentes.

Ao longo do tempo foram surgindo várias tentativas de qualificação das medidas de financiamento concedidas pelos Estados-membros às empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral, mas somente em 2003, com o acórdão Altmark é que foi determinado o regime de financiamento dos serviços de interesse económico geral.

Neste acórdão, o TJUE estabeleceu que sempre que o montante de compensação corresponda aos custos adicionais do cumprimento das obrigações de serviço público, esta compensação não será considerada um auxílio de Estado se estiverem reunidas quatro condições cumulativas: necessidade de atribuir e definir de modo claro e transparente as obrigações de serviço público; os parâmetros com base nos quais o montante de compensação será determinado devem de estar previamente definidos; a compensação não pode ultrapassar o que é necessário para cobrir total ou parcialmente os custos ocasionados pelo cumprimento das obrigações de serviço público, tendo em conta as receitas obtidas, assim como um lucro razoável pela execução destas obrigações; existência de um procedimento de contratação pública ou análise dos custos que uma empresa média, bem gerida e adequadamente equipada em meios de transporte para poder satisfazer as exigências de serviço público requeridas teria suportado para cumprir estas obrigações, tendo em conta as respectivas receitas assim como um lucro razoável relativo à execução destas obrigações.

Sempre que a verificação destas quatro condições cumulativas estiverem satisfeitas, não estaremos perante a atribuição de uma vantagem económica selectiva e, por conseguinte, a medida não será considerada um auxílio de estado nos termos do artigo 107.º, n.º TFUE. Contrariamente, quando a medida em causa não satisfizer uma ou mais condições Altmark, a medida será considerada um auxílio de estado e deverá ser notificada à Comissão, nos termos do artigo 108.º TFUE.

Não obstante, tal auxílio poderá ser considerado compatível por parte da comissão europeia, ao abrigo da derrogação prevista no artigo 106.º, n.º 2 do TFUE.

O artigo 106.º, n.º 2 TFUE visa, precisamente, estabelecer um equilíbrio entre o interesse europeu de não afectação do comércio e defesa da concorrência e o interesse público em assegurar o adequado fornecimento dos serviços de interesse económico geral.

Com o intuito de esclarecer em que termos um auxílio de estado concedido à uma empresa encarregada da gestão de serviços de interesse económico geral poderá ser considerada compatível, a Comissão adoptou, em 2005, o chamado Pacote SIEG, do qual resultou as seguintes condições de compatibilidade: quando a prestação do serviço de interesse económico geral seja atribuída à empresa em causa através de um ou mais actos oficiais; o montante da compensação não deve ultrapassar o necessário para cobrir os custos ocasionados pelo cumprimento das obrigações de serviço público, e descreve os custos, as receitas obtidas e o lucro razoável; ausência de compensações excessivas.

Sempre que o auxílio cumpra estas três condições cumulativas será declarado compatível com o mercado comum. Tal como vimos, no momento em que analisamos a prática decisória da comissão em relação a aplicabilidade dos critérios altmark, a maior parte dos casos, a comissão considera os auxílios compatíveis com o mercado comum.

Concluimos o nosso estudo, com a percepção de que, apesar de os critérios Altmark muitas das vezes se demonstrarem difíceis de aplicar na prática, tanto os tribunais europeus como a comissão têm tentado adapta-los da melhor maneira possível às circunstâncias concretas de cada caso.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João José Nogueira de. *A restituição das ajudas de Estado concedidas em violação do direito comunitário*. Coimbra Editora, 1997.

CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*, 9.^a edição revista e actualizada pelo Prof. Doutor Diogo de Freitas do Amaral, Tomo II, Lisboa: Coimbra Editora, 1972.

GONÇALVES, Pedro. *A concessão de serviços públicos*. Almedina, 1999.

HEIDENHAIN, Martin. *European State Aid Law*, Verlag C.H. Beck Munchen 2010.

LEIGH, Hancher. “*Toward a new definition of a State aid under European Law: Is there a New Concept of State Aid Emerging?*” em *European State Aid Law Quarterly*.

MARTINS, Manuel. *Auxílios de Estado no Direito Comunitário*. Edição Principia, 2002.

MOREIRA, Vital. “*Serviços de interesse económico geral e mercado*”, In: M.M. Leitão Marques e Vital Moreira, *A mão visível. Mercado e Regulação*, Coimbra: Almedina, 2003.

NETTESHEIM, Martin. “*Les services d`intérêt general en droit communautaire entre libre concurrence et état social*”. in *RIDC*, n. 3, 2008.

PHENDON, Nicolaides. “*Competition and Services of General Economic Interest na UE: reconciling Economics and Law*”, em *European State Aid Law Quarterly*, 2003.

ROBERTI, Gian Michele. *Le controle de la Commission des Communautés européennes sur les aides nationales*, *AJDA*, Paris, n. 6, 1993.

TRAVERS, Noel. “*Public service obligations and state aid: Is all really clear after Altmark?*” in: *EStAL*, n. 3, 2003.