



I  
•  
J

## **EDIÇÃO E COORDENAÇÃO EDITORIAL**

Instituto Jurídico da

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Email: [institutojuridico@fd.uc.pt](mailto:institutojuridico@fd.uc.pt)

URL: [www.ij.fd.uc.pt](http://www.ij.fd.uc.pt)

Morada: Pátio da Universidade | 3004-545 Coimbra

## **EXECUÇÃO GRÁFICA**

Imagem da capa: Pormenor de porta na Sala Chinesa (FDUC)

Infografia: Jorge Ribeiro | [jorgeribeiro@fd.uc.pt](mailto:jorgeribeiro@fd.uc.pt)

## **ISBN**

978-989-8787-03-3 (edição em papel)

978-989-8787-05-7 (e-book)

## **DEPÓSITO LEGAL**

390374/15

© MARÇO 2015

INSTITUTO JURÍDICO | FACULDADE DE DIREITO | UNIVERSIDADE DE COIMBRA

NUNO ALBUQUERQUE MATOS

AUXÍLIOS DE ESTADO  
FINANCIAMENTO DOS SERVIÇOS  
DE INTERESSE ECONÓMICO GERAL

Dissertação de Mestrado

INSTITUTO JURÍDICO



*ao meu falecido pai,  
pelo muito que lhe devo  
e cuja memória trago sempre comigo*



## NOTA DE ACTUALIZAÇÃO

A presente dissertação, subordinada à análise da problemática colocada pelo financiamento público dos serviços de interesse económico geral à luz das regras da União Europeia no que concerne os auxílios de Estado, foi elaborada no âmbito da frequência no programa de Mestrado na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra entre 2008 e 2010.

O hiato temporal que medeia desde 2010 até à presente data trouxe inovações legislativas que têm impacto na dissertação que se apresenta e que pretendemos enunciar previamente ao seu texto, por forma a disponibilizar ao leitor toda a informação que traduz o *state of the art*, sem que, simultaneamente, se altere o trabalho apresentado, apreciado e avaliado pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

A parte I da dissertação, que visa apreciar a doutrina geral dos auxílios de Estado, manteve, no essencial, todas as considerações expendidas.

A parte II coloca enfoque nos serviços de interesse económico geral, em particular na matéria das compensações públicas às empresas que os prestam. No que diz respeito a esta parte, verificam-se alterações ao ponto 3.4.2. (Pacote Altmark). Com efeito, a Comissão Europeia encetou uma reforma relativamente a esta matéria em 2011, tendo emitido os seguintes documentos:

- a) Comunicação da Comissão relativa à aplicação das regras em matéria de auxílios estatais da União Europeia à compensação concedida pela prestação de serviços de interesse económico geral;
- b) Decisão da Comissão, de 20 de Dezembro de 2011, 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;
- c) Comunicação da Comissão – Enquadramento da União Europeia aplicável aos auxílios estatais sob a forma de compensação de serviço público, e

d) Regulamento (UE) 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.

A Comunicação referida na alínea a) visa, no essencial, clarificar determinados conceitos referentes à matéria dos serviços de interesse económico geral, tendo em consideração a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia bem como a prática da Comissão Europeia.

A Decisão da Comissão e o Enquadramento, referidos nas alíneas b) e c), sofreram algumas alterações. Vejamos as principais:

	2005	2011
DECISÃO	<p><b>ÂMBITO DE APLICAÇÃO</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Hospitais e habitação social.</li> <li>- Auxílios inferiores a €30 milhões por ano para prestadores com volume de negócios inferior a €100 milhões por ano.</li> </ul> <p><b>CONDIÇÕES DE COMPATIBILIDADE</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Atribuição + teste de sobrecompensação.</li> <li>- Abordagem e monitorização anuais.</li> </ul>	<p><b>ÂMBITO DE APLICAÇÃO</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Atribuição por um período temporal inferior a 10 anos (com exceção dos casos em que for necessário avultados investimentos), nos seguintes casos: Hospitais e serviços sociais: cuidados de saúde e de longa duração; cuidados com crianças; acesso e reintegração no mercado de trabalho; habitação social e cuidado e inclusão social de grupos vulneráveis.</li> <li>- Auxílios inferiores a €15 milhões por ano.</li> </ul> <p><b>CONDIÇÕES DE COMPATIBILIDADE</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Atribuição + teste de sobrecompensação.</li> <li>- Abordagem plurianual com monitorização intermédia de sobrecompensação no mínimo de três em três anos.</li> <li>- Introdução de uma “zona de segurança” para a definição dos lucros dos prestadores do serviço de interesse económico geral.</li> </ul>



ENQUADRAMENTO	CONDIÇÕES DE COMPATIBILIDADE	CONDIÇÕES DE COMPATIBILIDADE
	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Serviço de interesse económico geral genuíno.</li> <li>- Acto de atribuição.</li> <li>- Teste de sobrecompensação anual.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Serviço de interesse económico geral genuíno.</li> <li>- Acto de atribuição.</li> <li>- Duração do período de atribuição.</li> <li>- Cumprimento com as disposições da Directiva Transparência.</li> <li>- Cumprimento com a legislação europeia de contratação pública.</li> <li>- Ausência de discriminação.</li> <li>- Teste de sobrecompensação baseado numa abordagem ex ante plurianual, incentivos de eficiência e implementação da metodologia do custo líquido evitado.</li> <li>- Transparência reforçada.</li> <li>- Avaliação simplificada para auxílios normalmente abrangidos pela Decisão.</li> <li>- Avaliação substantiva para auxílios particularmente distorçores.</li> </ul>

No que concerne o instrumento legislativo mencionado na alínea d), trata-se de um Regulamento que estabelece determinados montantes abaixo dos quais a Comissão Europeia considera que as ajudas públicas não cabem no conceito de auxílio de Estado e, assim, não estão sujeitos a notificação nem a controlo. Assim, consideram-se *de minimis* todos os auxílios que não excedam €500.000 no período de três anos fiscais. Este instrumento constitui uma verdadeira inovação, na medida em que o pacote de 2005 não introduziu regras relativamente a esta matéria.

A Comissão Europeia publicou igualmente no seu *website* informação sobre *swap rates*, designação a que aludem a Decisão e o Enquadramento acima referidos. Este instrumento pretende indicar as margens de lucro a atribuir pelos Estados-Membros às empresas prestadoras de serviços de interesse económico geral que, com um razoável grau de certeza, serão consideradas compatíveis por esta Instituição.

A Directiva 2006/111/CE da Comissão, de 16 de Novembro de 2006, relativa à transparência financeira das relações financeiras

entre os Estados-Membros e as empresas públicas, bem como à transparência financeira relativamente a certas empresas, continua em vigor.

Por último, é conveniente referir uma alteração no direito português, com a entrada em vigor da Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio, que aprova o novo regime jurídico da concorrência, revogando as Leis n.ºs 18/2003, de 11 de Junho, e 39/2006, de 25 de Agosto, e procede à segunda alteração da Lei n.º 2/99, de 13 de Janeiro.

No que concerne as matérias referentes aos auxílios de Estado, a nova Lei não traz inovações de monta, uma vez que esta continua a ser uma competência exclusiva da Comissão Europeia. De entre as alterações existentes, destaque-se o facto de a Autoridade da Concorrência poder analisar qualquer auxílio ou projecto de auxílio tanto a pedido de qualquer interessado como *ex officio*, faculdade que a anterior Lei não lhe atribuía. Tal como na vigência da Lei n.º 18/2003, de 8 de Maio, esta entidade reguladora pode formular ao Governo ou a qualquer outro ente público as recomendações que entenda necessárias. No entanto, a nova Lei atribui à Autoridade da Concorrência competência no domínio do acompanhamento da execução das recomendações que produz, podendo igualmente solicitar a quaisquer entidades informações relativas à sua implementação.

Por outro lado, foi eliminado o n.º 3 do artigo 13.º da Lei n.º 18/2003, que estipulava não se considerarem auxílios as indemnizações compensatórias, qualquer que seja a forma que revestissem, concedidas pelo Estado como contrapartida da prestação de um serviço público. Esta supressão veio alinhar a legislação nacional com as práticas da Comissão e do Tribunal de Justiça da União Europeia, as quais tornaram obsoleta esta disposição legal.

## ABREVIATURAS

Ac.	–	Acórdão
ADL	–	<i>Annales de Droit de Louvain</i>
AG	–	Advogado-Geral
AJDA	–	<i>L'actualité Juridique Droit Administratif</i>
CDE	–	<i>Cahiers de Droit Européen</i>
CJA	–	<i>Cadernos de Justiça Administrativa</i>
CJEL	–	<i>Columbia Journal of European Law</i>
Colectânea	–	<i>Colectânea da Jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância</i>
CMLR	–	<i>Common Market Law Review</i>
CPN	–	<i>Competition Policy Newsletter</i>
ECLR	–	<i>European Competition Law Review</i>
ELR	–	<i>European Law Review</i>
EPL	–	<i>European Public Law</i>
EstAL	–	<i>European State Aid Law</i>
JECLP	–	<i>Journal of European Competition Law &amp; Practice</i>
JOUE	–	<i>Jornal Oficial da União Europeia</i>
RDP	–	<i>Revue du Droit Public</i>
RDPE	–	<i>Revista de Direito Público da Economia</i>
RDUE	–	<i>Revue du Droit de l'Union Européenne</i>
Recueil-	–	<i>Recueil de la Jurisprudence de la Cour</i>
RFDA	–	<i>Revue Française de Droit Administratif</i>
RIDC	–	<i>Revue Internationale de Droit Comparé</i>
RTDE	–	<i>Revue Trimestrielle de Droit Européen</i>
SIEG	–	Serviços de Interesse Económico Geral
SIG	–	Serviços de Interesse Geral
SSIG	–	Serviços Sociais de Interesse Geral
SIGNE	–	Serviços de Interesse Geral Não Económicos
TCE	–	Tratado da Comunidade Europeia
TFUE	–	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TG	–	Tribunal Geral
TJUE		Tribunal de Justiça da União Europeia
TUE		Tratado da União Europeia
UE		União Europeia



## INTRODUÇÃO

O financiamento dos serviços de interesse económico geral tem gerado ampla discussão na União Europeia. Com efeito, muito se tem debatido acerca da qualificação e do tratamento a dar às compensações concedidas pelo Estado às empresas que fornecem SIEG.

As características muito próprias e especiais deste tipo de serviços podem, efectivamente, causar um desequilíbrio económico nas empresas que os prestam, razão pela qual o Estado, de forma a garantir a execução dos serviços que considera essenciais à população, prontifica-se a indemnizar a empresa pelo prejuízo que advém do cumprimento das obrigações de serviço público.

Paralelamente a esta dimensão social, as compensações são idóneas a perturbar a concorrência no mercado, uma vez que o Estado ajuda determinadas empresas em detrimento de outras. Por outro lado, o montante avultado que podem assumir coloca um problema relacionado com os custos de oportunidade, isto é, sendo os recursos públicos escassos, o Estado, ao decidir auxiliar um determinado sector da economia, fá-lo, certamente, em detrimento de outro.

Assim, na parte I faremos uma breve apreciação da matéria dos auxílios de Estado, com enfoque no princípio geral de incompatibilidade dos mesmos, analisando os seus elementos caracterizadores. Com efeito, o referido princípio constitui a pedra angular da estruturação das regras relativas aos auxílios de Estado, porquanto pressupõe que, em regra, todos os auxílios que preencham os elementos previstos no Tratado tenham de ser sujeitos a uma análise de compatibilidade.

Na parte II abordaremos vários pontos relativos aos serviços de interesse económico geral. No ponto 2, procuraremos clarificar a diversificação conceptual que a Comissão Europeia tem introduzido. É importante traçar uma linha divisória entre serviços de interesse geral e serviços de interesse económico geral, uma vez que somente estes estarão sujeitos às regras da concorrência. Mas não só. Desde 1980 que a Comissão tem vindo a pugnar pela liberalização e/ou privatização dos

SIEG, associando-se à crise do Estado Providência a crise do serviço público, porquanto o Estado passa não a executar, mas a garantir a execução de serviços vitais à população.

Posteriormente, no ponto 3, focaremos a matéria das compensações públicas concedidas aos prestadores de SIEG, com especial enfoque no desenvolvimento da jurisprudência do TJUE. Abordaremos a controversa problemática da concessão de efeito directo ao artigo 106.º, n.º 2, e faremos uma descrição do Pacote Altmark, que assume extrema relevância em matéria de financiamento dos SIEG.

Finalizaremos o ponto 3 sublinhando a actual importância que os objectivos de ordem social assumem no seio da ordem económica da União Europeia, em especial no que diz respeito às condições impostas pelo TJUE para as compensações públicas aos SIEG.

À luz dos mais recentes desenvolvimentos no Direito da União Europeia, analisaremos a Directiva dos Serviços (ponto 4) destacando o papel nela desempenhado pelos serviços de interesse económico geral.

Por fim, versaremos o especial lugar ocupado pelos SIG no Tratado de Lisboa, actualmente em vigor. Na verdade, a importância dos SIG na valorização do cidadão europeu justificou a introdução de um protocolo a seu respeito no Tratado reformador. Atentaremos igualmente nas principais novidades legislativas que este trouxe no que concerne os serviços de interesse económico geral (ponto 5), discutindo a proposta de uma Directiva-quadro sobre os SIEG (ponto 6), há muito propugnada por alguns grupos, e cuja discussão se tem intensificado em virtude das inovações estabelecidas pelo Tratado de Lisboa.







# PARTE I

## Auxílios de Estado



## 1. O princípio da incompatibilidade com o mercado interno dos auxílios de Estado na acepção do artigo 107.º n.º 1 do TFUE

O artigo 107.º, n.º 1, do TFUE estabelece um princípio geral de incompatibilidade:

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.

Do disposto pode-se depreender que não existe qualquer incompatibilidade automática<sup>1</sup>: compete à Comissão a apreciação da compatibilidade dos auxílios previstos no artigo 107.º, n.º 3, tendo esta um poder discricionário para o fazer, e verificar os pressupostos do artigo 107.º, n.º 2, (compatibilidade *de iure*, *ope legis* ou *per se*). A diferença entre estes dois números reside precisamente no facto de, no n.º 2, a Comissão não ter capacidade de apreciação, já que estamos na presença de uma derrogação legal<sup>2</sup>. Não obstante, todos os auxílios que preencham os

---

<sup>1</sup> Vide João Nogueira de ALMEIDA, *A Restituição das Ajudas de Estado Concedidas em Violação do Direito Comunitário*, 15. Vide o Ac. de 22/3/1977, Iannelli & Volpi SpA contra Ditta Paolo Meroni, Processo 78/76, em que o TJUE afirma que a “incompatibilidade eventual dos auxílios de Estado com o mercado interno resulta, sob o controlo do Tribunal de Justiça de um procedimento apropriado cuja aplicação é da competência da Comissão.”

<sup>2</sup> Vide Begoña Pérez BERNABEU, *Ajudas de Estado en la Jurisprudencia Comunitaria*, 83. Vide o Ac. do TJUE de 17/9/1980, Philip Morris Holland BV contra Comissão da Comunidades Europeias, Processo 730/79.

requisitos do artigo 107.º, n.º 1, devem ser notificados à Comissão (artigo 108.º, n.º 3).

O TJUE, embora no contexto do Tratado CECA (Comunidade Europeia do Carvão e do Aço), afirmou no *Ac. De Gezamenlijke*<sup>3</sup> que a incompatibilidade dos auxílios de Estado com o mercado interno se justifica porque contrariam os fins do Tratado. Apesar de o artigo 4.º do Tratado CECA prever uma proibição absoluta dos auxílios de Estado, o Tribunal faz referência à importância da “repartição racional da produção”, o que se pode entender como uma opção, por parte do Tratado (CECA), por uma economia concorrencial de mercado.

Mais recentemente, a Comissão afirmou que uma política no domínio dos auxílios estatais reveste especial importância de modo a assegurar condições equitativas de concorrência para todas as empresas que operam no mercado interno. Pretende-se, nomeadamente, não beneficiar determinadas empresas em detrimento de outras mais eficientes, não originar um poder de mercado de modo a que outras tenham que reduzir a sua presença no mercado ou evitar a criação de barreiras à entrada<sup>4</sup>.

## 2. Elementos caracterizadores de um auxílio de Estado

O TFUE não dá uma definição de auxílio de Estado. Com efeito, considerou-se que, no caso de uma definição rígida deste conceito, haveria muito espaço para o contorno do mesmo por parte dos Estados-Membros.

Contudo, o artigo 107.º, n.º 1, contém uma série de requisitos que determinada medida tem que preencher para que seja considerada auxílio de Estado:

- a) o auxílio terá que ser concedido pelo Estado ou com recursos estatais, independentemente da forma que assuma;
- b) deve favorecer certas empresas ou certas produções;
- c) terá que constituir uma vantagem económica para o beneficiário;
- d) terá que afectar ou ameaçar falsear a concorrência e as trocas comerciais entre os Estados-Membros.

Passemos à análise de cada um dos requisitos.

<sup>3</sup> Cf. *Ac. de 23/2/1961, De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg contra Alta Autoridade da Comunidade Europeia da Carvão e do Aço*, Processo 30/59.

<sup>4</sup> Cf. *Plano de acção no domínio dos auxílios estatais*, COM (2005) 107 final, Bruxelas, 2005, 4.

## 2.1. Auxílio concedido pelo Estado ou com recursos estatais, independentemente da forma

### 2.1.1. Conceito de Estado

O conceito de Estado aqui empregue é bastante amplo. Com efeito, abrange todos os órgãos e instituições estatais titulares dos poderes Legislativo e Executivo, qualquer entidade pública local ou regional e qualquer entidade privada na qual o Estado tenha uma influência dominante<sup>5</sup>.

Na verdade, o auxílio pode ser concedido directamente pelo Estado, atribuindo a determinadas entidades a tarefa de gerir um regime de ajudas, regulando e antevendo o financiamento, não havendo, pois, dúvidas em relação à sua imputação àquele.

Maior problema será o de lhe imputar as ajudas concedidas por entidades que têm outras funções que não a de gerir um regime de ajudas (*v.g.* instituições financeiras e empresas comerciais), mas em que o Estado tenha uma influência dominante. Nestas situações é preciso sempre apurar, no caso concreto, tendo em conta todas as circunstâncias do mesmo, o grau de autonomia concedido pelo Estado a essas entidades<sup>6</sup>.

No Ac. *Comissão contra França*<sup>7</sup> estava em causa uma subvenção atribuída pela *Caisse nationale de crédit agricole* aos agricultores franceses mais pobres. O TJUE afirmou que “o artigo 87.º (actual artigo 107.º) do Tratado abrange todos os auxílios, como a subvenção em apreço, que seja decidida e financiada por uma entidade pública e cuja implementação *dependa da autorização* das autoridades públicas”<sup>8</sup> (itálico e parênteses nossos).

<sup>5</sup> Vide Begoña Pérez BERNABEU, *Ayudas de Estado en la Jurisprudencia Comunitaria*, 43-49. Esta autora, apesar de descartar a possibilidade de o poder Judicial conceder auxílios de Estado, interroga-se sobre se será possível considerar uma medida como tal se uma determinada jurisdição nacional condenar o Estado a pagar uma indemnização que exceda o dano emergente e o lucro cessante; Vide também CONOR QUIGLEY, *European State Aid Law and Policy*, 7; PHEDON NICOLAIDES; MIHALIS KEKELEKIS; MARIA KLEIS, *State Aid Policy in the European Community: Principles and Practice*, 11; LEIGH HANCHER; TOM OTTERVANGER; PIET JAN SLOT, *EU State Aids*, 2012. Na jurisprudência, vide o Ac. de 22/3/1977, Steinike & Weinlig contra República Federal da Alemanha, Processo 78-76, ponto 21.

<sup>6</sup> Vide João Nogueira de ALMEIDA, *A Restituição das Ajudas de Estado Concedidas em Violação do Direito Comunitário*, 19; CONOR QUIGLEY, *European State Aid Law and Policy*, 14.

<sup>7</sup> Ac. de 30/1/1985, Comissão das Comunidades Europeias contra República Francesa, Processo 290/83.

<sup>8</sup> Ac. de 30/1/1985, Comissão das Comunidades Europeias contra República Francesa, Processo 290/83, ponto 15. Vide a este propósito, Hubert van VLIET, «State Resources and Preussenelektra: When is State Aid Not a State Aid?», 68; Koen Van de CASTEELE;

A imputabilidade também se pode aferir através de ligações indirectas. Foi o que sucedeu nos casos *Van der Kooy*<sup>9</sup>, *ENI-Lanerossi*<sup>10</sup> e *Alfa Romeo*<sup>11</sup>.

No primeiro caso, o Estado Holandês detinha 50% das acções da Ganunie (entidade concedente de uma tarifa preferencial) e tinha nomeado o seu Conselho Fiscal (órgão que tinha o poder de definir tarifas).

No caso ENI-Lanerossi, o Estado teve intervenção na medida em que nomeou o conselho de administração da ENI, empresa na qual tinha injectado capital para compensar perdas de uma subsidiária desta.

No caso Alfa Romeo, o Estado Italiano nomeou o conselho de administração da IRI que, por sua vez, nomeou o conselho de administração da Finmeccanica (ambas empresas que subsidiaram a Alfa Romeo). A IRI tinha ainda que seguir as directivas do Conselho de Ministros.

Nestes três casos o TJUE considerou que nenhuma das entidades concedentes do auxílio tinha total liberdade de acção e, como tal, autonomia, baseando a sua apreciação não em ligações directas, uma vez que não se provou que o Estado teve influência directa na atribuição dos auxílios, mas através de laços indirectos.

Poder-se-ia pensar, portanto, que nos casos em que existam meros laços indirectos a imputabilidade seria automaticamente confirmada. Não foi, porém, este o entendimento do Tribunal de Justiça no caso *Stardust*<sup>12</sup>. O TJUE afirma que “embora o Estado possa controlar uma empresa pública e exercer uma influência dominante nas suas operações, o exercício efectivo deste controlo num caso concreto *não deve ser automaticamente presumido*. Uma empresa pública pode agir com maior ou menor independência, em função do grau de autonomia que lhe é deixado pelo Estado” e que “há ainda que examinar se as autoridades públicas *devem ser consideradas implicadas*, de uma forma ou de outra, na adopção dessas medidas.” (itálicos nossos).

Em *Stardust*, o TJUE clarifica que recai sobre a Comissão o ónus da

---

Davide GRESPIAN, «Granted by a Member State or through State Resources in any Form Whatsoever: State Resources and Imputability», 228; BELLAMY & CHILD; Peter ROTH; Vivian ROSE, coord., *European Community Law of Competition*, 1513 e 1514.

<sup>9</sup> Ac. de 2/2/1998, Kwekerij Gebroeders Van Der Kooy BV e outros contra Comissão das Comunidades Europeias, Processos apensos 67, 68 e 70/85.

<sup>10</sup> Ac. de 21/3/1991, República Italiana contra Comissão das Comunidades Europeias, Processo C-303/88.

<sup>11</sup> Ac. de 21/3/1991, República Italiana contra Comissão das Comunidades Europeias, Processo C-305/89. *Vide* também o Ac. de 9/8/1994, Namur-Les Assurances du Credit SA contra Office National du Ducroire e Estado Belga, Processo C-44/93.

<sup>12</sup> Ac. de 13/5/2002, República Francesa contra Comissão das Comunidades Europeias, Processo C-482/99.

prova da imputabilidade, sendo o primeiro caso em que este elemento tem verdadeira importância. No entanto, apesar de o Tribunal ter indicado um conjunto não exaustivo de elementos que devem ser tidos em consideração, nada diz acerca do nível de envolvimento do Estado.

Mais recentemente, o Tribunal de Justiça tem-se pronunciado no sentido de que não haverá imputabilidade no caso de a actuação do Estado não ser discricionária, como na implementação de uma Directiva em que apenas procede à transposição de regras comunitárias<sup>13</sup>, sendo também necessária uma adequada fundamentação por parte da Comissão no que diz respeito a imputabilidade<sup>14</sup>.

Pelo contrário, se uma determinada transferência de fundos estiver dependente da aprovação de um Ministério<sup>15</sup>, ou se for susceptível de afectar o fornecimento do serviço público que lhe estava afectado<sup>16</sup> a medida será, conseqüentemente, estadual.

### 2.1.2. Recursos estatais

Resulta de reiterada jurisprudência que apenas as ajudas que tenham sido concedidas directa ou indirectamente através de fundos estatais devem ser consideradas auxílios de Estado na acepção do artigo 107.º, n.º 1<sup>17</sup>. É preciso, portanto, que haja uma carga financeira para o Estado<sup>18</sup>.

A distinção não se destina a caracterizar como auxílio todas as vantagens concedidas pelo Estado, quer sejam ou não financiadas com recursos públicos, mas sim a abranger tanto as ajudas concedidas directamente pelo Estado como indirectamente através de entidades públicas

<sup>13</sup> Cf. Ac. de 5/4/2006, Deutsche Bahn AG contra Comissão das Comunidade Europeias, Processo T-351/02, ponto 92.

<sup>14</sup> Cf. Ac. de 12/9/2007, Olympiaki Aeroporía Ypiresies AE contra Comissão das Comunidades Europeias, 317 e 318.

<sup>15</sup> Cf. Ac. de 7/6/2006, Union française de l'express (UFEX) e outros contra Comissão das Comunidades Europeias, Processo T-613/97, ponto 166; Decisão da Comissão de 24/4/2007, C46/2005, Rescue and restructuring aid for Inter Ferry Boats (IFB) in Belgium, JOUE, C 159, de 8/7/2006, 2. No entanto *vide* Koen Van de CASTEELE; Davide GRESpan, «Granted by a Member State or through State Resources in any Form Whatever: State Resources and Imputability», 235, para uma análise mais pormenorizada.

<sup>16</sup> Cf. Decisão da Comissão de 24/4/2007, C46/2005, Rescue and restructuring aid for Inter Ferry Boats (IFB) in Belgium.

<sup>17</sup> *Vide* por exemplo, Ac. de 7/5/1998, Viscido e outros, Processos apensos C-52/97, C-53/97 e C-54/97, ponto 13; Ac. de 1/12/1998, Ecotrade Srl contra Altiforni e Ferriere di Servola SpA (AFS), Processo C-200/97, ponto 35; Ac. de 17/6/1999, Industrie Aeronautiche e Meccaniche Rinaldo Piaggio SpA contra International Factors Italia SpA (Ifitalia), Dornier Luftfahrt GmbH e Ministero della Difesa, Processo C-295/97; Ac. de 13/3/2001, PreussenElektra AG contra Schlesweg AG, Processo C-379/98, ponto 58.

<sup>18</sup> Assim, *vide* CONOR QUIGLEY, *European State Aid Law and Policy*, 18.

ou privadas por ele designadas ou instituídas, ou seja, é necessário que haja um controlo público sob os fundos e capacidade de influenciar o seu uso<sup>19 20</sup>.

Neste sentido, no acórdão *PreussenElektra*<sup>21</sup>, o AG Jacobs entendeu que a obrigação, imposta às empresas privadas de fornecimento de electricidade, de comprar electricidade produzida a partir de fontes de energia renováveis a preços mínimos fixos superiores ao seu valor económico real, não constitui qualquer tipo de recurso estatal. Efectivamente, sendo o financiamento feito por privados, o Estado não tem qualquer tipo de controlo em relação a esses fundos<sup>22</sup>.

O TJUE adoptou a opinião dada por aquele AG afirmando o seguinte: “No caso em apreço, há que considerar que a obrigação, imposta às empresas privadas de fornecimento de electricidade, de comprar a preços mínimos fixos a electricidade produzida a partir de fontes de energia renováveis não engendra qualquer transferência directa ou indirecta de recursos estatais para as empresas produtoras deste tipo de electricidade”, concluindo: “Nestas condições, o facto de a obrigação de compra ser imposta por lei e conferir uma vantagem incontestável a certas empresas não é de natureza a conferir-lhe o carácter de auxílio de Estado na acepção do artigo 92.º, n.º 1, (actual artigo 107.º, n.º 1) do Tratado”<sup>23</sup> (parênteses nosso).

<sup>19</sup> *Vide* um dos primeiros casos sobre o que não constitui recurso estatal: Ac. de 24/1/1978, *Ministère public du Kingdom of the Netherlands v Jacobus Philippus van Tiggele*, Processo 82/77. Estava em causa a imposição de um preço mínimo de venda a retalho por parte do Estado Holandês. O TJUE concluiu que não estávamos na presença de qualquer auxílio estatal visto que a medida tinha o objectivo de beneficiar os distribuidores exclusivamente à custa dos consumidores, não envolvendo, pois, qualquer recurso estatal. Na mesma linha de raciocínio, Ac. de 17/3/1993, *Firma Sloman Neptun Schiffahrts AG contra Seebetriebsrat Bodo Ziesemer der Sloman Neptun Schiffahrts AG*, Processos apensos C-72/91 e C-73/91; Ac. de 7/5/1998, *Viscido e outros*. *Vide* também Phedon NICOLAIDES; Mihalis KEKELEKIS; Maria KLEIS, *State Aid Policy in the European Community: Principles and Practice*, 13.

<sup>20</sup> Na verdade, ainda que não se verifique um controlo total sobre os fundos, estes podem considerar-se estatais. No Ac. de 12/12/1996, *Compagnie nationale Air France contra Comissão das Comunidades Europeias*, Processo T-358/94, os fundos depositados na *Caisse de Dépôts et consignations-participations*, apesar de poderem ser levantados a qualquer momento pelos depositantes, constitui saldo que está definitivamente ao dispor da *Caisse* e que pode utilizar sob sua responsabilidade.

<sup>21</sup> *Supra* citado, nota de rodapé 17.

<sup>22</sup> Cf. Conclusões do AG Jacobs de 26/10/2000, In Ac. de 13/3/2001, *PreussenElektra AG contra Schleswig AG*, pontos 165 e 166.

<sup>23</sup> Cf. Ac. de 13/3/2001, *PreussenElektra AG contra Schleswig AG*, pontos 59 e 61. *Vide* ainda o Ac. de 21/5/2010, *República Francesa e outros contra Comissão Europeia*, Processos apensos T-425/04, T-444/04 T-450/04 e T-456/04, pontos 214 e 215.



Da mesma forma, no Ac. Stardust, o AG Jacobs afirma: recursos estatais são todos aqueles que estão directa ou indirectamente sob o controlo legal do Estado.

Estes acórdãos merecem, no entanto, a nossa crítica. Nogueira de Almeida<sup>24</sup>, criticando o acórdão Sloman Neptun (e embora aqui se tenha verificado perda de receitas para o Estado alemão, as medidas adoptadas não foram consideradas recursos estatais pelo Tribunal de Justiça), avança argumentos que nos parecem adaptáveis à actual jurisprudência. Com efeito, no acórdão PreussenElektra a vantagem concedida às empresas do sector das energias renováveis só foi possível através de uma directa intervenção do Estado, consubstanciada numa lei. Sendo assim, de acordo com a noção lata que o TJUE tem do conceito de auxílio de Estado, seria absolutamente contraditório que este tipo de medidas não fossem abrangidas pelo artigo 107.º, n.º 1<sup>25</sup>. Sempre se poderá advogar que, de facto, o financiamento é realizado através de empresas privadas. Não obstante, a vantagem concedida resulta de um comportamento imputável ao Estado.

Koen Van de Castele e Davide Grespan afirmam, por outro lado, que se a obrigação de compra fosse imposta exclusivamente a entidades públicas, a medida seria qualificada de auxílio de Estado com a consequente obrigação de notificação prévia à Comissão, enquanto que no caso em apreço nada disto sucede visto a imposição ter recaído sobre empresas privadas. O resultado será que enquanto alguns vendedores de energia retiram uma vantagem (fruto dos seus clientes serem empresas privadas) outros ficam em desvantagem (visto os seus clientes poderem ser empresas públicas). Deste ponto de vista, o encargo para as entidades públicas só se torna efectivo na medida em que o auxílio seja considerado compatível, ao passo que as empresas privadas têm sempre de o suportar, o que pode colocar um problema de discriminação<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> Vide João Nogueira de ALMEIDA, *A Restituição das Ajudas de Estado Concedidas em Violação do Direito Comunitário*, 25.

<sup>25</sup> Esta foi a interpretação dada pela Comissão. Vide Ac. de 13/3/2001, PreussenElektra AG contra Schleswag AG, 63. Em sentido contrário, Andrea Biondi e Luca Rubini sustentam que o conceito de auxílio de Estado já é bastante lato, pelo que esta extensão seria completamente contrária ao objectivo do artigo 107.º. Vide Andrea BIONDI; Luca RUBINI, «Aims, Effects and Justifications: EC State Aid Law and its Impact on National Social Policies», 82.

<sup>26</sup> Vide Koen Van de CASTEELE; Davide GRESPLAN, «Granted by a Member State or through State Resources in any Form Whatsoever: State Resources and Imputability», 200. Com a opinião de que o acórdão PreussenElektra não se deve aplicar no caso de essas imposições recaírem sobre empresas públicas, veja-se as conclusões do AG Mengozzi de

Decisiva parece-nos ser a Opinião do AG Darmon no caso *Slooman Neptun*<sup>27</sup>. Darmon defende que a natureza estatal da medida deve respeitar apenas a questão da imputabilidade, ou seja, o modo de financiamento seria irrelevante.

Recorrendo a um exemplo extremo dado por aquele AG, imaginemos determinada disposição de origem estatal que obriga consumidores, trabalhadores, sociedades comerciais ou qualquer outra categoria de pessoas privadas, a pagar determinado montante a determinada empresa ou indústria particular. De imediato nos apercebemos que as condições de concorrência ficam alteradas, estando, por isso, a *ratio legis* do artigo 107.º, n.º 1, subvertida. Isto porque o que importa, para este artigo, não são as causas ou os objectivos do auxílio, mas sim os seus efeitos.

Em nossa opinião, o raciocínio segundo o qual qualquer medida adoptada pelo Estado, independentemente do seu modo de financiamento, que seja susceptível de alterar as condições concorrenciais de maneira a contornar o artigo 107.º, n.º 1, é o único que nos parece lógico e consentâneo com os seus objectivos<sup>28</sup>.

Mais recentemente, no acórdão *Pearle*<sup>29</sup>, o Tribunal de Justiça considerou que os regulamentos adoptados por um organismo de direito público a fim de financiar uma campanha publicitária colectiva decidida pelos seus próprios membros, através de recursos cobrados aos referidos membros e afectados obrigatoriamente a tal fim, não constituíam medidas de auxílio, quando se provasse que este financiamento tinha sido realizado através de recursos de que este organismo de direito público não teve, em momento algum, o poder de dispor livremente.

Também aqui nos parece que, sem a intervenção do organismo pú-

---

24/1/2008, In *Essent Netwerk Noord BV contra Aluminium Delfzijl BV e outros*, Processo C-206/06, pontos 101 e 103.

<sup>27</sup> Vide as Conclusões do AG Darmon de 17/3/1992, In *Colectânea*, 1993, 3, vol. I, 903-926.

<sup>28</sup> Neste ponto, acompanhamos João Nogueira de ALMEIDA, *A Restituição das Ajudas de Estado Concedidas em Violação do Direito Comunitário*, 26; Manuel MARTINS, *Auxílios de Estado no Direito Comunitário*, 215; Antoine GOGUEL, «Le caractère public d'un avantage en droit communautaire: après les arrêts PreussenElektra et Stardust», 29 e Phedon NICOLAIDES, «The New Frontier in State Aid Control: An Economic Assessment of Measures that Compensate Enterprises», 191. Concordando, embora com dúvidas acerca da compatibilidade da solução com a vontade dos fundadores do Tratado de Roma, veja-se Hubert van VLIET, «State Resources and PreussenElektra: When is State Aid Not a State Aid?», 82. Parecendo seguir a linha do TJUE, vide Marianne DONY, «La notion d'aide d'État», 401. Avançando argumentos para ambas as perspectivas vide Kelyn BACON, *European Community Law of State Aid*, 71.

<sup>29</sup> Ac. de 15/7/2004, *Pearle BV e outros contra Hoofdbedrijfschap Ambachten*, Processo C-345/02.

blico, não seria possível às empresas prosseguirem com a campanha, ou, pelo menos, em situação tão facilitada. Pensamos, portanto, que se justifica a aplicação do artigo 107.º, n.º 1.

### 2.1.3. Independentemente da forma

A forma pela qual um auxílio é concedido é irrelevante. O auxílio pode consistir tanto numa prestação positiva (um subsídio), como qualquer medida que alivie uma carga que, em condições normais, recairia sobre o orçamento de uma empresa e que, portanto, tenha efeitos idênticos ao do subsídio. Isto implica que medidas como garantias estatais<sup>30</sup>, reduções de impostos<sup>31</sup>, reduções nas contribuições à segurança social<sup>32</sup>, exoneração do pagamento de dívida<sup>33</sup>, entre outras<sup>34</sup> possam ser consideradas auxílios de Estado.

### 2.1.4. Fundos da União

As ajudas que forem concedidas através de fundos da União não são abrangidas pelo artigo 107.º, n.º 1. Com efeito, o TJUE assim entendeu no acórdão *Norddeutsches*<sup>35</sup>, sendo que a Comissão tem seguido idêntico entendimento<sup>36</sup>.

Porém, há quem entenda que se deve traçar uma distinção entre aqueles casos em que a norma europeia estabelece condições precisas

<sup>30</sup> Cf. Ac. de 12/6/2000, EPAC - Empresa para a Agroalimentação e Cereais, SA contra Comissão das Comunidades Europeias, Processos apensos T-204/97 e T-270/97, ponto 81.

<sup>31</sup> Cf. Ac. de 19/9/2000, República Federal da Alemanha contra Comissão das Comunidades Europeias, Processo C-156/98, ponto 36.

<sup>32</sup> Cf. Ac. de 29/6/1999, Déménagements-Manutention Transport SA (DMT), processo C-256/97, ponto 19.

<sup>33</sup> Cf. Ac. de 1/12/1998, Ecotrade Srl contra Altiforni e Ferriere di Servola SpA (AFS), Processo C-200/97, ponto 40.

<sup>34</sup> *Vide*, nomeadamente, a *Comunicação da Comissão aos Estados-membros – Aplicação dos artigos 92.º e 93.º do Tratado CEE e do artigo 5.º da Directiva 80/723/CEE da Comissão às empresas públicas do sector produtivo*, JOUE, C 307, de 13/11/1993, 3.

<sup>35</sup> Cf. Ac. de 13/10/1982, *Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor Herbert Will* e outros contra República da Alemanha, Processos apensos 213 a 215/81, pontos 22 e 29.

<sup>36</sup> *Vide XXXIII Relatório sobre a Política de Concorrência*, Comissão Europeia, 2003, ponto 393. Pelo contrário, o *XVII Relatório sobre a Política da Concorrência*, Comissão Europeia, 1987, ponto 176, dispõe que os auxílios concedidos com base no programa EUREKA (programa de auxílios à Investigação e Desenvolvimento) deviam ser notificados à Comissão, que utilizaria os mesmos critérios com que analisava as medidas nacionais. Neste sentido, o AG Themaat afirmou que o artigo 107.º abrange igualmente as atribuições autónomas, tais como as vantagens concedidas através de recursos comunitários. Assim, poder-se-á pensar em auxílios de Estado incompatíveis com o mercado interno nos casos em que os Estados-Membros tenham alguma liberdade de afectação dos fundos. *Vide* as Conclusões do AG Themaat de 9/6/1982, *Recueil*, 9 (1982) 3617; *Vide* também as Conclusões do AG Lenz de 5/12/1986, *Recueil*, 5 (1987) 2301.

de implementação dos fundos, daqueles outros em que a norma concede alguma discricção aos Estados-Membros. No primeiro caso, na hipótese de suceder uma distribuição equivocada dos fundos, teríamos um erro material, ao passo que no segundo caso teríamos um auxílio de Estado incompatível com o mercado interno<sup>37</sup>.

## 2.2. Selectividade

O artigo 107.º, n.º 1, do TFUE só é aplicável no caso de determinadas medidas revestirem um carácter selectivo, isto é, que favoreçam determinadas empresas<sup>38</sup> ou produções, o que significa que se tiverem um carácter geral ficam de fora do seu âmbito. A selectividade pode ser dividida em material e geográfica<sup>39</sup>.

A selectividade material engloba dois tipos de medidas: medidas sectorialmente selectivas e medidas selectivas *de facto*.

Uma medida será sectorialmente selectiva se beneficia determinados sectores de actividade em detrimento de outros. O TJUE, no caso *Adria-Wien*<sup>40</sup>, confirmou que o reembolso parcial dos impostos sobre a energia incidentes sobre o gás natural e a energia eléctrica, apenas aplicável aos sectores primário e secundário, constituía uma medida selectiva<sup>41</sup>.

A selectividade *de facto* visa englobar aquelas medidas que têm, apa-

<sup>37</sup> Vide Begoña Pérez BERNABEU, *Ayudas de Estado en la Jurisprudencia Comunitaria*, 51 e 52.

<sup>38</sup> Empresa, na acepção do direito da União, é qualquer entidade que exerça uma actividade económica independentemente do seu estatuto jurídico ou do seu modo de financiamento. Este conceito manifesta-se, pois, no seu sentido subjectivo uma vez que empresa é entendida como sendo um sujeito jurídico, sujeito de direitos e de deveres. O carácter económico advém do facto de fornecer bens ou serviços mediante retribuição (não sendo o lucro condição *sine qua non*). Sobre o conceito de empresa vide Ac. de 23/1/1990, Klaus Höfner e Fritz Elser contra Macrotron GmbH, Processo C-41/90, 21; Ac. de 12/9/2000, Pavel Pavlov e outros contra Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten, Processo C-180/98, 108; Ac. de 19/2/2002, J.C.J. Wouters, J.W. Savelbergh e Price Waterhouse Belastingadviseurs BV contra Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, Processo C-309/99, 46. Na doutrina vide, entre outros, João Nuno Calvão da SILVA, *Mercado e Estado – Serviços de Interesse Económico Geral*, 220 e 221; José Mariano PEGO, *O Controlo dos Oligopólios pelo Direito Comunitário da Concorrência*, 92; Jorge Coutinho de ABREU, «L'europanisation du concept d'entreprise», 11; Jean BLAISE; Laurence IDOT, «Concurrence», 111.

<sup>39</sup> Sobre este tema vide CONOR QUIGLEY, *European State Aid Law and Policy*, 41; Julie BOUSIN; Jorge PIERNAS, «Developments in the Notion of Selectivity», 634; José Luís da Cruz VILAÇA, «Material and Geographic Selectivity in State Aid – Recent Developments», 443.

<sup>40</sup> Ac. de 8/11/2001, Adria-Wien Pipeline GmbH contra Finanzlandesdirektion für Kärnten, Processo C-143/99.

<sup>41</sup> Cf. Ac. de 8/11/2001, Adria-Wien Pipeline GmbH contra Finanzlandesdirektion für Kärnten, ponto 55.

rentemente, aplicação geral, mas que, na prática, são selectivas. Num acórdão de 1983<sup>42</sup> o TJUE entendeu que uma baixa nas contribuições para a Segurança Social para as trabalhadoras tinha o efeito de beneficiar apenas o sector têxtil, uma vez que este sector empregava maioritariamente pessoas do sexo feminino. Do mesmo modo, no acórdão *GEMO*<sup>43</sup>, o Tribunal afirmou que o serviço de recolha e eliminação de cadáveres de animais era selectiva na medida em que beneficiava principalmente os agricultores. O facto de a medida poder beneficiar as pessoas com animais domésticos não foi considerado suficiente para escapar à selectividade.

O exercício do poder discricionário da administração está igualmente abrangido pela selectividade *de facto*. No caso de se verificar que não existem critérios objectivos de atribuição da ajuda, abre-se uma janela de subjectividade que não é compatível com o carácter geral que os auxílios devem ter<sup>44</sup>. Pelo contrário, caso o Estado se limite a cumprir a verificação de determinados parâmetros, o carácter selectivo *de facto* não se verificará<sup>45</sup>.

No entanto, não bastará, em nossa opinião, que do simples facto de o Estado dispor de discricionariedade advenha automaticamente o carácter selectivo da medida, sendo necessário que se afira a existência de indícios que nos levem a concluir pelo uso discriminatório desse poder<sup>46</sup>.

A selectividade geográfica (ou regional) engloba aquelas medidas cujo benefício se limita a uma determinada área geográfica.

No caso *Açores*<sup>47</sup>, estava em causa a redução do IRC, como forma

<sup>42</sup> Ac. de 14/7/1983, Comissão das Comunidades Europeias contra República Italiana, Processo 203/82. Para uma crítica a este acórdão, *vide* Koen Van de CASTEELE; Mehdi HOCINE, «Favouring certain Undertakings or the Production of certain Goods: Selectivity», 255.

<sup>43</sup> Ac. de 20/11/2003, Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie contra GEMO SA, Processo C-126/01.

<sup>44</sup> O AG Jacobs afirma que o facto de as normas prescreverem a natureza facultativa da medida não basta para que ela escape ao artigo 107.º, n.º 1. Com efeito, “a estrutura do mercado e a viva concorrência ali reinante podem conduzir a que, *de facto*, as empresas susceptíveis de beneficiar da vantagem utilizem na sua quase totalidade a possibilidade que lhes é assim oferecida...”. *Vide* as Conclusões de 7/5/1996, *Colectânea*, 8/9 vol. I (1996), 4563.

<sup>45</sup> Cf. Ac. de 26/9/1996, República Francesa contra Comissão das Comunidades Europeias, Processo C-241/94.

<sup>46</sup> Acompanhamos o AG Jacobs. *Vide* Conclusões de 7/5/1996, 4563.

<sup>47</sup> Ac. de 6/9/2006, República Portuguesa contra Comissão das Comunidades Europeias, Processo C-88/03. Para uma análise deste acórdão *vide* William POULSEN, «Regional Autonomy, Geographic Selectivity and Fiscal Aid: Between “The Hard Rock” and a Hard Place», 43.

de compensar as pessoas colectivas estabelecidas nas ilhas pelos custos adicionais de estabelecimento, em virtude da insularidade. O TJUE estabeleceu três requisitos cujo preenchimento é cumulativo para que a medida escape à selectividade: autonomia institucional (autoridade local com estatuto constitucional, político e administrativo próprio e distinto do do governo central); autonomia processual (a decisão deve ser adoptada pela autoridade local, de acordo com um processo em que o governo central não tem qualquer poder para intervir directamente na fixação da taxa de imposto, e sem qualquer obrigação de a autoridade local ter em conta os interesses do Estado central ao fixar a taxa de imposto) e autonomia económica (a taxa de imposto inferior aplicável na região não deve ser alvo de subsídios cruzados nem financiada pelo governo central)<sup>48</sup>.

O TJUE concluiu que o último critério não estava preenchido visto que, independentemente da perda de receita<sup>49</sup> por parte do governo regional, este tinha, à luz do princípio da solidariedade, a garantia de que o seu orçamento seria equilibrado pelo orçamento nacional.

A autonomia económica não significa, porém, que nenhum auxílio estatal possa ser atribuído a uma determinada região. Com efeito, no caso *Gibraltar*<sup>50</sup> a Comissão argumentou que nenhum auxílio poderia ser concedido pelo Reino Unido visto que haveria sempre o perigo de o Governo de Gibraltar, tendo mais capacidade económica em virtude do auxílio, utilizar o dinheiro para financiar a descida dos impostos<sup>51</sup>. No entanto, o TG entendeu que teria de existir um nexo de causa e efeito entre a medida controvertida e a compensação do Governo central na medida em que é difícil de conceber uma entidade infra-estatal que não receba qualquer tipo de apoio financeiro<sup>52</sup>.

<sup>48</sup> Sobre a aplicação destes requisitos pela Comissão *vide* a Decisão de 03/06/2009, C (2009)4026 final, N 326/2008. *Vide* igualmente o Ac. de 10/9/2009, Banco Comercial dos Açores, SA contra Comissão das Comunidades Europeias, Processo T-75/03, pontos 69 a 85.

<sup>49</sup> Como referem Koen Van de Castele e Mehdi Hocine, a redução do imposto pode não envolver perda de receita se a entrada de novas empresas, atraídas precisamente por esse alívio fiscal, compensar as perdas. *Vide* Koen Van de CASTEELE; Mehdi HOCINE, «Favouring certain Undertakings or the Production of certain Goods: Selectivity», 259.

<sup>50</sup> Ac. de 18/12/2008, Governo de Gibraltar contra Comissão das Comunidades Europeias, Processo T-211/04 e T-215/04. Este julgamento encontra-se em recurso no TJUE, Processos C-106/09 e C-107/09.

<sup>51</sup> Sobre a decisão da Comissão *vide* Rados HORACEK, «Commission's Negative Decision on Gibraltar Corporation Tax Reform: Findings on Regional and Material Selectivity», 97.

<sup>52</sup> Cf. Ac. de 18/12/2008, Governo de Gibraltar contra Comissão das Comunidades Europeias, 104 e 105. O mesmo decorria já do Ac. de 11/9/2008, Unión General de Tra-

A selectividade das medidas nem sempre faz com que o artigo 107.º, n.º 1, seja aplicável. O carácter selectivo pode ser justificado pela natureza ou pela economia geral do sistema legal em que determinada medida se insere.

Um bom exemplo é o caso *Gil Insurance*<sup>53</sup>, em que o TJUE aceitou que um imposto diferente para prémios de seguros, taxados a 4%, e para contratos de seguros ligados à venda de um produto ou de uma viagem, taxados a 17,5%, estaria justificado pela lógica do sistema. Com efeito, visto que os seguros não estão sujeitos ao pagamento de IVA (que no Reino Unido era de 17,5%), o objectivo da medida era evitar que as seguradoras, aquando da venda de um bem ou de uma viagem (sujeitos ao pagamento de IVA), pudessem eficazmente transferir parte do seu valor para o prémio de seguro de maneira a pagar menos imposto.

É necessário, portanto, fundamentar de modo muito rigoroso a lógica do sistema em que a norma se insere, sendo insuficiente que se apele apenas a objectivos exógenos. Efectivamente, no caso *British aggregates*<sup>54</sup> tanto a Comissão como o TG afirmaram que a isenção de imposto sobre granulados (rocha, gravilha ou areia) ecológicos se justificava pelo objectivo ambiental prosseguido estando, pois, justificado pela natureza e lógica geral do sistema do imposto ambiental. Todavia, o TJUE anulou esta decisão sustentando que “a necessidade de levar em consideração as exigências da protecção do ambiente, por mais legítimas que sejam, não justifica a exclusão de medidas selectivas, mesmo que sejam medidas específicas como impostos ecológicos, do âmbito de aplicação do artigo 87.º n.º 1 CE (actual artigo 107.º, n.º 1) ... podendo os objectivos ambientais ser utilmente levados em conta, de qualquer forma, no âmbito da apreciação da compatibilidade do auxílio de Estado com o mercado interno nos termos do artigo 87.º, n.º 3, CE (actual artigo 107.º, n.º 3)”<sup>55</sup> (parênteses nosso).

---

bajadores de La Rioja (UGT-Rioja) e outros contra Juntas Generales del Territorio Histórico de Vizcaya e outros, Processos apensos C-428/06 a C-434/06, em que tanto o TJUE como a AG Kokott entenderam que não se deve excluir a autonomia económica de uma região apenas pelo facto de haver transferências financeiras efectuadas pelo Estado central. É preciso que se verifique uma relação de causa-efeito.

<sup>53</sup> Ac. de 29/4/2004, *GIL Insurance Ltd e outros contra Commissioners of Customs & Excise*, Processo C-308/01.

<sup>54</sup> Ac. de 13/9/2006, *British Aggregates Association contra Comissão das Comunidades Europeias*, Processo T-210/02.

<sup>55</sup> Cf. Ac. de 22/12/2008, *British Aggregates Association contra Comissão das Comunidades Europeias*, Processo C-487/06 P, ponto 92. *Vide* também o Ac. de 9/9/2009,

### 2.3. Vantagem Económica

Outro requisito necessário para a aplicação do artigo 107.º, n.º 1, é o da existência de uma vantagem económica para o beneficiário do auxílio.

Na verdade, sempre que a intervenção do Estado tem como efeito reforçar a situação financeira de uma empresa, ou mesmo evitar que ela se deteriore, há uma vantagem económica<sup>56</sup>.

Tal benefício pode surgir através de um acto unilateral do Estado (*u.g.* atribuição de um subsídio ou isenção de um imposto), ou de um acto jurídico bilateral (*u.g.* um contrato que beneficie a contraparte)<sup>57</sup>.

O TJUE sustenta que determinada medida constitui uma vantagem para uma empresa se permitir a esta evitar um custo que, em condições normais, recairia sobre o seu orçamento, ou se dela resultar um benefício económico que a empresa não obteria no decurso de actividades comerciais normais<sup>58</sup>.

Daqui se depreende que nem todas as actividades comerciais desenvolvidas pelo Estado, *u.g.* injeção de capital, empréstimos, etc., devem ser vistas como vantagens económicas. Na verdade, afirmar isto levar-nos-ia à situação absurda de qualificar de auxílio de Estado toda e qualquer actividade comercial levada a cabo por este<sup>59</sup>. Do mesmo modo que não se deve confundir o alargamento da actividade comercial do

---

Territorio Histórico de Álava – Diputación Foral de Álava (Espanha) e outros contra Comissão das Comunidades Europeias, Processos apensos T-227/01 a T-229/01, T-265/01, T-266/01 e T-270/01, ponto 184.

<sup>56</sup> De modo a verificar este ponto basta comparar a situação financeira da empresa antes e depois da intervenção estatal. Isto mesmo afirmou o TJUE no Ac. de 2/7/1974, República Italiana contra Comissão das Comunidades Europeias, Processo 173-73, ponto 17: “...na aplicação do artigo 92.º n.º 1, o ponto de partida tem necessariamente de ser a posição competitiva existente no mercado interno antes da adopção da medida em questão”.

<sup>57</sup> Vide Manuel MARTINS, *Auxílios de Estado no Direito Comunitário*, 54. No XIX Relatório sobre a Política de Concorrência, a Comissão considerou como auxílio de Estado os contratos-programa que o Governo belga concluiu com as empresas farmacêuticas belgas, ao estipular que poderiam haver aumentos de certos medicamentos sem que estes deixassem de ser comparticipados pela segurança social. Vide XIX Relatório sobre a Política de Concorrência, Comissão Europeia, 1989, ponto 165.

<sup>58</sup> Vide o Ac. de 21/5/2010, República Francesa e outros contra Comissão Europeia, Processos apensos T-425/04, T-444/04 T-450/04 e T-456/04, pontos 231 a 242, em que foi considerado que certas declarações públicas, feitas pelo governo francês, no sentido de que tomariam as medidas adequadas no caso de a France Télécom sentir dificuldades financeiras constitui uma vantagem económica

<sup>59</sup> Vide Davide GRESBAN; Sandro SANTAMATO, «Favouring Certain Undertakings or the Production of certain Goods», 274. Vide ainda Phedon NICOLAIDES; Maria KLEIS, «Where is the Advantage?: The Case of Public Funding of Infrastructure and Broadband Networks», 615. Estes autores afirmam que, no caso de infra-estruturas, o seu financiamento não será considerado auxílio de Estado se elas revestirem carácter geral.



Estado decorrente da implementação do mercado interno. Assim, a abertura do mercado nacional a empresas estrangeiras não deve ser entendido como um auxílio público uma vez que tal atitude não extravasa a chamada actividade comercial normal (no sentido de previsível)<sup>60</sup>.

Pelo contrário, se um Estado-Membro decidir garantir a uma empresa, ou às empresas nacionais de determinado sector, condições de concorrência iguais às verificadas em outros Estados-Membros, tal será considerado um auxílio estatal. Há quem argumente que a situação concorrencial num dado momento resulta de vários elementos dos custos de produção, não podendo os Estados-Membros isolar um deles em particular (pretensamente em desvantagem) de modo a compensá-lo<sup>61</sup>. É evidente que não é intelectualmente sério tomar o todo pela parte, ou seja, não será certamente por um elemento dos custos de produção estar, efectivamente, em desvantagem, que se poderão extrapolar conclusões precipitadas. É necessário, pois, analisar a situação no seu todo.

Há quem diga que, nestes casos, os Estados-Membros devem resistir à tentação de auxiliar as suas empresas e prosseguir uma estratégia de cooperação. Na verdade, estas atitudes de “*tit-for-tat*”, do tipo “se ajudas as tuas empresas, eu também o farei”, são precisamente uma das razões da necessidade da existência de regras e instituições supra-nacionais. Além de os subsídios às empresas serem sempre considerados um “*second best*” (isto é, será sempre melhor encarar uma falha de mercado<sup>62</sup> directamente), se ambos os países decidirem atribuir auxílios às mesmas indústrias pode-se criar uma situação em que os efeitos positivos gerados pelos auxílios se anulem mutuamente (externalidade além fronteiras ou *cross-border externalities*), conduzindo a um resultado sub-óptimo do ponto de vista económico<sup>63</sup>.

<sup>60</sup> Vide Manuel MARTINS, *Auxílios de Estado no Direito Comunitário*, 54. Vide também o Ac. de 18/9/1995, Tiercé Ladbroke SA contra Comissão das Comunidades Europeias, Processo T-471/93, em que o TG afirmou que a permissão por parte do Estado Francês para que uma empresa belga que actuava no mercado das apostas sobre corridas de cavalos realizadas na Bélgica, pudesse aceitar em França apostas sobre essas mesmas corridas, não constituía um auxílio de Estado apesar do aumento do volume de negócios.

<sup>61</sup> Vide Marianne DONY, «La notion d'aide d'État», 400; Manuel MARTINS, *Auxílios de Estado no Direito Comunitário*, 55.

<sup>62</sup> Uma falha de mercado sucede naquelas situações em que o mercado não fornece um nível óptimo de um determinado bem ou serviço devido à ausência de determinados pressupostos essenciais para que esse nível possa ser atingido. Em relação a falhas de mercado vide Christian BUELENS *et al.*, «The Economic Analysis of State Aid: Some Open Questions»; Roderick MEIKLEJOHN, «The Economics of State Aid»; Paul SAMUELSON; William NORDHAUS, *Economia*, 341; David SPECTOR, «Economic Analysis and Practice in the European Union», 186 a 189.

<sup>63</sup> Vide Phedon NICOLAIDES; Sanoussi BILAL, «State Aid Rules: Do They Promote Ef-

O argumento de que seria contraditório haver um mercado interno (com as quatro liberdades fundamentais) e permitir este tipo de práticas, também é invocado. Além disso os Estados-Membros podem sempre fazer uso da acção por incumprimento, prevista no artigo 258.º do TFUE<sup>64</sup>.

No que diz respeito à quantidade reduzida do auxílio vigora o Regulamento (CE) n.º 1998/2006 da Comissão de 15 de Dezembro de 2006<sup>65</sup> que regula os auxílios *de minimis*, isto é, auxílios que, dado o seu montante, não preenchem os requisitos do artigo 107.º, n.º 1, estando isentos de notificação (artigo 2.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1998/2006) permitindo-se que a Comissão se concentre nos casos mais importantes.

No entanto, o TG considerou, no Ac. *Vlaamse Gewest*<sup>66</sup>, que, embora a vantagem concedida possa ser reduzida, a concorrência será falseada de qualquer forma. A sua conclusão não se pode reputar errada, tanto mais que neste caso estávamos na presença de um mercado altamente competitivo<sup>67</sup>.

De realçar é a atitude do TJUE em relação à cláusula *de minimis* afirmando que “embora seja certo que estas regras indicativas, que definem as linhas de conduta que a Comissão entende seguir, contribuem para garantir a transparência, a previsibilidade e a segurança jurídica da sua acção, não podem vincular o Tribunal de Justiça. No entanto, podem constituir uma base de referência útil”<sup>68</sup>.

Por outro lado, o elemento de vantagem ou benefício económico implica necessariamente um elemento de gratuidade da medida, ou seja, tem que haver uma vantagem sem a exigência de contrapartidas da parte da(s) empresa(s)<sup>69</sup>. Daqui resulta que no caso de haver uma con-

---

ficiency?», 32 a 35; David SPECTOR, «Economic Analysis and Practice in the European Union», 181 e 182.

<sup>64</sup> Vide Manuel MARTINS, *Auxílios de Estado no Direito Comunitário*, 55 e 56.

<sup>65</sup> JOUE, L 379, de 28/12/2006, 5.

<sup>66</sup> Ac. de 30/4/1998, Het Vlaamse Gewest (Région Flamande) contra Comissão das Comunidades Europeias, Processo T-214/95.

<sup>67</sup> Neste sentido, *vide* ainda o Ac. de 4/4/2001, Regione Friuli Venezia Giulia contra Comissão das Comunidades Europeias, Processo T-288/97, pontos 44 a 46; Na doutrina, *vide* Hans FRIEDERISZICK; Lars. ROLLER; Vincent VEROUDEN, «European State Aid Control: an Economic Framework».

<sup>68</sup> Cf. Ac. de 7/3/2002, República Italiana contra Comissão das Comunidades Europeias, Processo C-310/99, ponto 52.

<sup>69</sup> Assim, *vide* Marianne DONY, «La notion d'aide d'État», 400; Manuel MARTINS, *Auxílios de Estado no Direito Comunitário*, 55; Nicholas KHAN; Klaus BORCHARDT, «The Private Market Investor Principle: Reality Check or Distorting Mirror?», 110. Estes últimos referem que se o auxílio constituir uma parte de um acordo bilateral, a acção do Estado

trapartida adequada, não bastando que se verifique uma contrapartida meramente simbólica, o carácter de gratuidade desaparece.

A Comissão tem analisado esta questão relativamente à compra e venda de terrenos ou edifícios pertencentes ao Estado. Assim, nos casos em que o Estado efectue uma venda por um preço inferior ao do mercado ou se fizer uma compra por um preço superior ao do mercado estará a conceder uma vantagem económica<sup>70</sup>. Em contrapartida, a Comissão presume que esta vantagem não se verifica caso o Estado efectue a venda por meio de concurso público, não discriminatório e aberto à concorrência de todos os proponentes efectivos e potenciais<sup>71</sup>.

### 2.3.1. Princípio do investidor privado

A Comissão começou a desenvolver o que mais tarde veio a ficar conhecido como o princípio do investidor privado, numa carta aos Estados-Membros relativamente a *holdings* de autoridades públicas, datada de 1984. Nela, a Comissão comunicava que uma injeção de capital só não seria abrangida pelo artigo 107.º, n.º 1, se tivesse sido efectuada em circunstâncias aceitáveis para um investidor privado em condições normais de mercado<sup>72</sup>.

Subsequentemente, em 1986, o TJUE introduziu o princípio do investidor privado quando afirmou que uma maneira apropriada para determinar se uma medida constitui ou não um auxílio de Estado é verificar a capacidade de uma empresa em obter financiamento no mercado, isto é, se um investidor privado, com o objectivo de obter lucro, independentemente de quaisquer considerações de ordem social, regional ou sectorial, teria procedido a tal financiamento<sup>73</sup>.

Em 1993, na sua Comunicação sobre empresas públicas do sector produtivo<sup>74</sup>, a Comissão teve em conta a prática já consolidada e articulou plenamente o princípio do investidor privado. Com efeito,

---

deixa de ser um auxílio nos termos do artigo 107.º, n.º 1. Com efeito, o TJUE afirmou no Ac. De Gezamenlijke, que a vantagem não se pode considerar excluída a não ser que o retorno seja totalmente equivalente.

<sup>70</sup> Vide XXV Relatório sobre a Política de Concorrência, 78.

<sup>71</sup> Vide XXIX Relatório sobre a Política de Concorrência, 97.

<sup>72</sup> Vide *Communication to the Member States concerning the application of articles 92 and 93 of the EEC Treaty to public authorities' holdings*, Bulletin EC 91984.

<sup>73</sup> Cf. Ac. de 10/7/1986, Reino da Bélgica contra Comissão das Comunidades Europeias, Processo 40/85, ponto 13.

<sup>74</sup> Cf. *Comunicação da Comissão aos Estados-Membros sobre a aplicação dos artigos 92.º e 93.º do Tratado CEE e do artigo 5.º da Directiva 80/723/CEE da Comissão às empresas públicas do sector produtivo*, JOUE, C 307, de 13/11/1993, 3.

diz a Comunicação que, em certas circunstâncias, as empresas públicas podem retirar vantagens através da atribuição de fundos públicos. Daí que, de modo a respeitar o princípio da neutralidade, o auxílio deva ser considerado como a diferença entre as condições estipuladas pelo Estado na sua atribuição e as condições que um proprietário privado estaria disposto a aceitar quando deparado com uma empresa idêntica, operando este investidor privado em condições normais de uma economia de mercado.

Tendo ainda em conta o receio expressado de que a aplicação deste princípio levaria, na prática, a que o julgamento da Comissão se substituisse ao do investidor e ao seu modo de avaliar os investimentos, a Comissão, no ponto 27 da Comunicação em análise, reconheceu que qualquer julgamento requer uma larga margem de apreciação e, portanto, “a menos que a Comissão possa demonstrar que uma empresa pública ou uma autoridade pública não têm razões objectivas para, de forma razoável, esperar uma taxa de remuneração adequada do seu investimento que seria aceitável para um investidor privado numa empresa privada comparável em condições normais de mercado, não se está perante um auxílio estatal mesmo se esse investimento for financiado, total ou parcialmente, por fundos públicos”.

A razoabilidade da utilização do princípio do investidor privado advém, pois, do facto de o Tratado não permitir qualquer tipo de distinção no tratamento da propriedade pública e privada. Com efeito, no artigo 345.º do TFUE dispõe que “Os Tratados em nada prejudicam o regime da propriedade nos Estados-Membros”, consagrando, pois, o princípio da neutralidade. Todavia, este princípio deve ser interpretado de forma hábil e não aplicado de maneira formalística e rígida. O Tribunal Geral, no caso *Westdeutsche Landesbank*<sup>75</sup>, começa por afirmar que o princípio da igualdade proíbe tratar de maneira diferente situações comparáveis sem que essa diferença se justifique pela existência de situações objectivas de certa importância. Porém, entendeu que o investidor público não se encontra na mesma posição que o privado, na medida em que enquanto este só pode contar com os seus próprios recursos, respondendo portanto, com o seu património, aquele tem acesso a recursos que resultam do exercício do poder público, *n.g.* impostos.

<sup>75</sup> Ac. de 6/3/2003, *Westdeutsche Landesbank Girozentrale e Land Nordrhein-Westfalen* contra Comissão das Comunidades Europeias, Processos apensos T-228/99 e T-233/99. É importante referir que neste acórdão o TG definiu o padrão de investidor privado como sendo aquele cujo apetite pelo lucro é temperado pelo risco em que incorre.

Por isso, a adopção deste princípio não representa qualquer tipo de discriminação relativamente ao investidor público. Podemos até afirmar, com Davide Grespan e Sandro Santamato, que o princípio do investidor privado é de facto o meio apropriado para distinguir comportamentos conformes com o mercado e actos de uma autoridade pública<sup>76</sup>.

O princípio do investidor privado consubstancia-se em saber se o investimento do Estado reveste termos e condições que seriam aceitáveis, em condições normais de mercado, a um investidor privado<sup>77</sup>, o que não vale por dizer que o investidor público deve procurar ter o máximo de lucro, nem que o deva fazer no curto prazo. No entanto, a sua conduta deve-se pautar pela perspectiva de obter lucro no longo prazo<sup>78</sup>. Por exemplo, o investidor privado pode suportar, por um período limitado, e por motivos de obtenção indirecta de lucros ou de preservação de imagem, perdas de uma das suas subsidiárias. Esta atitude explica-se pelo facto de um investidor existente estar mais disposto a suportar perdas (ou uma pequena margem de lucro) quando aumenta o investimento já existente. Este efeito, chamado “*owner effect*”, foi reconhecido pela Comunicação da Comissão sobre empresas públicas do sector produtivo<sup>79</sup>, mas tem sido encarado com cepticismo pelos Tribunais da União. No caso *Westdeutsche Landesbank*, o TG considerou que “um investidor privado não se contenta com o facto de um investimento não lhe causar perdas, ou produzir benefícios limitados”,

<sup>76</sup> Vide Davide GRESPLAN; Sandro SANTAMATO, «Favouring Certain Undertakings or the Production of certain Goods», 309. Vide também CONOR QUIGLEY, *European State Aid Law and Policy*, 110. Vide porém o Ac. 17/12/2008, *Ryanair Ltd contra Comissão das Comunidades Europeias*, Processo T-196/04, em que o TG considerou que a intervenção do Estado para fixar as taxas do aeroporto de Charleroi teria de ser examinado na óptica do investidor privado (ainda que estivessemos no âmbito de uma tarefa de poder de autoridade).

<sup>77</sup> Neste sentido, vide BEN SLOCOCK, «The Market Economy Investor Principle», 23; FAULL & NIKPAY, *The EC Law of Competition*, 1709.

Porém, no Ac. de 12/12/2000, *Alitalia - Linee aeree italiane SpA contra Comissão das Comunidades Europeias*, Processo T-296/97, 81 a 84, o TG afirmou que o facto de os assalariados da Alitalia terem tomado uma participação no capital da sociedade não demonstra, só por si, que a entrada de capital efectuada pela IRI satisfaz o critério do investidor privado, uma vez que o comportamento dos assalariados não tinha perspectivas de rentabilidade mas foi tomado por considerações de manutenção de emprego.

<sup>78</sup> Ou, como lhe chamam Nicholas Khan e Klaus Borchardt, investidor estratégico. Vide Nicholas KHAN; Klaus BORCHARDT, «The Private Market Investor Principle: Reality Check or Distorting Mirror?», 120.

<sup>79</sup> Cf. *Comunicação da Comissão aos Estados-Membros sobre a aplicação dos artigos 92.º e 93.º do Tratado CEE e do artigo 5.º da Directiva 80/723/CEE da Comissão às empresas públicas do sector produtivo*, ponto 20.

e que “procurará uma maximização razoável do rendimento do seu investimento... incluindo o caso de um investimento numa empresa em cujo capital social detenha já uma participação”<sup>80</sup>.

Partilhamos, porém, da opinião de Phedon Nicolaidis e Sanoussi Bilal quando estes autores dizem que a Comissão deveria questionar a razão pela qual, considerando-se que o investidor público actuou como um investidor privado actuaria, uma empresa não conseguiu financiar-se junto dos privados. Para estes autores o investimento estatal deve ter um “handicap” em vez de ser considerado perfeitamente equivalente ao privado<sup>81</sup>.

### 2.3.2. Princípio do credor privado

Não são apenas os investimentos que devem ser considerados. Tal como o conceito de auxílio é entendido em sentido amplo, não abrangendo apenas as prestações positivas, também o princípio do investidor privado tem várias dimensões.

Assim, segundo o princípio do credor privado, o tratamento dado pelo investidor público aos seus devedores deve ser idêntico ao que um investidor privado daria. Ao contrário do critério do investidor privado, o credor pretende não o lucro mas sim a obtenção do pagamento das somas que lhe são devidas por devedores em dificuldades financeiras. Nesta sede, o caso de referência é *Tubacex*<sup>82</sup>, uma vez que foi nele instituído o princípio do credor privado. O TJUE, corroborando a decisão da Comissão, entendeu que as *somas adiantadas pelo Fogasa para o pagamento dos salários dos empregados da Tubacex não revestia o carácter de um auxílio de Estado, pelo que ao investidor público era permitido organizar as modalidades de pagamento da dívida de forma a facilitá-lo*. Na verdade, o Estado tinha actuado como um credor público que, à semelhança de um credor privado, procura recuperar somas que lhe são devidas e que conclui, para esse efeito, acordos com o devedor de modo a escalonar

---

<sup>80</sup> Cf. Ac. de 6/3/2003, Westdeutsche Landesbank Girozentrale e Land Nordrhein-Westfalen contra Comissão das Comunidades Europeias, 314; em sentido contrário apoiando o “owner effect”, vide Manuel MARTINS, *Auxílios de Estado no Direito Comunitário*, 182. Este autor diz que não o fazer seria juntar ao conceito de prudência empresarial o de lógica liberal fria, que agravou o problema da distribuição da riqueza.

<sup>81</sup> Vide Phedon NICOLAIDES; SANOUSSI BILAL, «State Aid Rules: Do They Promote Efficiency?», 37.

<sup>82</sup> Ac. de 29/4/1999, Reino de Espanha contra Comissão das Comunidades Europeias, Processo C-342/96.

as dívidas acumuladas com vista a facilitar o pagamento<sup>83</sup>.

A pedra de toque deste julgamento é, todavia, a taxa de juro que o credor público deveria cobrar. A Comissão concluiu que a taxa a cobrar deveria ser a taxa de juro do mercado, enquanto o TJUE entendeu que a taxa de juro, nestes casos, destina-se a reparar o prejuízo sofrido pelo credor em virtude da mora no cumprimento pelo devedor (juros de mora), e que, portanto, ela deve ser igual à taxa aplicada por um credor privado em situação semelhante. A decisão da Comissão foi anulada visto que os juros de mora não podem ser comparados com os juros de mercado.

No entanto, o não pagamento de impostos e contribuições à Segurança Social pode constituir um auxílio *per se*. No caso *Magfesa*<sup>84</sup>, o facto de várias empresas terem continuado a desempenhar a sua actividade, apesar de terem impostos e contribuições à Segurança Social em dívida, foi considerado um auxílio de Estado, mesmo antes que qualquer renúncia ou negociação do alargamento do prazo tivesse sucedido. O Tribunal teve em consideração que a insolvência das empresas em dívida teve que ser pedida por credores privados sendo que uma delas foi autorizada a continuar a sua actividade, mesmo após ter sido pedida insolvência, contraindo ainda mais dívidas<sup>85</sup>.

A Comissão deve, igualmente, estabelecer, caso a caso, um padrão de credor privado que se assemelhe o mais possível ao credor público. Efectivamente, no caso *Lenzing*<sup>86</sup> o TG decidiu que a Comissão tinha aplicado incorrectamente o critério do credor privado ao não considerar que a TGSS e a Fogasa se encontravam numa posição diferente da dos credores privados da Sniace em razão do direito de abstenção (que utilizaram para não participar numa reunião na qual os credores privados renunciaram a alguns créditos e renegociaram em termos me-

<sup>83</sup> Cf. Ac. de 29/4/1999, Reino de Espanha contra Comissão das Comunidades Europeias, ponto 46. Ben Slocock afirma que este caso parece sugerir que apenas o crédito que não seja, originalmente, um auxílio de Estado é que pode ser sujeito a renúncia ou ver o seu prazo de pagamento alargado. *Vide* Ben SLOCOCK, «The Market Economy Investor Principle», 25.

<sup>84</sup> Ac. de 12/10/2000, Reino de Espanha contra Comissão das Comunidades Europeias, Processo C-480/98.

<sup>85</sup> Cf. de 12/10/2000, Reino de Espanha contra Comissão das Comunidades Europeias, ponto 20.

<sup>86</sup> Ac. de 21/10/2004, Lenzing AG contra Comissão das Comunidades Europeias, Processo T-36/99, posteriormente corroborado pelo Tribunal de Justiça em Ac. de 22/11/2007, Reino de Espanha contra Comissão das Comunidades Europeias, Processo C-525/04 P.

nos favoráveis os restantes) de que os credores privados não gozavam. Além disso os seus créditos eram privilegiados e dispunham de determinadas garantias<sup>87</sup>.

### 2.3.3. Princípio do comprador privado

No essencial, este princípio estabelece que é necessário verificar se um comprador privado, em situação idêntica, teria adquirido determinados bens ou serviços.

O fundamental deste princípio encontra-se no caso *BAI*<sup>88</sup>. Neste caso, uma entidade pública tinha concluído um acordo nos termos do qual se comprometia a adquirir, ao preço do mercado e durante vários anos, cupões de viagem a uma dada empresa. Como estabelece o Tribunal, o facto de o acordo prever prestações recíprocas não exclui tal medida do conceito de auxílio estatal. Na verdade, visto que os cupões só podiam ser utilizados em época baixa, a prestação acrescida não acarreta custos adicionais significativos. Além disso o TJUE concluiu que a quantidade de cupões adquirida não foi determinada em função das necessidades da autoridade pública em causa<sup>89</sup>, não sendo, pois, uma transacção comercial normal.

A necessidade de demonstrar que uma aquisição de bens ou serviços constitui uma transacção comercial normal é reforçada se a escolha do operador não for efectuada através de um concurso público aberto e suficientemente publicitado. Como entende o TG no caso *Vizcaya*<sup>90</sup>, a existência de um prévio concurso público cria a presunção de que não estamos na presença de qualquer tipo de vantagem.

### 2.3.4. Princípio do vendedor privado

O princípio do vendedor privado aplica-se em situações em que o Estado actua no mercado como um vendedor, nomeadamente em privatizações e venda de terrenos e imóveis públicos.

No que diz respeito a privatizações, apesar de as regras dos auxílios de Estado não se dirigirem especificamente a elas, a Comissão elaborou

---

<sup>87</sup> Cf. Ac. de 21/10/2004, *Lenzing AG* contra Comissão das Comunidades Europeias, pontos 155 a 161.

<sup>88</sup> Ac. de 28/1/1999, *Bretagne Angleterre Irlande (BAI)* contra Comissão das Comunidades Europeias, Processo T-14/96.

<sup>89</sup> Cf. Ac. de 28/1/1999, *Bretagne Angleterre Irlande (BAI)* contra Comissão das Comunidades Europeias, ponto 79.

<sup>90</sup> Ac. 5/8/2003, *P & O European Ferries (Vizcaya) SA* contra Comissão das Comunidades Europeias, Processo T-116/01 e T-118/01. *Vide* pontos 115 a 120 deste acórdão.



orientações<sup>91</sup> em virtude do artigo 345.º TFUE.

No caso de serem efectuadas através da venda de acções na bolsa, a Comissão presume que não há qualquer tipo de auxílio de Estado envolvido. Isto porque o mercado bolsista está sujeito a um tipo de regulamentação que visa a sua abertura, transparência e eficiência e, portanto, o preço obtido será o preço de mercado, reflectindo o justo montante a pagar por determinado activo<sup>92</sup>.

Há quem diga ainda que se o passivo de certa empresa for reduzido ou anulado antes da emissão das acções não haverá lugar a auxílio de Estado se o proveito da emissão exceder a redução/extinção da dívida<sup>93</sup>.

Todavia, se a privatização ocorrer através da venda da sociedade a outras sociedades a Comissão só declarará a existência de auxílio de Estado no caso de alguma das seguintes condições não se verificar, ou seja, exige-se o seu preenchimento cumulativo:

- deve ser efectuado um concurso aberto e incondicional sem que o Estado imponha quaisquer condições para a conclusão do contrato de venda<sup>94</sup>;

- a sociedade deve ser vendida ao candidato que apresentou a proposta com o preço mais elevado<sup>95</sup>;

- deve ser fornecido o tempo e a informação suficientes aos candidatos para levarem a cabo uma avaliação adequada dos activos em relação aos quais se baseia a sua proposta<sup>96</sup>.

No caso de não ser possível a realização de concurso público, a alternativa aceite pela Comissão é a de se efectuar uma avaliação por peritos independentes<sup>97</sup>.

No que concerne à venda de terrenos e imóveis públicos a Comis-

<sup>91</sup> Vide XXIII Relatório sobre a Política de Concorrência, 255.

<sup>92</sup> Vide Davide GRESAN; Sandro SANTAMATO, «Favouring Certain Undertakings or the Production of certain Goods», 336.

<sup>93</sup> Neste sentido, vide Davide GRESAN; Sandro SANTAMATO, «Favouring certain Undertakings or the Production of certain Goods», 336; Paris ANESTIS; Stephen MAVROGHENIS, «The Market Investor Test», 120; XXIII Relatório sobre a Política de Concorrência, 259.

No entanto, o facto de a venda ser efectuada através de concurso público aberto e incondicionado não afecta o facto de as medidas que reduzem/extinguem a dívida poderem ser consideradas como auxílios estatais. Assim, vide Andreas BARTOSCH, «The relationship between public procurement and state aid surveillance – The toughest standard applies?», 554.

<sup>94</sup> Cf. Ac. de 14/9/1994, Reino de Espanha contra Comissão das Comunidades Europeias, Processo C-278/92, C-279/92 e C-280/92, ponto 28.

<sup>95</sup> Vide XXVI Relatório sobre a Política de Concorrência, 83.

<sup>96</sup> Vide XXIII Relatório sobre a Política de Concorrência, 260.

<sup>97</sup> Vide as decisões da Comissão de 30/1/2002, JOUE, L 314, de 18/10/2002, 62, ponto 30, e de 5/6/2002, JOUE, L 14, de 21/1/2003, 56, ponto 79.

são elaborou uma Comunicação<sup>98 99</sup>.

Segundo a Comunicação em análise, se a venda for realizada através de um concurso público incondicional quatro condições têm que ser preenchidas<sup>100</sup>:

- o concurso deve ser suficientemente publicitado, isto é, deve ser publicitado durante um período de tempo não inferior a dois meses na imprensa nacional, publicações especializadas, ou outras adequadas, e através de agentes imobiliários que tenham acesso a um elevado número de adquirentes potenciais;

- o concurso deve ser aberto, isto é, não deve excluir quaisquer compradores potenciais independentemente do seu domínio de actividade;

- a venda deve ser incondicional, ou seja, o comprador é livre de adquirir o terreno ou o imóvel para fins próprios. Porém, podem ser impostas restrições em razão de protecção ambiental ou de protecção da zona circundante;

- deve ser aceite a melhor (ou a única) oferta.

No caso de a venda ser efectuada sem a realização de um concurso público incondicional, deverá ser efectuada uma avaliação independente por um ou vários peritos avaliadores previamente às negociações de venda, de maneira a estabelecer o valor de mercado. Desta forma, tendo como base indicadores de mercado e critérios de avaliação de aceitação geral, o preço estabelecido será aquele em relação ao qual seja possível efectuar a venda sem a concessão de auxílios de Estado<sup>101</sup>.

Podemos concluir que existe vantagem para o comprador no caso de a venda ser inferior ao preço do mercado, devendo o seu montante ser aferido através da diferença entre o que o comprador efectivamente pagou e o que deveria ter pago, em condições normais de mercado, para adquirir um terreno de valor equivalente a um vendedor do sector privado<sup>102</sup>.

---

<sup>98</sup> *Comunicação da Comissão no que respeita a auxílios estatais no âmbito da venda de terrenos e imóveis públicos*, JOUE, C 209, de 10/7/1997, 3.

<sup>99</sup> Sobre a venda de terrenos públicos *vide* o Ac. de 02/09/2010, Comissão Europeia contra Scott SA, Processo 290/07 P.

<sup>100</sup> Cf. *Comunicação da Comissão no que respeita a auxílios estatais no âmbito da venda de terrenos e imóveis públicos*, parte II, ponto 1.

<sup>101</sup> Cf. *Comunicação da Comissão no que respeita a auxílios estatais no âmbito da venda de terrenos e imóveis públicos*, parte II, ponto 2. al. a). Porém, há uma margem de tolerância de 5% caso se revelar impossível realizar a venda pelo valor fixado pelo perito. Se, mesmo após essa margem de tolerância, não houver comprador será realizada nova peritagem tendo em conta a experiência adquirida e as propostas recebidas.

<sup>102</sup> Cf. Ac. de 29/3/2007, Scott SA contra Comissão das Comunidades Europeias, Pro-

## 2.4. Afetar ou ameaçar falsear a concorrência e afectar as trocas comerciais entre os Estados-Membros

O artigo 107.º, n.º 1, só abrange aqueles auxílios que afectem ou ameacem afectar a concorrência e que afectem as trocas comerciais entre os Estados-Membros. Significa isto que não é necessária uma efectiva afectação da concorrência, basta a mera possibilidade de isso vir a suceder<sup>105</sup>. Quanto às trocas comerciais, não se percebe o porquê da manutenção da diferença, já que o TJUE não exige um efectivo distúrbio do comércio entre os Estados-Membros<sup>104</sup>.

Um dos requisitos essenciais é o de certa medida ser idónea a falsear a concorrência. Verificar-se-á esta situação naqueles casos em que uma determinada ajuda tem como efeito o reforço de uma determinada empresa face às suas concorrentes no mercado interno<sup>105</sup>, ou seja, permite-lhe obter ganhos de competitividade que não provêm, ou não provêm exclusivamente, de um aumento de eficiência.

Ocorrerá afectação do comércio inter-estadual, nomeadamente, sempre que o auxílio tenha como efeito a diminuição de importações. Com efeito, ao conferir o auxílio, o Estado-Membro estará a manter ou aumentar a produção interna, reduzindo, assim, as possibilidades de outras empresas, situadas noutros Estados-Membros, poderem exportar os seus produtos<sup>106</sup>. Por outro lado o aumento das exportações por parte dessa empresa, em virtude do aumento de produção e ainda que não participe ela própria nas exportações, confere-lhe uma vantagem concorrencial inadmissível, devidamente abrangida pelo artigo 107.º, n.º 1<sup>107</sup>.

---

cesso T-366/00, ponto 105. Porém, Davide Grespan e Sandro Santamato dizem que há uma outra hipótese, apesar de irrealista e impraticável, que poderia ser utilizada: a de aferir o montante de auxílio através da diferença entre o preço da venda e o preço subjectivo de um comprador específico. Isto porque, explicam os autores, de um ponto de vista económico certos compradores podem dar menos valor ao terreno que outros. *Vide* Davide GRESPLAN; Sandro SANTAMATO, «Favouring Certain Undertakings or the Production of certain Goods», 334.

<sup>103</sup> *Vide* Ac. de 10/1/2006, Ministero dell'Economia e delle Finanze contra Cassa di Risparmio di Firenze SpA e outros, Processo C-222/04, ponto 140.

<sup>104</sup> *Vide* Ac. 13/7/1988, República Francesa contra Comissão das Comunidades Europeias, Processo 102/87, ponto 19.

<sup>105</sup> *Vide*, por exemplo, o Ac. de 17/9/1980, Philip Morris Holland BV contra Comissão das Comunidades Europeias, Processo 730/79, ponto 11.

<sup>106</sup> Cf. Ac. de 21/3/1991, República Italiana contra Comissão das Comunidades Europeias, ponto 27.

<sup>107</sup> *Vide* Ac. de 9/9/2009, Territorio Histórico de Álava – Diputación Foral de Álava (Espanha) e outros contra Comissão das Comunidades Europeias, Processos apensos T-227/01 a T-229/01, T-265/01, T-266/01 e T-270/01, ponto 142.

Qualquer auxílio que beneficie determinada empresa num sector que se caracteriza pela existência de sobreprodução é susceptível de afectar o comércio inter-estadual<sup>108</sup>. Com efeito, os mercados em que exista forte concorrência são mais sensíveis a qualquer alteração concorrencial.

Assim, diremos, com Caseiro Alves, que não serão abrangidas pelo artigo 107.º, n.º 1, apenas as ajudas que tenham incidência exclusivamente local, ou seja, naquelas hipóteses em que o beneficiário do auxílio não esteja em concorrência com empresas situadas em outros Estados-Membros<sup>109</sup>. Um caso bastante importante neste contexto é o *Dorsten swimming pool*<sup>110</sup>. A Comissão concluiu que os auxílios para a construção desta piscina iriam beneficiar apenas os habitantes locais e das localidades circundantes. Além disso, estabeleceu uma distinção com aqueles apoios para grandes projectos, com grande promoção internacional e que, por isso, é provável que afectem o comércio intra-união<sup>111</sup>.

Apesar de o TJUE apreciar frequentemente ambos os requisitos em conjunto<sup>112</sup>, no Ac. *Wam*<sup>113</sup> o Tribunal parece ter traçado mais claramente a distinção entre afectação das trocas comerciais e distorção da concorrência, uma vez que apreciou cada um deles em separado<sup>114</sup>.

---

<sup>108</sup> Cf. Ac. de 21/3/1991, República Italiana contra Comissão das Comunidades Europeias, ponto 26.

<sup>109</sup> Vide José Caseiro ALVES, *Lições de Direito Comunitário da Concorrência*, 175; João Nogueira de ALMEIDA, *A Restituição das Ajudas de Estado Concedidas em Violação do Direito Comunitário*, 30.

<sup>110</sup> Cf. Decisão da Comissão de 21/12/2000, JOUE, C 172, de 16/6/2002, 16. Vide também o comunicado de imprensa IP/00/1509, de 21/12/2000.

<sup>111</sup> Em relação a casos semelhantes vide, Melvin KÖNINGS, «State Aid and the Effect on Trade Criterion. The Netherlands: Measures in Favour of Non-Profit Harbours for Recreational Crafts», 86.

<sup>112</sup> Neste sentido vide os acórdãos de 29/9/2000, Confederación Española de Transporte de Mercancías (CETM) contra Comissão das Comunidades Europeias, Processo T-55/99 e de 10/6/2010, Fallimento Traghetti del Mediterraneo SpA contra Presidenza del Consiglio dei Ministri, Processo C-140/09, pontos 47 a 52.

<sup>113</sup> Ac. de 30/4/2009, Comissão das Comunidades Europeias contra República Italiana e Wam SpA, Processo C-494/06 P.

<sup>114</sup> Vide Ac. de 30/4/2009, Comissão das Comunidades Europeias contra República Italiana e Wam SpA pontos 50 a 65.





# PARTE II

Serviços de Interesse Económico Geral





## 1. Introdução

O artigo 3.º, n.º 3, do TUE dispõe que a União:

empenha-se no desenvolvimento sustentável da Europa, assente num crescimento económico equilibrado e na estabilidade dos preços, numa *economia social de mercado* altamente competitiva... (itálico nosso).

Neste contexto, já em 1996 a Comissão afirmava que numa economia de mercado aberta e dinâmica, a solidariedade e a igualdade de tratamento constituem objectivos fundamentais que são reforçados pelos serviços de interesse geral<sup>115</sup>.

A importância dos serviços de interesse económico geral está expressamente reconhecida em vários diplomas legislativos. Desde logo, o Tratado de Lisboa faz-lhes referência no Protocolo relativo aos serviços de interesse geral, mas também nos artigos 106.º, n.º 2, e 14.º. De realçar igualmente a importância da Carta dos Direitos Fundamentais, agora com valor jurídico vinculativo conferido pelo artigo 6.º, n.º 1, do TUE.

De um ponto de vista jurídico, os SIEG têm características especiais em relação a outras actividades económicas. Com efeito, o artigo 106.º, n.º 2, do TFUE estabelece uma excepção à regra, isto é, as empresas encarregadas de fornecer SIEG estão sujeitas às regras da concorrência, salvo se a sua aplicação constituir um obstáculo ao cumprimento, de direito ou de facto, da missão que lhes foi confiada e se o desenvolvimento das trocas comerciais não for afectada de maneira contrária aos interesses da União.

---

<sup>115</sup> Cf. *Comunicação da Comissão – Os serviços de interesse geral na Europa*, JOUE, C 281, de 26/9/96, 3.

Contudo, de um ponto de vista económico, o ponto decisivo está no facto de estes serviços terem natureza não lucrativa<sup>116</sup>. O mercado não os fornece (ou não os forneceria convenientemente) devido ao elevado custo que esses serviços acarretam tendo em conta a procura ser elevada, ou vice-versa, ou seja, a procura existente ser demasiado baixa para um contínuo nível de custos<sup>117</sup>. Esta característica, própria dos SIEG, constitui pois um forte desincentivo para que os agentes económicos forneçam, voluntariamente, os serviços em questão. Deste modo, os fornecedores de SIEG, vinculados ao cumprimento de obrigações de serviço público, podem ver o seu equilíbrio financeiro e a sua posição de mercado em risco, se não forem devidamente compensados.

## 2. Clarificação terminológica: SIG, SIEG ou Serviço Público?

### 2.1. Serviços de Interesse Geral

O conceito de serviços de interesse geral é bastante amplo, abrangendo serviços económicos e não económicos (sociais e de autoridade), considerados de interesse geral pelas autoridades públicas<sup>118</sup> e, por esse motivo, sujeitos a obrigações específicas de serviço público<sup>119</sup>.

A designação de SIG tem, nas palavras de Béatrice Delzangles, um “caractère englobant” e “unificateur” que lhe permite abarcar actividades heterogéneas. Com efeito, tanto abarca os SIEG como os SIGNE. De salientar a recente consagração dos SSIG que reforça, efectivamente, a construção de uma tipologia de actividades sob o denominador comum do interesse geral<sup>120</sup>.

Apesar de não constar do TCE, a nomenclatura SIG encontra-se no Tratado de Lisboa num Protocolo relativo aos serviços de interesse

<sup>116</sup> Julio Baquero Cruz afirma que as empresas que fornecem serviços de interesse geral não têm como objectivo a obtenção de lucros, mas a prossecução de actividades essenciais ao bom funcionamento da sociedade. A importância destas empresas é tanto maior porque, pelo que nos transmite o autor, o seu colapso implicará o colapsar de várias actividades (*v.g.* falha do fornecimento de energia eléctrica). *Vide* Julio Baquero CRUZ, «Beyond Competition: Services of General Interest and European Community Law», 170.

<sup>117</sup> *Vide* Phedon NICOLAIDES, «The Economics of Services of General Economic Interest», 575.

<sup>118</sup> Para um estudo sobre quais os serviços considerados de interesse geral para os cidadãos europeus *vide* Steven Van de WALLE, «When is a Service an Essential Public Service?», 521.

<sup>119</sup> Cf. *Livro Verde sobre serviços de interesse geral*, COM (2003) 270 final, Bruxelas, 2003, ponto 16. *Vide* também José Carlos Laguna de PAZ, *Servicios de Interés Económico General*, 40.

<sup>120</sup> *Vide* Béatrice DELZANGLES, «La systématisation des activités d'intérêt général en droit communautaire», 1118 a 1126; *Comunicação da Comissão - Os serviços de interesse geral, incluindo os serviços sociais de interesse geral: um novo compromisso europeu*, Bruxelas, 20/11/2007, COM (2007) 725 final, Bruxelas, 2007, 4 a 6.

geral (integrando, por isso, o direito primário), afirmando-se a Europa como um espaço com uma dimensão cada vez mais social<sup>121</sup>.

## 2.2. Serviços de Interesse Económico Geral

O conceito de SIEG tem origem na União Europeia, utilizando-se quando se quer referir a serviços de natureza económica a que os Estados-Membros ou a União, por força do interesse geral, impõem obrigações de serviço público às empresas que os fornecem.

Abrange sobretudo serviços<sup>122</sup> prestados pelas grandes indústrias de rede (*v.g.* transportes, serviços postais, energia, comunicações), mas também englobam qualquer outra actividade económica sujeita a obrigações de serviço público<sup>123</sup>.

De modo a aferir se uma actividade é económica, deve-se verificar se essa actividade, ainda que exercida com um escopo não lucrativo por um organismo público ou por um organismo que prossiga uma finalidade social, se exerce num mercado no qual possa fazer concorrência a uma empresa privada que desempenhe, mediante remuneração, uma actividade semelhante com fim lucrativo. Um ponto importante a considerar é a possibilidade de essa entidade poder influenciar o nível de contrapartidas exigidas pelo fornecimento desses serviços<sup>124</sup>.

Da noção de SIEG ficam, pois, excluídas as funções de soberania do Estado (*v.g.* serviços de autoridade), e as actividades no domínio exclusivamente social, pelo que o artigo 106.º, n.º 2, diz apenas respeito aos serviços de carácter económico.

Em primeiro lugar, os serviços de autoridade (*v.g.* defesa, segurança), porque prosseguem tarefas de soberania estadual, envolvendo o exercício de poder público, não são compatíveis com o cumprimento das regras da concorrência estabelecidas pelo TFUE<sup>125</sup>.

<sup>121</sup> *Vide* João Nuno Calvão da SILVA, «Tratado de Lisboa (algumas notas)», 125; Vital MOREIRA, «A nova 'Constituição social' da UE», *A aba da causa (Colectânea de documentos de apoio ao blogue "Causa Nossa")*, 13 de Dezembro de 2007.

<sup>122</sup> O conceito de serviço é, aqui, mais amplo do que aquele utilizado no artigo 57.º do TFUE em relação à livre prestação de serviços, devendo abranger qualquer prestação do domínio das mercadorias e capitais. Assim, Fausto de QUADROS, «Serviço público e Direito Comunitário», 286.

<sup>123</sup> Cf. *Livro Verde sobre serviços de interesse geral*, 7; *Vide* também Mustafa KARAYIGIT, «The Notion of Services of General Economic Interest Revisited», 575.

<sup>124</sup> *Vide* Marianne DONY, «Les notions de SIEG/SIG», 18. José Carlos Laguna de Paz entende que os serviços económicos se regem principalmente segundo o princípio da eficiência económica e que, geralmente, são financiados pelos utilizadores. *Vide* José Carlos Laguna de PAZ, *Servicios de Interés Económico General*, 41 e 42.

<sup>125</sup> Neste sentido pronunciou-se o TJUE no Ac. de 19/01/1994, SAT Flugesellschaft

Por fim, os serviços exclusivamente sociais (*vg.* saúde, segurança social) também não estão, em regra, sujeitos ao cumprimento das regras da concorrência. A razão essencial é a de que estas são áreas onde a solidariedade deve prevalecer<sup>126</sup>.

### 2.2.1. Princípio da Subsidiariedade

O princípio da subsidiariedade é um princípio geral do direito da União. Previsto no artigo 5.º do TUE, o seu n.º 3 estabelece que “em virtude do princípio da subsidiariedade, nos domínios que não sejam da sua competência exclusiva, a União intervém apenas se e na medida em que os objectivos da acção considerada não possam ser suficientemente alcançados pelos Estados-Membros...”.

Do presente artigo deve-se, desde logo, salientar que o princípio da subsidiariedade só deve ser invocado no caso de não haver competência exclusiva da União<sup>127</sup>, ou seja, deve haver competência partilhada<sup>128</sup>.

---

mbH contra Eurocontrol, Processo C-364/92, sumário – §3: “os artigos 86. e 90. do Tratado devem ser interpretados no sentido de que uma organização internacional como a Eurocontrol não é uma empresa na acepção desses artigos. Com efeito, consideradas na sua globalidade, as actividades da Eurocontrol, incluindo a cobrança das taxas de rota por conta dos Estados, estão ligadas, pela sua natureza, pelo seu objecto e pelas regras às quais estão sujeitas, ao exercício de prerrogativas, relativas ao controlo e ao policiamento do espaço aéreo, que são tipicamente *prerrogativas de poder público e não têm um carácter económico* que justifique a aplicação das regras de concorrência do Tratado” (italico nosso). Na doutrina *vide* João Nuno Calvão da SILVA, *Mercado e Estado – Serviços de Interesse Económico Geral*, 220; José Buendia SIERRA, «An Analysis of Article 86(2) EC», 547.

<sup>126</sup> *Vide* João Nuno Calvão da SILVA, *Mercado e Estado – Serviços de Interesse Económico Geral*, 221; José Buendia SIERRA, «An Analysis of Article 86(2) EC», 547; Dulce LOPES, «O nome das coisas: serviço público, serviços de interesse económico geral e serviço universal no direito comunitário», 183; Na jurisprudência *vide* o Ac. de 17/2/1993, Christian Poucet contra Assurances générales de France (AGF) e Caisse mutuelle régionale du Languedoc-Roussillon (Camulrac), e entre Daniel Pistre e Caisse autonome nationale de compensation de l'assurance vicillesse des artisans (Cancava), processos apensos C-159/91 e C-160/91, sumário: “O conceito de empresa, na acepção dos artigos 85. e 86. do Tratado, abrange qualquer entidade que exerça uma actividade económica. São dele excluídos, portanto, os organismos que contribuem para a gestão do serviço público da segurança social, os quais desempenham uma função de carácter exclusivamente social e exercem uma actividade, baseada no princípio da solidariedade nacional, desprovida de qualquer fim lucrativo”.

<sup>127</sup> Nos termos do artigo 3.º, n.º 1, do TFUE são da competência exclusiva da União os seguintes domínios: a) União aduaneira; b) Estabelecimento das regras da concorrência necessárias ao funcionamento do mercado interno; c) Política monetária para os Estados-Membros cuja moeda seja o euro; d) Conservação dos recursos biológicos do mar, no âmbito da política comum das pescas; e) Política comercial comum.

Além destas atribuições, a União dispõe de competência exclusiva para celebrar acordos internacionais quando tal celebração esteja prevista num acto legislativo da União, seja necessária para lhe dar a possibilidade de exercer a sua competência interna, ou seja susceptível de afectar as regras comuns ou de alterar o alcance das mesmas (n.º 2 do artigo 3.º TFUE).

<sup>128</sup> O artigo 4.º, n.º 2, estabelece alguns domínios em que se verifica competência partilhada: mercado interno; política social, no que se refere aos aspectos definidos no Tratado;

Por outro lado, tendo em conta o princípio da atribuição, segundo o qual esta só pode actuar dentro dos limites das competências que lhe foram conferidas pelos Estados-Membros, o princípio da subsidiariedade não poderia ser relevante em campos em que a União não actua<sup>129</sup>.

Assim, no que diz respeito aos SIEG, este princípio visa deixar aos Estados-Membros a liberdade tanto na sua definição como na escolha das entidades, públicas ou privadas, mais apropriadas para os desempenhar. Solução que se reputa adequada, visto que, nas palavras de João Nuno Calvão da Silva, “as autoridades nacionais conhecem melhor as realidades do seu país e as necessidades dos seus cidadãos do que as instituições europeias”<sup>130</sup>.

A Comissão Europeia afirma igualmente que compete aos Estados-Membros, nomeadamente às autoridades nacionais, regionais e locais, a definição, organização, financiamento e acompanhamento dos serviços de interesse geral<sup>131</sup>.

Não obstante a definição dos SIEG competir a cada Estado-Membro, tendo ampla margem para o fazer, não significa que a qualificação de um serviço como tal não esteja sujeita a qualquer tipo de controlo. Na verdade, só em caso de erro manifesto de apreciação é que a Comissão, com base no artigo 106.º, n.º 3, e os Tribunais da União Europeia verificam se os Estados-Membros abusaram da sua liberdade<sup>132</sup>.

A Comissão, aquando desta revisão, dever-se-á limitar a apurar se, em primeiro lugar, o sistema se funda em premissas económicas e factuais

---

Coesão económica, social e territorial; Agricultura e pescas, com excepção da conservação dos recursos biológicos do mar, entre outros.

<sup>129</sup> Vide Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito Comunitário*, 310; Van Bael e BELLIS, *Competition Law of the European Community*, 934.

<sup>130</sup> Vide João Nuno Calvão da SILVA, *Mercado e Estado – Serviços de Interesse Económico Geral*, 224. Wolf Sauter entende que não existe qualquer conceito de SIEG, devendo deixar-se uma grande margem aos Estados-Membros, por duas razões: os próprios Estados optaram por não o estabelecer apesar das sucessivas alterações ao Tratado, e porque o conceito de SIEG é dinâmico, ou seja, o que nele está ou não incluído depende do lugar ou do período em que se vive. Vide Wolf SAUTER, «Services of General Economic Interest and Universal Service in EU Law», 175.

<sup>131</sup> Cf. *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões – Livro Branco sobre os serviços de interesse geral*, COM (2004), 374 final, Bruxelas, 2004, 6. Vide também a *Comunicação da Comissão – Serviços de interesse geral na Europa*, Bruxelas, 20/9/2000, COM (2000) 580 final, ponto 22: “A liberdade de definição dos Estados-Membros significa que os Estados-Membros são, em primeira instância, os responsáveis pela definição do que considerem serviços de interesse económico geral, com base nas características específicas das actividades”.

<sup>132</sup> Cf. *Comunicação da Comissão – Serviços de interesse geral na Europa*, Bruxelas, 20/9/2000, ponto 22. Neste sentido vide os acórdãos do TJUE de 27/3/1974, *Belgische Rádío in Televisie contra SvSabam e NvFonior*, Processo 127-73, ponto 23, e de 10/12/1991, *Merci Convenzionali Porto di Genova contra Siderurgica Gabrielli*, Processo C-179/90, ponto 27.

manifestamente erradas e se, em segundo lugar, o sistema é manifestamente inapropriado para atingir os desígnios pretendidos ou se, no que diz respeito a assegurar a viabilidade da missão de interesse geral com condições económicas aceitáveis, o exercício da margem de discricção por parte dos Estados-Membros foi claramente ultrapassada<sup>133</sup>.

### 2.2.2. Princípio da Proporcionalidade

Os Estados-Membros não são totalmente livres na definição dos SIEG. Na verdade, apesar de gozarem de ampla liberdade na qualificação dessas actividades, é preciso assegurar que uma determinada empresa não usufruiu de mais do que o necessário para a prossecução da sua missão de interesse geral.

Segundo Mustafa Karayigit, os Estados-Membros têm igualmente grande liberdade no que diz respeito ao financiamento dos seus serviços de interesse económico geral. Porém, é fundamental que, no mínimo, assegurem que o mecanismo escolhido não distorça a concorrência no mercado interno, ou seja, é preciso evitar as sobrecompensações<sup>134</sup>.

Assim, diremos, com João Nuno Calvão da Silva, que “os princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade têm de ser articulados”<sup>135</sup>.

No que diz respeito à aplicação do artigo 106.º, n.º 2<sup>136</sup>, pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, inicialmente optou pela chamada teoria tradicional, bastante restritiva, exigindo que as actividades desempenhadas fossem totalmente incompatíveis com a sua

<sup>133</sup> Vide Van Bael e BELLIS, *Competition Law of the European Community*, 934.

<sup>134</sup> Mustafa KARAYIGIT, «The Notion of Services of General Economic Interest Revisited», 579.

<sup>135</sup> Vide João Nuno Calvão da SILVA, *Mercado e Estado – Serviços de Interesse Económico Geral*, 228.

<sup>136</sup> Vide Van Bael e BELLIS, *Competition Law of the European Community*, 938 a 948.

sujeição à concorrência<sup>137 138</sup>.

Actualmente, o entendimento seguido parece ser bem mais flexível, dando mais cobertura às missões de serviço público de que certas empresas estão incumbidas. Efectivamente, ao invés de exigir a impossibilidade de cumprimento das referidas missões, basta que o equilíbrio económico da empresa seja posto em causa.

Com efeito, no Ac. *Corbeau*<sup>139</sup> o TJUE estabelece, no ponto 19, que a “*exclusão da concorrência não se justifica*, por conseguinte, quando estejam em causa serviços específicos, dissociáveis do serviço de interesse geral, que satisfaçam necessidades específicas dos agentes económicos e que exijam certas prestações suplementares que o serviço postal tradicional não oferece, como a recolha ao domicílio, maior rapidez ou fiabilidade na distribuição ou ainda a possibilidade de alterar o destino

<sup>137</sup> Assim, o Ac. de 30/4/1974, Giuseppe Sachi, Processo 155-73, ponto 15 estabelece: “se certos Estados-Membros tratam as empresas encarregadas do serviço de televisão, mesmo abrangendo as actividades comerciais, em particular a publicidade, como empresas encarregadas de serviços de interesse económico geral, as proibições (do actual artigo 102.º) aplicam-se, no que diga respeito ao seu comportamento no mercado, com base no artigo 90.º (2) (actual artigo 106.º, n.º 2), na medida em que não seja demonstrado que as ditas proibições são incompatíveis com o desenvolvimento das suas tarefas” (parênteses nosso). Neste sentido *vide* o Ac. de 13/12/1991, Régie des télégraphes et des téléphones contra GB-Inno-BM SA, Processo 18/88, ponto 19.

Baquero Cruz entende, pelo contrário, que no acórdão Sacchi não foi verdadeiramente aplicado o princípio da proporcionalidade dada a forma vaga com que o Tribunal abordou a questão, duvidando que o uso da palavra “incompatível” seja um sinal da opção pela primazia da concorrência. O autor argumenta ainda que no acórdão de 11/4/1989, Ahmed Saeed Flugreisen e Silver Line Reisebuero GmbH contra Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V., Processo 66/86, pontos 55 a 58, o Tribunal utiliza a expressão “indispensável”, que à partida pode parecer um teste mais exigente, mas a verdade é que não concretiza o que quer dizer. *Vide* Julio Baquero CRUZ, «Beyond Competition: Services of General Interest and European Community Law», 187.

<sup>138</sup> Para uma análise do princípio da proporcionalidade *vide* José Buendia SIERRA, *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law: Article 86 (Former Article 90) of the EC Treaty*, 300. O autor dá-nos a conhecer duas grandes teorias: a tradicional, que defende o uso do artigo 106.º, n.º 2, em caso de necessidade absoluta de obter a derrogação de modo a cumprir os objectivos de interesse geral, e a teoria que defende que determinados objectivos, nomeadamente o serviço universal, podem legitimar a atribuição de direitos exclusivos e compensações para as empresas que fornecem SIEG ainda que não sejam totalmente indispensáveis.

Buendia Sierra opta pela regra geral de favorecimento da concorrência, entendendo que há três elementos que devem ser preenchidos de modo a que o artigo 106.º, n.º 2, se aplique: em primeiro lugar, é preciso que exista um nexo de causalidade entre a medida e o objectivo de interesse geral; em segundo lugar, as restrições causadas por essa medida devem ser contrabalançadas pelos benefícios que o interesse geral vai obter; por fim, é indispensável que o objectivo de interesse geral não possa ser alcançado por meios menos restritivos.

<sup>139</sup> Ac. de 19/5/1993, Processo-crime contra Paul Corbeau, Processo C-320/91.

durante o encaminhamento, e na medida em que esses serviços, pela sua natureza e pelas condições em que são oferecidos, como o sector geográfico onde são prestados, por exemplo, *não ponham em causa o equilíbrio económico do serviço de interesse económico geral* assumido pelo titular do direito exclusivo” (itálico nosso).

O AG Darmon, nas conclusões do acórdão *Almelo*<sup>140</sup>, afirmou que a inovação trazida por Corbeau esteve no facto de não se limitar a repetir aquilo que os Estados-Membros estão proibidos de fazer, mas a especificar aquilo que eles podem efectuar: as regras da concorrência podem ser afastadas não só quando impossibilite a tarefa às empresas encarregadas de SIEG, mas também quando elas afectem a sua estabilidade financeira<sup>141</sup>.

Francis Hamon considera mesmo que o acórdão Corbeau representa um verdadeiro ponto de viragem, afirmando que o TJUE começava a distanciar-se de lógicas puramente liberais<sup>142</sup>.

Posteriormente, o Tribunal acrescenta determinados factores que se podem ter em conta no momento da aplicação do artigo 106.º, n.º 2, tais como certos encargos com regulamentação ambiental<sup>143</sup>, ou o facto de a aplicação das regras da concorrência constituírem um obstáculo, de direito ou de facto, ao cumprimento das obrigações de serviço público ainda que a empresa não esteja em risco de sobrevivência<sup>144</sup>.

---

<sup>140</sup> Ac. de 27/4/1994, Gemeente Almelo e outros contra Energiebedrijf IJsselmij NV, Processo C-393/92.

<sup>141</sup> *Vide* as Conclusões do AG Darmon de 8/2/1994, *Colectânea*, 4 Parte I (1994) 1501 e 1502.

<sup>142</sup> *Vide* Francis HAMON, «Aff.: Commune d’Almelo et autres. – N.º C-393/92 – Note», 642. Pelo contrário, Baquero Cruz considera que, apesar de Corbeau ter significado “um passo em frente” no que à interpretação do artigo 106.º, n.º 2, diz respeito, a utilização, no ponto 14, dos termos “restrições que sejam necessárias” remete mais para um teste de necessidade do que de proporcionalidade. O que este acórdão adiciona seriam apenas as ideias de “condições economicamente aceitáveis” e “equilíbrio económico”. *Vide* Julio Baquero CRUZ, «Beyond Competition: Services of General Interest and European Community Law», 187, 191 e 192.

<sup>143</sup> Cf. Ac. de 27/4/1994, Gemeente Almelo e outros contra Energiebedrijf IJsselmij NV, ponto 49. Francis Hamon entende que este acórdão confirma a importância que o TJUE atribui às obrigações específicas que recaem sobre as empresas encarregadas de um serviço de interesse económico geral, sendo tanto mais importante pelo facto de este acórdão dizer respeito a um serviço que desempenha um papel capital: o fornecimento de energia eléctrica. *Vide* Francis HAMON, «Aff.: Commune d’Almelo et autres. – N.º C-393/92 – Note», 643.

<sup>144</sup> Cf. Ac. de 23/10/1997, Comissão das Comunidades Europeias contra Reino dos Países Baixos, Processo C-157/94, ponto 43. O TJUE rejeitou a proposta da Comissão, que ia no sentido de exigir falta de equilíbrio financeiro da empresa. *Vide* o ponto 35 do citado acórdão.



### 2.3. Serviço Público

O serviço público é um conceito de origem francesa que se pode reconduzir aos inícios do século XIX, muito embora tenha estado mais em evidência durante o século XX.

Na tradição francesa, o serviço público era titularidade do Estado (sentido subjectivo), ou seja, este estaria encarregue de fornecer aos seus cidadãos determinados serviços considerados fundamentais (por exemplo, água, energia, correios) porque o mercado, por si só, ou não os forneceria adequadamente ou não os forneceria de maneira alguma.

Paralelamente, estes serviços regiam-se por determinados princípios tais como a continuidade, a universalidade, a igualdade de tratamento, acessibilidade do preço, adaptabilidade, qualidade, etc, em virtude do interesse colectivo que revestiam (sentido objectivo)<sup>145</sup>.

A União Europeia optou por não adoptar esta terminologia, na medida em que se quis distanciar do paradigma francês do *service public*<sup>146 147</sup>. Com efeito, hoje em dia assistimos ao paradigma da liberalização e/ou

<sup>145</sup> Vide João Nuno Calvão da SILVA, *Mercado e Estado – Serviços de Interesse Económico Geral*, 210 a 215; Vital MOREIRA, «Os serviços públicos tradicionais sob o impacto da União Europeia», 227 a 232; John BELL, «The concept of public service under threat from Europe? An illustration from energy law», 189.

Fernanda Maças afirma que tradicionalmente existem três características que permitem identificar um serviço público: uma nota objectiva ou material (ligada à satisfação de necessidades colectivas), uma nota subjectiva ou orgânica (que nos remete à titularidade do serviço) e uma nota formal (visa destacar que uma determinada actividade de interesse geral está sujeita a um regime de direito administrativo, ou seja, um regime distinto do direito comum). Vide Fernanda MAÇAS, «Serviços públicos de abastecimento de água, saneamento de águas residuais urbanas e resíduos urbanos», 517 e 518. Pedro Gonçalves entende que, embora tenha sido pensado para o serviço público subjectivo, “o regime do serviço público é o conjunto de princípios e de normas jurídicas de direito administrativo que regem as actividades de serviço público, cuja aplicação não depende da natureza jurídica do sujeito encarregado da respectiva gestão e exploração”. Vide Pedro GONÇALVES, *A Concessão de Serviços Públicos*, 34. Neste sentido vide também Pedro GONÇALVES; Licínio MARTINS, «Os serviços públicos económicos e a concessão no Estado regulador», 185.

<sup>146</sup> Para uma explicação sintética das diferenças entre o Direito Administrativo alemão e o Direito Administrativo francês vide Fausto de QUADROS, «Serviço público e Direito Comunitário», 280. O primeiro sempre procurou um equilíbrio entre a eficiência da actividade administrativa e a protecção dos direitos fundamentais dos cidadãos, ao passo que o segundo nunca se distanciou do entendimento segundo o qual o serviço público é inseparável da actividade estatal constituindo, pois, “um corolário das funções irredutíveis do Estado”. Neste contexto, no direito administrativo francês notabilizaram-se as chamadas “lois de Roland”, isto é, um conjunto de princípios jurídicos do *service public*: a continuidade, adaptabilidade e qualidade do serviço aos quais se acrescenta a igualdade no tratamento de todos os utentes.

<sup>147</sup> Robert Kovar entende que não existe nada de substancial a separar as noções de serviço público e de serviço de interesse económico geral. Vide Robert KOVAR, «Droit Communautaire et service public: esprit d’orthodoxie ou pensée laïcisée», 241.

privatização da maioria destes serviços através da imposição de obrigações de serviço público<sup>148</sup>, pautando-se pelos princípios enunciados<sup>149</sup>.

Na verdade, este processo implica a emergência de uma responsabilidade pública de regulação do mercado porquanto o Estado, apesar de já não ter a responsabilidade de execução dos serviços públicos, tem o dever de os garantir aos seus cidadãos<sup>150</sup>.

### 3. Compensações públicas às empresas prestadoras de serviços de interesse económico geral

A ideia que sustenta o financiamento das empresas que prestam serviços de interesse económico geral, é a de que se estes serviços fossem fornecidos aos seus preços reais muitas pessoas ficariam impossibilitadas de os adquirir/usufruir.

O Estado, por razões de coesão social, impõe obrigações de serviço público às empresas fornecedoras (como por exemplo, a universalidade, preços acessíveis, qualidade, etc.) podendo compensá-las pelos custos excedentes que este tipo de operação acarreta mediante a atribuição de um auxílio de Estado (que, como referimos *supra*, parte I, ponto

<sup>148</sup> Sobre as obrigações de serviço público *vide* José Carlos Laguna de PAZ, *Servicios de Interés Económico General*, 377 a 399.

<sup>149</sup> *Vide* CEEP e CIRIEC, *Os serviços de interesse económico geral na Europa*, 35; *Livro Verde sobre serviços de interesse geral*, 16. Fernanda Maçãs sustenta que, apesar desta multiplicidade conceptual, o essencial é sublinhar a existência de serviços básicos e essenciais que, por isso, devem ser explorados de forma a que todos os cidadãos a eles tenham acesso, através do cumprimento das obrigações de serviço público. *Vide* Fernanda MAÇÃS, «Serviços públicos de abastecimento de água, saneamento de águas residuais urbanas e resíduos urbanos», 520.

<sup>150</sup> *Vide* Pedro GONÇALVES; Licínio MARTINS, «Os serviços públicos económicos e a concessão no Estado regulador», 300. *Vide* ainda Pedro GONÇALVES, «Direito Administrativo da Regulação», 566; João Nuno Calvão da SILVA, *Mercado e Estado – Serviços de Interesse Económico Geral*, 86, e Alfredo ANABITARDE; José María SANTIAGO, «La nueva regulación del mercado del gás natural», 44. Na verdade, o facto de os serviços públicos deixarem, paulatinamente, de ser reservados ao Estado não significa que haja uma demissão da sua parte, ou seja, não se pretende voltar ao período do Estado abstencionista e liberal (fins do século XVIII a fins do século XIX), uma vez que a tarefa do actual Estado de Garantia (ou Estado Regulador) é precisamente essa: garantir o funcionamento e a prossecução dos serviços de interesse económico geral através da regulação. Esta heteroregulação considera-se fundamental, uma vez que a ideia da “mão invisível”, de Adam Smith, cuja essência era a de que o mercado entregue a si próprio atingiria os níveis de eficiência desejados, é hoje considerada utópica. O essencial desta tese é bem ilustrado por Avelãs Nunes, transcrevendo Adam Smith: “Ao dirigir essa indústria... só está a pensar no seu próprio ganho, e, neste como em muitos outros casos, está a ser guiado por uma *mão invisível* a atingir um fim que não fazia parte das suas intenções... Ao tentar satisfazer o seu próprio interesse, promove, frequentemente, de modo mais eficaz, o interesse da sociedade...”. *Vide* António Avelãs NUNES, *Economia Política: Introdução à História da Ciência Económica e do Pensamento Económico*, 255.

2.1.3., poder-se-á tratar de uma prestação directa ou indirecta).

A questão fundamental é a de saber em que medida estes auxílios concedem uma vantagem económica às empresas em questão estando, por consequência, abrangidos pelo artigo 107.º, n.º 1, do TFUE e tendo, naturalmente, a obrigação de notificação à Comissão e de suspensão do auxílio.

À partida, duas teorias fundamentais se conjecturam: a teoria segundo a qual as compensações são, de facto, abrangidas pelo artigo 107.º, n.º 1, podendo no entanto ser consideradas compatíveis com o mercado interno nos termos do artigo 106.º, n.º 2 (teoria dos auxílios de Estado, baseando-se na teoria da vantagem aparente), e a teoria segundo a qual se a compensação não exceder o que for necessário para o cumprimento das obrigações de serviço público, ela não terá de ser notificada à Comissão na medida em que não concede qualquer vantagem e, portanto, não constitui nenhum auxílio de Estado na acepção do artigo 107.º, n.º 1 (teoria compensatória, baseando-se na teoria da vantagem real).

A questão é relevantíssima ao nível prático. Efectivamente, se a teoria dos auxílios de Estado vigorasse haveria, desde logo, (i) a obrigação de notificação à Comissão com a consequente proibição de aplicação do auxílio (“standstill clause”) até que a Comissão o aprovasse (artigo 108.º, n.º 3, do TFUE) e, (ii) no caso de atribuição do auxílio em violação da “standstill clause” qualquer parte interessada poderia requerer a restituição de tais auxílios<sup>151</sup> perante os tribunais nacionais na medida em que seriam auxílios ilegais (artigo 14.º do Regulamento n.º 659/1999<sup>152</sup>). Pelo contrário, se a teoria compensatória se impusesse, as medidas compensatórias escapariam totalmente ao controlo da Comissão.

### 3.1. Antecedentes do acórdão Altmark

Anteriormente ao Ac. *Altmark*<sup>153</sup> a discussão centrava-se, essencial-

<sup>151</sup> Sobre a obrigação de restituição dos auxílios de Estado *vide* João Nogueira de ALMEIDA, *A Restituição das Ajudas de Estado Concedidas em Violação do Direito Comunitário*, 97.

<sup>152</sup> Regulamento (CE) n.º 659/1999 do Conselho de 22 de Março de 1999 que estabelece as regras de execução do artigo 93.º do Tratado CE, JOUE, L 83, de 27/3/1999, 1.

<sup>153</sup> Ac. de 24/7/2003, *Altmark Trans GmbH e Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH contra Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht*, Processo C-280/00.

Para uma sistematização da matéria agora em análise *vide* Alain ALEXIS, «Services publics et aides d'État: Évolution récente de la jurisprudence», 63; Conor QUIGLEY, *European State Aid Law and Policy*, 157 a 174; Erika SZYSZCZAK, «Financing Services of General Economic Interest», 982; Ewa GROMNICKA, «Services of General Economic Interest in the State Aid Regime: Proceduralisation of Political Choices?», 429; Frédéric LOUIS; Anne

mente, sobre qual destas duas teorias seria a mais adequada.

O TJUE, no primeiro caso em que teve que se pronunciar sobre o assunto, o célebre Ac. *ADBHU*<sup>154</sup>, adoptou a teoria compensatória. Neste acórdão punha-se a questão de saber em que medida é que as ajudas concedidas a certas empresas pelos serviços de recolha e/ou eliminação de óleos usados, constituiria um auxílio de Estado nos termos do artigo 107.º, n.º 1. A Opinião do Advogado Geral Lenz, seguia no sentido de considerar que as ajudas provenientes de fundos públicos que não excedessem os custos anuais que não fossem cobertos pela empresa, tendo em conta uma margem de lucro razoável, não estariam abrangidas pela proibição do referido artigo. Assim, sugeriu que se deveria excluir da proibição “*o quid pro quo* em relação a obrigações que, por causa do interesse público, impendem sobre certas empresas”. O TJUE acabou por adoptar a Opinião do AG estabelecendo o seguinte: as ajudas não constituem um auxílio nos termos do artigo 107.º, antes significando respeito pelos serviços de recolha ou eliminação<sup>155</sup>.

A Comissão, numa fase inicial, entendia que quando a empresa que fornecia o SIEG não era escolhida através de um concurso público, aberto e transparente, não se poderia excluir que a compensação paga pelo Estado era superior aquilo que deveria, efectivamente, ter sido<sup>156</sup>.

No entanto, no Ac. *Banco Exterior de España*<sup>157</sup> o TJUE adoptou uma decisão que não estava em linha com a sua jurisprudência anterior. Com efeito, o que se pretendia saber era em que medida uma isenção fiscal concedida a uma instituição pública de crédito poderia constituir uma ajuda de Estado na acepção do Tratado.

O auxílio em questão foi considerado um auxílio existente visto que Espanha já o prestava antes da sua entrada na União Europeia. O

---

VALLERY, «Ferring Revisited: the Altmark Case and State Financing of Public Service Obligations», 53; Massimo MEROLA; Caroline MEDINA, «De l'arrêt Ferring à l'arrêt Altmark: Continuité ou revirement dans l'approche du financement des services publics», 639; Sandro SANTAMATO, «Advantage in the Context of Services of General Economic Interest under Altmark», 369. Na doutrina portuguesa, *vide* Eduardo Maia CADETE, *Concorrência e Serviços de Interesse Económico Geral*, 144 a 152.

<sup>154</sup> Ac. de 7/2/1985, Procureur de la republique contra Association de defense des brûleurs d' huiles usagées, Processo 240/83.

<sup>155</sup> Cf. Ac. de 7/2/1985, Procureur de la republique contra Association de defense des brûleurs d' huiles usagées, ponto 18.

<sup>156</sup> Cf. Decisão da Comissão de 6/7/1994, JOUE, L 260, de 8/10/1994, 27, em que investigou a compensação do défice incorrido pela TAP nas rotas para as Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira.

<sup>157</sup> Ac. de 15/3/1994, *Banco de Crédito Industrial SA, actualmente Banco Exterior de España SA contra Ayuntamiento de València*, Processo C-387/92.

Tribunal entendeu que, não obstante o auxílio existente poder continuar a ser atribuído até que a Comissão o considerasse incompatível, ele constituía um auxílio de Estado<sup>158</sup>.

O AG Lenz, em Opinião dada no âmbito deste processo, teve uma reflexão interessante. Diz ele que o artigo 106.º, n.º 2, poderia, pela sua natureza, ser integrado nas excepções previstas no artigo 107.º, n.ºs 2 e 3, não sendo preciso traçar qualquer distinção entre eles visto que o efeito prático seria o mesmo, isto é, caberia sempre à Comissão a análise das medidas.

A corrente de quem defende a teoria dos auxílios de Estado parecia estar a vingar. Tanto mais que o TG, em dois acórdãos posteriores, *FFSA*<sup>159</sup> e *SIC*<sup>160</sup>, corrobora este entendimento do TJUE e do AG Lenz.

No que diz respeito ao primeiro, estava em causa um benefício fiscal concedido à operadora de correios francesa *La Poste*, com o perigo, alegado pelos concorrentes, de que a compensação permitiria a esta empresa subsidiar outras actividades (a chamada subsídição cruzada<sup>161</sup>).

A Comissão constatou, em decisão de 8 de Fevereiro de 1995, que as vantagens de que a beneficiária do benefício fiscal usufruía eram, de facto, inferiores aos custos adicionais que comporta a prossecução de obrigações de serviço público. Ao não considerar o benefício como auxílio de Estado nos termos do artigo 107.º, n.º 1, a Comissão baseou-se em três pressupostos: em primeiro lugar, a *La Poste* era uma empresa pública responsável pela gestão de um serviço de interesse económico geral; em segundo lugar, o cumprimento de obrigações de serviço público fixadas pela regulamentação francesa e a política governamental de organização do território originavam custos adicionais para a empresa e, em terceiro lugar, a atribuição de benefícios fiscais para compensar tais custos adicionais não estavam abrangidos pelo artigo 107.º, n.º 1, por força do artigo 106.º, n.º 2, sendo admitidos desde que o montante do auxílio não exceda o montante dos custos adicionais<sup>162</sup>.

<sup>158</sup> Cf. Ac. de 15/3/1994, *Banco de Crédito Industrial SA, actualmente Banco Exterior de España SA contra Ayuntamiento de València*, ponto 22.

<sup>159</sup> Ac. de 27/2/1997, *Fédération française des sociétés d'assurances (FFSA)* e outros contra Comissão das Comunidades Europeias, Processo T-106/95.

<sup>160</sup> Ac. de 10/5/2000, *Sociedade Independente de Comunicação SA* contra Comissão das Comunidades Europeias, Processo T-46/97.

<sup>161</sup> Subsídição cruzada significa, em termos gerais, que uma determinada empresa aloca todos, ou parte, dos seus custos provenientes da actividade relativamente a um produto ou mercado geográfico para outro produto ou mercado geográfico. Para um estudo sobre esta figura *vide* Leigh HANCHER; José Buendia SIERRA, «Cross-subsidization and EC Law», 901.

<sup>162</sup> Cf. Ac. de 27/2/1997, *Fédération française des sociétés d'assurances (FFSA)* e ou-

O TG não concordou com a decisão da Comissão. Começa por afirmar que um benefício fiscal constitui um auxílio de Estado nos termos do artigo 107.º, n.º 1, na medida em que, apesar de não implicar uma transferência de recursos estatais propriamente dita, coloca a empresa de correios numa situação mais favorável. Com efeito, o Tribunal recorda que a noção de auxílio é bastante ampla, abrangendo também as medidas que impliquem um sacrifício para o erário público.

Deste modo, entendeu que o benefício fiscal colocava a *La Poste* numa situação financeira mais favorável relativamente aos demais contribuintes, incluindo os seus concorrentes e, por isso, considerou que a compensação deveria ser qualificada como auxílio de Estado podendo, no entanto, ser considerada compatível com o mercado interno nos termos do artigo 106.º, n.º 2<sup>163</sup>.

Neste sentido, o Tribunal Geral invocou o que o TJUE tinha estabelecido nos acórdãos *Almelo e Corbeau* em relação aos artigos 101.º e 102.º, isto é, uma restrição na concorrência ou a atribuição de direitos exclusivos podem ser justificadas com base no artigo 106.º, n.º 2, na medida em que se considerem necessárias para a prossecução da missão de interesse geral. Assim, o TG considera que esta jurisprudência se pode reconduzir, *mutatis mutandis*, ao campo dos auxílios de Estado

pelo que a sua concessão é susceptível, nos termos do artigo 90.º n.º 2 (actual artigo 106.º, n.º 2), do Tratado, de escapar à proibição do seu artigo 92.º (actual artigo 107.º), desde que o auxílio em questão vise apenas compensar os custos suplementares provocados pelo cumprimento da missão especial que incumbe à empresa responsável pela gestão de um serviço de interesse económico geral e a sua concessão seja necessária para que a empresa possa

---

tros contra Comissão das Comunidades Europeias, pontos 16 e 65.

<sup>163</sup> Cf. Ac. de 27/2/1997, *Fédération française des sociétés d'assurances (FFSA)* e outros contra Comissão das Comunidades Europeias, pontos 167 a 172. Porém, Alain Alexis entende que não haverá qualquer vantagem para os concorrentes se as compensações não cobrirem mais do que os custos adicionais comportados pela prossecução das missões de interesse público. Um auxílio de Estado engloba, efectivamente, aqueles casos em que se alivia uma carga que normalmente figuraria no orçamento da empresa. Todavia, também se deve atender aos custos suplementares que, em condições normais, não pesariam no orçamento, visto que a empresa não estaria voluntariamente disposta a neles incorrer. Ora, se assim é, a necessária (proporcional) compensação não faz mais do que restabelecer as condições normais de concorrência, ou seja, limita-se a estabelecer o equilíbrio concorrencial que haveria se as obrigações de serviço público não tivessem sido impostas a determinada empresa. *Vide* Alain ALEXIS, «Services publics et aides d'État: Évolution récente de la jurisprudence», 95.

garantir as suas obrigações de serviço público em condições de equilíbrio económico <sup>164</sup> <sup>165</sup>. (parênteses nosso).

No acórdão SIC, o Tribunal Geral confirma sem qualquer dúvida a sua jurisprudência prévia. Este caso diz respeito a um recurso de anulação de uma decisão da Comissão de 7 de Novembro de 1996<sup>166</sup>, por parte da Sociedade Independente de Comunicação (SIC), nos termos da qual as compensações indemnizatórias concedidas à Rádio Televisão Portuguesa (RTP) não ultrapassavam o absolutamente necessário para assegurar as obrigações de serviço público a esta impostas não sendo, consequentemente, auxílios de Estado na acepção do artigo 107.º, n.º 1.

Uma vez mais o TG considerou que o facto de a concessão de tais indemnizações ter por objectivo compensar os custos adicionais que resultam das missões de serviço público, assumidas pela RTP, não as faz escapar à qualificação de auxílios de Estado precisamente porque têm como efeito conceder uma vantagem financeira (que não seria obtida em condições normais de mercado). Na verdade, nos termos do artigo 107.º, n.º 1, a distinção a fazer não é segundo as causas ou objectivos da intervenção estatal, mas sim segundo os seus efeitos, o que não inviabiliza a consideração daqueles aquando da apreciação do auxílio nos termos do artigo 106.º, n.º 2<sup>167</sup> <sup>168</sup>.

<sup>164</sup> Cf. Ac. de 27/2/1997, Fédération française des sociétés d'assurances (FFSA) e outros contra Comissão das Comunidades Europeias, ponto 178. Influenciada por esta tomada de posição pelo Tribunal Geral, a Comissão alterou o seu *modus operandi* adoptando um conceito muito amplo de auxílio de Estado, tendo o artigo 106.º, n.º 2, passado a servir de plataforma de salvamento para as empresas financiadas pelo Estado. Neste sentido *vide* as Decisões de 24/2/1999, Kinderkanal contra Phoenix, Processo n.º NN 70/98 e de 29/9/1999, BBC News, Processo n.º NN 88/98.

<sup>165</sup> O recurso para o TJUE não teve, porém, como objecto a questão da qualificação das compensações como auxílio de Estado.

<sup>166</sup> Cf. Ac. de 10/5/2000, Sociedade Independente de Comunicação SA contra Comissão das Comunidades Europeias, pontos 3 a 29.

<sup>167</sup> Cf. Ac. de 10/5/2000, Sociedade Independente de Comunicação SA contra Comissão das Comunidades Europeias, pontos 82 a 84. Uma vez mais recorreremos à crítica de Alexis. O autor entende que há diferenças consideráveis entre as empresas que fornecem SIEG e aquelas que não o fazem. Na verdade, aquelas encontram-se num quadro fortemente regulado nomeadamente no que concerne às condições de prestação do serviço e às tarifas a praticar. Além disso, elas suportam um custo ligado às condições impostas pelo poder público, *vg.* quando prestam serviços em zonas rurais que, em condições normais de mercado, ou não seriam prestados ou seriam-no a preços muito superiores. Deste modo, o autor considera que, de uma forma geral, as empresas fornecedoras de SIEG não operam em condições normais de mercado. *Vide* Alain ALEXIS, «Services publics et aides d'État: Évolution récente de la jurisprudence», 94.

<sup>168</sup> Marianne Dony afirma que a diferença entre estes dois acórdãos do Tribunal Geral

Pelo contrário, no acórdão *Ferring*<sup>169</sup>, no seguimento de uma questão prejudicial colocada pelo *Tribunal des affaires de sécurité sociale de Créteil* (França), o TJUE reafirmou o seu entendimento no acórdão ADBHU. O caso diz respeito à distribuição de medicamentos por grosso por parte dos grossistas-distribuidores e dos laboratórios. A lei francesa impunha aos grossistas uma obrigação de disporem de um stock mínimo permanente de medicamentos que lhes permitisse abastecer as farmácias do espaço territorial que lhes estava afectado num curto espaço de tempo. Os laboratórios podiam igualmente proceder à distribuição destes produtos às farmácias estando, porém, isentos daquela obrigação. Por isso, em 1997, foi criada uma taxa sobre os laboratórios com o objectivo de por um lado, suprir a desvantagem concorrencial suportada pelos grossistas-distribuidores e, por outro lado, financiar a *Caisse nationale d'assurance maladie*, que seria a beneficiária da receita.

Na opinião dada no âmbito deste caso, o AG Tizzano afirma que os grossistas-distribuidores são responsáveis por um serviço de interesse económico geral, cujo custo, oriundo das obrigações de serviço público, não teriam de suportar na ausência das mesmas<sup>170</sup>.

---

reside no facto de, neste último, não se fazer referência às condições de aplicação do artigo 106.º, n.º 2. Efectivamente, a Comissão foi criticada por ter excluído a qualificação de auxílio de Estado numa fase preliminar da sua análise, e que a complexidade do caso exigia a abertura do processo exigido por aquele artigo. A mesma autora coloca, neste contexto, uma importante questão processual que consiste em saber se a aplicação do artigo 106.º, n.º 2, dispensa a obrigação de suspensão ou recuperação provisória de um auxílio ilegal. Ou seja, as regras dos artigos 107.º e 108.º aplicam-se automaticamente a partir do momento em que as compensações de obrigações de serviço público são consideradas como auxílios de Estado ou, pelo contrário, dever-se-á baixar o nível de exigência processual tendo em conta a importância assumida por estes serviços? Encontramos a resposta no ponto 31 do Ac. de 22/6/2000, República Francesa contra Comissão das Comunidades Europeias, Processo C-332/98, no qual o TJUE estabeleceu que “o objectivo prosseguido pelo n.º 3 do artigo 93.º (actual n.º 3 do artigo 108.º) é impedir a entrada em vigor de auxílios incompatíveis com o Tratado” (parênteses nosso). Daí que “mesmo que o Estado-Membro considere a medida de auxílio compatível com o mercado comum, tal facto não pode autorizá-lo a ignorar as disposições claras do artigo 93.º (actual artigo 108.º) do Tratado” (parênteses nosso). Deste modo, o artigo 108.º, n.º 3, constitui uma obrigação de notificação prévia que implica o efeito suspensivo (ou de “standstill”) para quaisquer auxílios novos. *Vide* Marianne DONY, «Les compensations d'obligations de service public», 118 e 119.

<sup>169</sup> Ac. de 22/11/2001, *Ferring SA* contra *Agence centrale des organismes de sécurité sociale* (ACOSS), Processo C-53/00.

<sup>170</sup> Cf. Conclusões do AG Tizzano de 8/5/2001, In Ac. de 22/11/2001, *Ferring SA* contra *Agence centrale des organismes de sécurité sociale* (ACOSS), pontos 66 e 67. Elogiando a posição do AG Tizzano encontramos Béatrice BOISSARD, «Les compensations de service public consacrées par la Cour de justice des Communautés européennes (Commentaire des affaires *Altmark Trans*, *Gemo* et *Enirisorse*)», 1180. A autora afirma que a abordagem escolhida pelo Advogado-Geral tem a “originalidade” de pôr as compensações



Em suma, o AG considera que se a compensação não exceder o necessário para cobrir os custos suplementares causados pela prossecução das obrigações de serviço público, o auxílio não vai ser abrangido pelo artigo 107.º, n.º 1, e, como tal, não será necessária a notificação prévia à Comissão, conservando esta a capacidade de declarar ilegal as sobrecompensações uma vez que estas não se encontram abrangidas pelo artigo 106.º, n.º 2.

O Tribunal entendeu que o facto de haver a imposição de determinadas obrigações aos grossistas-distribuidores era decisivo para escapar ao princípio de incompatibilidade postulado pelo artigo 107.º, n.º 1. Caso essas obrigações não existissem, a vantagem conferida pelo Estado não estaria contrabalançada com nenhuma desvantagem, pelo que o auxílio se presumiria incompatível.

Na verdade, o TJUE não só considera como mera compensação a isenção fiscal concedida aos grossistas-distribuidores, como entende que, no caso de a quantidade da isenção não exceder os custos adicionais as empresas em causa não usufruirão de nenhuma vantagem real, na medida em que o único efeito será o de restaurar a igualdade competitiva entre os grossistas-distribuidores e os laboratórios<sup>171</sup>.

### 3.1.1. Críticas ao acórdão Ferring

#### 3.1.1.1. Crítica do AG Léger

O AG Léger criticou o acórdão Ferring nas suas primeiras conclusões no acórdão Altmark. Com efeito, Léger entende que o TJUE não deveria aplicar Ferring uma vez que a interpretação feita nesse acórdão era “susceptível de alterar a estrutura e a economia das disposições do

---

de serviço público na perspectiva social, ou seja, o Estado não agiria como um “predador de empresas privadas”, dado que estas nunca levariam a cabo tarefas tendo o interesse geral como desígnio exclusivo, mas como um agente neutro tendo sempre a Comissão que controlar a efectiva manutenção dessa imparcialidade e neutralidade.

<sup>171</sup> Cf. Ac. de 22/11/2001, Ferring SA contra Agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS), ponto 27. Apoiando este acórdão encontramos Vassilios KARAYANIS, «Le service universel de télécommunications en droit communautaire: entre intervention publique et concurrence», 361; *vide* ainda José Antonio MIGUEZ, «La financiación de los servicios públicos y la noción de ayuda de estado», 953. Este autor entende que, apesar de o TJUE não ter tido a consciência exacta das consequências práticas, Ferring coaduna-se perfeitamente com a jurisprudência em matéria de auxílios de Estado. Além disso, tem o mérito de endereçar dois problemas essenciais: (i) se tais compensações constituem auxílios na acepção do artigo 107.º, n.º 1, e (ii) qual seria o alcance do artigo 106.º, n.º 2. Na verdade, a obrigação imposta sobre os grossistas-distribuidores implica um custo adicional que estes não teriam, em condições normais, que suportar sendo, pois, a compensação não mais que uma contrapartida pelas prestações realizadas.

Tratado em matéria de auxílios de Estado<sup>172</sup>”, apresentando, para esse efeito, quatro argumentos.

*Primus*, após afirmar que as disposições do Tratado em matéria de auxílios de Estado têm uma estrutura precisa, o AG sustenta que em Ferring o TJUE confundiu a questão da caracterização da medida como auxílio de Estado e a questão da sua justificação. Na verdade, ao considerar que a isenção fiscal era susceptível de ser considerada um auxílio de Estado nos termos do artigo 107.º, n.º 1, para depois excluir essa qualificação em virtude das obrigações específicas de serviço público impostas aos grossistas-distribuidores, o TJUE não teve em conta que o conceito de auxílio de Estado, sendo objectivo, não distingue as intervenções estatais segundo as suas causas ou objectivos mas segundo os seus efeitos. Pelo que, aquando da qualificação de uma medida como auxílio de Estado, ter-se-á que ter em conta unicamente a questão da atribuição, ou não, de um benefício a uma ou mais empresas. As causas ou objectivos poderão ser tidos em conta apenas ao nível da justificação de tal medida, à luz das disposições derogatórias do Tratado<sup>173</sup>.

*Secundus*, Léger entende que Ferring pode privar o artigo 106.º, n.º 2, de grande parte do seu efeito útil uma vez que (i) na hipótese de a vantagem concedida ser inferior ou igual aos custos adicionais das obrigações de serviço público, ela não será considerada um auxílio de Estado na acepção do artigo 107.º, n.º 1, e (ii) no caso de a vantagem exceder esses custos não vai ser considerada necessária e proporcional para permitir o cumprimento da missão que lhes foi incumbida. Ou seja, na primeira hipótese a medida não é proibida ao passo que na segunda não será considerada compatível uma vez que excede o que é estritamente necessário para a prossecução da missão de interesse público<sup>174</sup>.

---

<sup>172</sup> Cf. Conclusões do AG Léger de 19/3/2002, Ac. de 24/7/2003, Altmark Trans GmbH e Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH contra Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht, ponto 61. Convergindo, Nikolaus LINDNER, «The Impact of the Decision of the European Court of Justice in Ferring on European State Aid Law», 367. Este autor afirma que, de facto, o Ac. Ferring não estabelece uma garantia de controlo suficiente. O artigo 106.º, n.º 2, deve, pois, servir como possível justificação e não deve ser distorcido de forma a precluir a aplicação do artigo 107.º, n.º 1.

<sup>173</sup> Cf. Conclusões do AG Léger de 19/3/2002, pontos 76 a 78. Em concordância, Phedon NICOLAIDES, «The New Frontier in State Aid Control: An Economic Assessment of Measures that Compensate Enterprises», 192.

<sup>174</sup> Cf. Conclusões do AG Léger de 19/3/2002, pontos 81 e 82. *Vide* ainda o ponto 89 em que Léger afirma que o quadro definido pelo Ac. Ferring não é adequado por ser muito flexível (e menos exigente) quando comparado com o artigo 106.º, n.º 2. Neste sentido, *vide* Phedon NICOLAIDES, «The New Frontier in State Aid Control: An Economic Assessment of Measures that Compensate Enterprises», 192.

*Tertius*, também o artigo 93.º e os regulamentos adoptados para a sua execução ficariam privados de utilidade. Com efeito, um dos objectivos desta disposição legal é evitar que as compensações excedam os custos adicionais incorridos em virtude do cumprimento das obrigações de serviço público. O Ac. Ferring torna “inúteis” e até “caducas” as disposições enunciadas<sup>175</sup>.

Por último, Léger advoga que o Ac. Ferring retira as medidas de financiamento dos SIEG da esfera de controlo da Comissão, tanto mais grave dado o papel principal que esta Instituição tem na aplicação das disposições relativas aos auxílios de Estado<sup>176</sup>.

---

Pelo contrário, Marianne Dony considera que os auxílios de Estado e o financiamento de obrigações de serviço público têm, na verdade, diferenças substanciais. Aqueles pretendem estabelecer um apoio financeiro, mediante formas diversas, a um projecto de uma empresa elaborado de acordo com os seus próprios interesses. Ao tomar conhecimento do projecto o Estado poderá decidir suportar certos custos, que em condições normais figurariam no orçamento da empresa, justamente porque o plano delineado não corresponde apenas ao interesse privado mas também, paralelamente, ao interesse geral. Em contraste, no caso do financiamento das obrigações de serviço público é a autoridade pública que define um determinado serviço como sendo de interesse geral, que fixa as suas condições e modalidades, designadamente os seus custos e os meios financeiros de que dispõe para o efeito e que, posteriormente, atribui a uma determinada empresa a responsabilidade de prosseguir essa missão, concedendo-lhe uma remuneração. Por isso, nesta hipótese não se trata de despesas que normalmente apareceriam no orçamento da empresa. O que aqui está em causa é o facto de uma determinada missão de interesse geral ser determinada unilateralmente pelo Estado, não existindo uma coincidência entre o interesse egoísta da empresa e o interesse geral. *Vide* Marianne DONY, *Contrôle des aides d'État*, 157.

Frédéric Louis e Anne Vallery afirmam que, de facto, o mecanismo derogatório previsto no artigo 106.º, n.º 2, está dependente da aplicação de outra disposição do Tratado (o artigo 107.º, n.º 1). Porém, entendem que será difícil de aceitar que uma interpretação adequada do artigo 107.º, n.º 1, esteja dependente de deixar espaço de aplicação para o artigo 106.º, n.º 2. *Vide* Frédéric LOUIS; Anne VALLERY, «Ferring Revisited: the Altmark Case and State Financing of Public Service Obligations», 59.

<sup>175</sup> Cf. Conclusões do AG Léger de 19/3/2002, pontos 83 a 85.

<sup>176</sup> Cf. Conclusões do AG Léger de 19/3/2002, pontos 91 e 92. Este argumento é criticado por Nicolaides. Diz este autor que há muitas medidas públicas que não são controladas pela Comissão, *ng.* medidas regulatórias que não envolvam transferência de recursos do Estado. Por outro lado, a fiscalização pela Comissão não garante que as medidas aprovadas sejam as mais vantajosas, uma vez que o artigo 106.º, n.º 2 nada diz acerca da eficiência das mesmas. Efectivamente, o que Ferring causou foi uma significativa diminuição das medidas que são abrangidas pelo artigo 107.º, n.º 1, mas não prejudicou o controlo da Comissão em relação às restantes. *Vide* Phedon NICOLAIDES, «The New Frontier in State Aid Control: An Economic Assessment of Measures that Compensate Enterprises», 193.

Marianne Dony considera que esta crítica é desprovida de sentido uma vez que, ao contrário do acórdão Ferring, que deixa muito pouco espaço para o controlo das compensações públicas pela Comissão, o acórdão Altmark define estritamente as condições que este tipo de financiamento deve cumprir para escapar à qualificação de auxílio de Estado. Acresce que neste acórdão o TJUE não exclui a possibilidade da utilização do artigo 106.º, n.º 2, o que, à partida, pode ser interpretado como reservando um papel a desempenhar pela Comissão no controlo das compensações. *Vide* Marianne DONY, *Contrôle des aides d'État*, 157.

Por estas razões, o AG Léger pediu ao TJUE para reconsiderar a jurisprudência Ferring, assim aceitando o raciocínio do TG no caso SIC (e FFSA).

### 3.1.1.2. Crítica do AG Jacobs

O AG Jacobs, no Ac. *GEMO*<sup>177</sup>, sugeriu ao TJUE uma solução de compromisso (a tese *quid pro quo*). Sustentando que nem a teoria dos auxílios de Estado nem a teoria compensatória constituem uma solução ideal para todos os casos<sup>178</sup>, sugere que cada uma delas deveria ser aplicada a uma de duas categorias de situações, nas quais todo o tipo de financiamento estatal de obrigações de serviço público deveria ser incluído. A distinção entre as duas categorias basear-se-ia (i) na natureza da conexão entre o financiamento concedido e os deveres de interesse

<sup>177</sup> Ac. de 20/11/2003, *Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie contra GEMO SA*, Processo C-126/01. Neste acórdão, estava em causa a existência de uma taxa sobre as compras de carne impostas aos supermercados, e não aos vendedores de pequena dimensão, com o objectivo de financiar um serviço de recolha e eliminação dos cadáveres de animais e dos desperdícios dos matadouros, fornecido gratuitamente a produtores e aos matadouros. O supermercado queixoso sustentava que este esquema deveria ser considerado um auxílio de Estado ilegal (aos produtores, matadouros e aos vendedores de pequena dimensão) uma vez que não tinha sido previamente notificado à Comissão.

<sup>178</sup> *Vide* as Conclusões do AG Jacobs de 30/4/2002, Ac. de 20/11/2003, *Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie contra GEMO SA*, pontos 115 e 116. Efectivamente, contra a aplicação generalizada da abordagem dos auxílios de Estado, Jacobs afirma que o conceito de auxílio abrange apenas as medidas que confirmam uma vantagem económica e que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, o que acontecerá, por exemplo, se o Estado adquirir bens ou serviços no mercado por um preço superior ao adequado. Segundo o AG não há razão para que esta análise seja diversa no caso do financiamento de serviços de interesse geral. O facto de se exigir a notificação (e a não atribuição imediata do auxílio), poderá causar alguma perturbação no serviço de interesse geral fornecido por empresas privadas.

Contra a aplicação generalizada da abordagem compensatória, o AG Jacobs acolhe quase a totalidade dos argumentos do AG Léger. Com efeito, entende que o artigo 106.º, n.º 2 ficaria privado do seu efeito útil na medida em que no caso de uma compensação não exceder o necessário não haveria auxílio de Estado, e caso fosse excessiva não seria compatível com o artigo citado, não havendo qualquer possibilidade de controlo nem por parte da Comissão nem por parte de um órgão jurisdicional nacional no que diz respeito a: (i) os serviços em causa serem de facto SIEG, (ii) os serviços em causa serem, efectivamente, confiados à empresa em questão e (iii) o financiamento afectar ou não as trocas interestaduais contrariando, assim, os interesses da União Europeia. Jacobs entende também, da mesma forma que o AG do caso *Altmark*, que o artigo 93.º estabelece que as compensações no sector dos transportes são, efectivamente, auxílios de Estado que podem, todavia, ser justificados. Além disso, a generalização da teoria compensatória tornaria menos arriscado para os Estados-Membros não notificarem medidas de financiamento com potencial danoso ou mesmo ocultar certas medidas à fiscalização da Comissão. Por último, uma análise faseada, de acordo com a teoria dos auxílios de Estado, está em maior harmonia com o faseamento que se verifica com as medidas que violam o artigo 106.º, n.º 1, em conjugação com as regras da concorrência ou com as regras da liberdade de circulação.

geral, e (ii) na clareza da definição desses deveres<sup>179</sup>.

Na primeira categoria, que deveria ser analisada segundo a tese compensatória, incluir-se-iam os casos em que as medidas de financiamento são pensadas como contraprestação de obrigações de serviço público claramente definidas, ou seja, tem que haver uma conexão directa e manifesta entre o financiamento estatal e as obrigações de serviço público, *n.g.* as empreitadas de prestação de serviços públicos, adjudicadas através de concurso público<sup>180</sup>.

Pelo contrário, a segunda categoria, que deveria ser analisada segundo a tese auxílios de Estado, diria respeito às situações em que não é evidente, desde o início, que a compensação vise ser uma contraprestação de obrigações de serviço público transparentes, *n.g.* o caso Banco Exterior de España, no qual a lei não estabelecia que a isenção fiscal aos bancos públicos tinha como objectivo a contraprestação da prossecução de obrigações de serviço público, nem as definia correctamente<sup>181</sup>.

Segundo o AG Jacobs esta solução teria várias vantagens. Em primeiro lugar, estaria em linha com a jurisprudência sobre a interpretação do artigo 107.º, n.º 1. Com efeito, o TJUE por inúmeras vezes afirmou que as causas e objectivos da intervenção estatal devem relevar apenas na fase de apreciação de compatibilidade da medida, nos termos do artigo 107.º, n.ºs 2 e 3. Se não for claro e transparente que o financiamento estatal corresponde a obrigações de interesse geral bem definidas, embora muitas destas medidas pudessem ser justificadas com base no artigo 106.º, n.º 2, Jacobs considera que não devem escapar ao controlo da Comissão. Em segundo lugar, dar-se-ia a importância adequada aos SIEG, tal como reconhecido no artigo 16.º TCE (actual 14.º TFUE) e no artigo 36.º da Carta dos Direitos Fundamentais, sem arriscar negligenciar as regras relativas aos auxílios de Estado. Por último facilitar-se-ia a compreensão da jurisprudência do TJUE ao nível do financiamento dos SIEG, que sempre deu relevância ao facto de as compensações constituírem contrapartidas de obrigações impostas e à clareza das mesmas<sup>182</sup>.

Nas suas conclusões no caso *Enirisorse*, a AG Stix-Hackl concordou com o raciocínio do AG Jacobs<sup>183</sup>.

<sup>179</sup> Conclusões do AG Jacobs de 30/4/2002, ponto 118.

<sup>180</sup> Conclusões do AG Jacobs de 30/4/2002, ponto 119.

<sup>181</sup> Conclusões do AG Jacobs de 30/4/2002, ponto 120.

<sup>182</sup> *Ibidem*, ponto 122 a 128. *Vide supra*, parte II, ponto 3.1.

<sup>183</sup> Cf. Conclusões da AG Stix-Hackl de 7/11/2002, Ac. de 27/11/2003, *Enirisorse*

No entanto, na reabertura da fase oral do processo Altmark (originada pelas posições discordantes de Jacobs e Léger), o AG Léger refutou a tese *quid pro quo*. Na sua segunda conclusão, Léger advoga, em perfeita consonância com a primeira, que esta tese não é harmonizável com a jurisprudência do TJUE em matéria de auxílios de Estado na medida em que estes se definem com base nos seus efeitos. A proposta do AG Jacobs acaba por os definir não apenas com base nos efeitos mas em função de parâmetros de natureza formal, exigindo-se, num primeiro momento, a existência de um contrato de serviço público após a realização de um processo de concurso público e, num segundo momento, obrigações de serviço público bem definidas o que, na prática, implica a existência de disposições legislativas, regulamentares ou contratuais que as precisem<sup>184</sup>.

Esta abordagem de compromisso também não garante segurança jurídica suficiente. Com efeito, o conceito de ligação directa e manifesta pode variar segundo as concepções culturais dos diversos Estados-Membros, o que é susceptível de criar alguma confusão e indecisão entre as medidas que devem ou não ser notificadas à Comissão. Esta poderia até já não se encontrar em condições de saber se estaria ou não habilitada a iniciar um processo contra uma medida de financiamento estatal precisamente pelo carácter vago e impreciso do conceito<sup>185</sup>.

Por último, num momento onde se clamava por maior clareza e segurança jurídica no plano da aplicação dos auxílios de Estado<sup>186</sup>, Léger sustenta que a tese desenvolvida por Jacobs não se coaduna com estes objectivos porque exigiria uma apreciação casuística do conceito ligação directa e manifesta<sup>187</sup>.

---

SpA contra Ministero delle Finanze, Processos apensos C-34/01 a C-38/01, pontos 153 a 161. A AG recorda que a ligação directa e manifesta entre o financiamento e as obrigações impostas não se estabelece apenas pela condução de um concurso público. Com efeito, o direito da União Europeia não estabelece nenhum princípio geral que exija a existência de tal procedimento, pelo que pode suceder que os SIEG sejam confiados através de outras formas ao mesmo tempo que asseguram que o Estado pague apenas o necessário. Todavia, não é fácil, diz Stix-Hackl, estabelecer um padrão que afira a proporcionalidade da compensação, uma vez que em condições normais de mercado eles não seriam fornecidos.

<sup>184</sup> Cf. Conclusões do AG Léger de 14/1/2003, Ac. de 24/7/2003, Altmark Trans GmbH e Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH contra Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht, pontos 82 a 84.

<sup>185</sup> Conclusões do AG Léger de 14/1/2003, pontos 85 a 89.

<sup>186</sup> Vide Conclusões da Presidência do Conselho Europeu de Nice de 7, 8 e 9 de Dezembro de 2000, ponto 47; Conclusões da Presidência do Conselho Europeu de Laeken de 14 e 15 de Dezembro de 2001, ponto 26 e Conclusões da Presidência do Conselho Europeu de Barcelona de 15 e 16 de Março de 2002, ponto 42.

<sup>187</sup> Cf. Conclusões do AG Léger de 14/1/2003, Ac. de 24/7/2003, Altmark Trans

### 3.1.1.3. Outras críticas

Referimos *supra* (parte II, ponto 1), que as obrigações de serviço público são impostas a certas empresas de forma a permitir que determinados serviços sejam prestados em condições acessíveis, nomeadamente o seu preço. Deste modo, a compensação que é concedida a determinadas empresas deve servir não só para as compensar por custos adicionais mas também como forma de estimular a oferta. Ainda assim, nem todas as obrigações impostas pelos Governos são compensadas precisamente porque se entende que compete às empresas fornecer determinados bens ou serviços com um mínimo de qualidade e segurança<sup>188</sup>.

O problema é o de as autoridades públicas não saberem previamente nem o que as empresas fariam sem o auxílio de Estado, nem saberem a curva de custos das mesmas. Ou seja, segundo Nicolaides, poder-se-á subsidiar uma determinada empresa por um serviço que ela poderia, voluntariamente, fornecer o que constituirá, obviamente, uma sobre-compensação. No que diz respeito ao Ac. Ferring, o TJUE não se preocupou em saber se os grossistas-distribuidores estariam dispostos a desenvolver o serviço imposto de forma voluntária. Além disso, os laboratórios também se encontravam no mercado de distribuição de medicamentos, apesar de não estarem sujeitos às obrigações dos grossistas. Assim, teria sido sensato procurar saber em que medida os laboratórios estariam dispostos a fornecer o serviço com as obrigações de serviço público<sup>189</sup>.

---

GmbH e Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH contra Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht, pontos 90 a 93.

<sup>188</sup> *Vide* Phedon NICOLAIDES, «The New Frontier in State Aid Control: An Economic Assessment of Measures that Compensate Enterprises», 195. O autor exemplifica com a necessidade de as companhias aéreas terem de utilizar aviões o mais silenciosos possível. Apesar de esta obrigação ser dispendiosa, os custos ou são absorvidos pelas companhias, ou passados para os consumidores, ou pode-se dar o caso de ambas sucederem. Se as companhias aéreas deixassem de voar, então sim poder-se-ia pensar numa compensação. O ponto importante é, diz Nicolaides, o de haver uma situação de redução de oferta.

<sup>189</sup> Neste ponto, acompanhamos Erika SZYSZCZAK, «Financing Services of General Economic Interest», 987; Phedon NICOLAIDES, «Distortive Effects of Compensatory Measures: A Note on the Economics of the Ferring Judgement», 313; Phedon NICOLAIDES, «Competition and Services of General Economic Interest in the EU: Reconciling Economics and Law», 206. Com opinião distinta *vide* Rita-Maria KIRSCHBAUM, «Aspects of the Meaning of Distortion of Competition in State Aid Law in Case of State Measures in the Public Interest», 36. A autora entende que os laboratórios e os grossistas-distribuidores não se encontravam em concorrência entre si, pelo que uma abordagem concorrencial não iria ter o efeito pretendido (assegurar a distribuição de medicamentos).

Tendo em conta estas condições de informação imperfeita e insuficiente, a solução proposta pelo Professor de Maastricht, é a realização de um processo aberto e competitivo, tal como um leilão ou um concurso público, com o intuito de encontrar a(s) empresa(s) que estaria(m) disposta(s) a fornecer o serviço ao subsídio mais baixo (seriam as empresas mais eficientes). Daqui resultaria que as compensações atribuídas na sequência de um procedimento deste género não seriam consideradas auxílios de Estado na acepção do artigo 107.º, n.º 1, uma vez que não conferem uma vantagem ao seu beneficiário. Pelo contrário, compensações que não respeitassem o prévio processo aberto e competitivo teriam de ser consideradas auxílios de Estado, visto que o factor decisivo não seriam as obrigações impostas pelas autoridades mas sim a redução da oferta e a conseqüente necessidade de a aumentar para níveis aceitáveis (aliada, claro está, à falta de informação)<sup>190</sup>.

No caso de uma empresa desenvolver uma actividade comercial e, simultaneamente, fornecer SIEG, um processo aberto e competitivo poderia ainda resolver o problema da imputação de custos fixos comuns ao SIEG. Efectivamente, as empresas poderiam ser tentadas a fazê-lo de modo a obter um nível de compensação superior, ficando, pois, beneficiadas na outra actividade comercial que exercem. Um procedimento aberto e competitivo, visto que visaria assegurar o pagamento do mínimo de compensação, poderia prevenir que isso sucedesse, fazendo com que as empresas comesçassem a imputar os custos fixos comuns à actividade comercial que exercem, e não ao SIEG, de modo a apresentarem uma proposta que necessite de uma compensação mais baixa. Outra das vantagens que decorre de um contrato estabelecido após um processo aberto e competitivo é o facto de o montante da compensação ser fixo. As empresas podem ter lucros superiores no caso de se tornarem mais eficientes e terão, pelo contrário, de suportar o prejuízo, caso se tornem demasiado ineficientes<sup>191</sup>.

---

<sup>190</sup> *Vide* Phedon NICOLAIDES, «Distortive Effects of Compensatory Measures: A Note on the Economics of the Ferring Judgement», 317; Phedon NICOLAIDES, «Competition and Services of General Economic Interest in the EU: Reconciling Economics and Law», 206; Phedon NICOLAIDES, «Compensation for Public Service Obligations: The Floodgates of State Aid?», 566. Convergindo, Nikolaus LINDNER, «The Impact of the Decision of the European Court of Justice in Ferring on European State Aid Law», 368.

Nicolaides chama a atenção para o facto de estes processos abertos e transparentes não serem perfeitos. Com efeito pode suceder, nomeadamente, que os concorrentes se conluiem; sendo o serviço em causa fornecido em rede o seu proprietário pode estar em vantagem, etc. Para desenvolvimentos *vide* Paul KLEMPERER, «What Really Matters in Auction Designs».

<sup>191</sup> *Vide* Erika SZYSZCZAK, «Financing Services of General Economic Interest», 987;



Pode ainda suceder que o fornecedor do SIEG retire vantagens que não podem ser apreciadas em termos puramente financeiros. Pensamos, por exemplo, no facto de, em Ferring, os stocks extra de medicamentos poderem permitir a realização de economias de escala que pode ter como consequência o reforço de uma posição dominante. Por outro lado, a posição de mercado pode ser reforçada pelo facto de os consumidores associarem determinado SIEG aos serviços comerciais desenvolvidos pelo operador, isto é, associarem o serviço de interesse económico geral às qualidades dos produtos de uma marca que pode ser confiada, aumentando, assim, a procura. Estas vantagens devem, evidentemente, ser contabilizadas para efeito do cálculo da compensação, que deve cobrir apenas os custos adicionais que excederem as receitas adicionais provenientes do SIEG<sup>192</sup>.

### 3.1.2. A prática da Comissão após o Acórdão Ferring

Com a inversão jurisprudencial operada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia no acórdão Ferring, a Comissão, uma vez mais, orientou a sua linha de trabalho no sentido dos ventos que vinham do Luxemburgo. Com efeito, Alain Alexis afirmou prontamente que esta Instituição deveria ter em conta as consequências que advinham desse acórdão<sup>193</sup>.

Assim, em decisão<sup>194</sup> relativa a medidas financeiras favoráveis à empresa *Poste Italiene*, a Comissão entendeu que a qualificação das mesmas como auxílios de Estado depende das obrigações de serviço público a que aquela está adstrita. Daí que, somente no caso de o auxílio ser superior ao custo líquido suplementar atinente à prossecução da missão de serviço público é que as medidas seriam consideradas auxílios estatais incompatíveis.

---

Phedon NICOLAIDES, «Compensation for Public Service Obligations: The Floodgates of State Aid?», 315; Phedon NICOLAIDES, «Competition and Services of General Economic Interest in the EU: Reconciling Economics and Law», 206. Este autor afirma que assim se compensaria apenas os custos incrementais, isto é, aqueles custos extra que são necessários para respeitar as obrigações de serviço público.

<sup>192</sup> Vide Alain ALEXIS, «Services publics et aides d'État: Évolution récente de la jurisprudence», 102; Erika SZYSZCZAK, «Financing Services of General Economic Interest», 987 e 988; Phedon NICOLAIDES, «Distortive Effects of Compensatory Measures: A Note on the Economics of the Ferring Judgement», 318.

<sup>193</sup> Vide Alain ALEXIS, «Politique des aides d'État: La Commission contribue à plus de sécurité juridique pour le financement des services d'intérêt économique general», 83.

<sup>194</sup> Cf. Decisão da Comissão de 12/3/2002, relativa aos auxílios estatais que a Itália concedeu a favor da empresa Poste Italiane SpA (antiga Ente Poste italiana), JOUE, L 282, de 19/10/2002, 29.

Ao analisar os custos líquidos suplementares, e embora admita que a *Poste italiene* se encontra em clara vantagem em virtude de ser a única empresa a poder operar no sector, chegou à conclusão de que esse benefício não era suficiente para cobrir os custos adicionais decorrentes do SIEG. Portanto, não sendo a compensação superior aos custos líquidos suplementares, as medidas financeiras não poderiam ser consideradas como auxílios de Estado.

Num outro caso<sup>195</sup>, que diz respeito a determinadas medidas que se destinavam a beneficiar a *Post Office Limited*, a Comissão começa por entender que estas constituem potenciais auxílios de Estado na acepção do artigo 107.º, n.º 1. Todavia, era necessário ter em consideração as obrigações de serviço universal de cobrir toda a área rural do Reino Unido impostas à empresa de correios, e o serviço de interesse económico geral do qual estava incumbida. Tendo em conta que estas obrigações acarretavam custos suplementares para a *Post Office Limited*, custos esses que não tinham que ser suportados por outros retalhistas nem pelos bancos, conclui que a compensação estatal era necessária para viabilizar a actividade desempenhada.

A análise das referidas medidas revelou que estas estavam intrinsecamente ligadas aos custos líquidos adicionais do SIEG e que tinham sido elaboradas de modo a evitar duplas compensações. O mesmo se considerou relativamente às medidas destinadas a compensar a obrigação de serviço universal.

Não constituindo sobrecompensações, todas as medidas foram consideradas como não constituindo auxílios de Estado tal como prevê o artigo 107.º, n.º 1.

Distinta foi a decisão relativamente à *Deutsche Post*<sup>196</sup>. A Comissão começou por citar o acórdão Ferring, afirmando, portanto, que o financiamento dos SIEG pelo Estado só poderia colocar a empresa fornecedora numa situação de vantagem económica na medida em que excedesse os custos adicionais reais decorrentes do cumprimento de obrigações de serviço público, ou seja, quaisquer custos que tivessem

---

<sup>195</sup> Cf. Decisão de 27/5/2003, C (2003) 1652 fin, N 784/2002.

<sup>196</sup> Cf. Decisão da Comissão de 19/6/2002, relativa a medidas adoptadas pela República Federal da Alemanha a favor da Deutsche Post AG, JOUE, L 247, de 14/9/2002, 27. *Vide* também a decisão de 23/7/2003, C (2003) 2508 fin, N 763/02, em que a Comissão entendeu que a compensação ao operador de correios Belga não excedia os custos adicionais e, como tal, não a considerou auxílio de Estado. Esta decisão foi, posteriormente, anulada pelo Tribunal Geral em acórdão de 10/2/2009, Deutsche Post AG e DHL International contra Comissão das Comunidades Europeias, Processo T-388/03.

outra origem não poderiam ser considerados nem compensados.

No caso em apreço, os custos líquidos adicionais que a *Deutsche Post* apresentava eram respeitantes a serviços de encomendas postais porta-a-porta, sector que além de estar aberto à concorrência não fazia parte do conjunto de obrigações legais que foram confiadas, não podendo, assim, esse montante ser considerado para efeitos da compensação estatal por obrigações de serviço público. Acresce que os custos adicionais foram utilizados em benefício de alguns clientes, não podendo advogar-se que a legislação defenda o interesse geral.

### 3.2. Acórdão Altmark: uma abordagem intermédia?

Neste caso o TJUE deparou-se com uma questão prejudicial, colocada pelo *Bundesverwaltungsgericht*. A questão foi suscitada no âmbito de um litígio entre a *Altmark Trans GmbH* e a *Nahverkehrs-gesellschaft Altmark GmbH* no seguimento da concessão à primeira, pelo 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, por exemplo, cobrar sempre a tarifa autorizada e cumprir um horário estipulado.

Na parte essencial perguntava-se 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, ou se, pelo contrário, elas não afectavam as trocas inter-estaduais devido à sua incidência puramente local.

O Tribunal começou por responder que a incidência local do serviço, só por si, não impede que a subvenção possa afectar as trocas comerciais em outros Estados-Membros. Na verdade, o subsídio pode ter o efeito de manter ou aumentar o fornecimento de transportes pela *Altmark Trans*, assim podendo inviabilizar que empresas estabelecidas em outros Estados-Membros possam desenvolver as suas actividades no mercado desse Estado-Membro<sup>197</sup>.

Ainda que a principal preocupação do tribunal alemão fosse a afectação do comércio inter-estadual, o TJUE optou por focar-se num problema distinto (que tanto agitou os seus Advogados-Gerais), ou seja, na compensação concedida a empresas com obrigações de serviço público.

<sup>197</sup> Cf. Ac. de 24/7/2003, *Altmark Trans GmbH e Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH contra Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht* pontos 77 a 81.

O TJUE, citando o Ac. ADBHU, confirmou explicitamente o Ac. Ferring dizendo:

na medida em que uma intervenção estatal deva ser considerada uma compensação que representa a contrapartida das prestações efectuadas pelas empresas beneficiárias para cumprir obrigações de serviço público, de forma que estas empresas não beneficiam, na realidade, de uma vantagem financeira e que, portanto, a referida intervenção não tem por efeito colocar essas empresas numa posição concorrencial mais favorável em relação às empresas que lhes fazem concorrência, essa intervenção não cai sob a alçada do artigo 92.º, n.º 1 (actual artigo 107.º, n.º 1), do Tratado<sup>198</sup>. (parênteses nosso).

No entanto, o Tribunal de Justiça da União Europeia foi sensível às críticas que lhe foram feitas desde o Ac. Ferring, de que a solução vertida neste acórdão, só por si, constitui uma tentação para que os Estados-Membros beneficiem indevidamente algumas empresas, uma vez que não necessitam de notificar as medidas e, portanto, não as sujeitam ao controlo da Comissão. Assim, o Tribunal fez depender a isenção da qualificação de uma medida como auxílio de Estado do preenchimento cumulativo de quatro condições.

Em primeiro lugar, a empresa beneficiária deve efectivamente ser incumbida do cumprimento de obrigações de serviço público e essas obrigações devem estar claramente definidas. No processo principal, o órgão jurisdicional de reenvio deverá, portanto, examinar se as obrigações de serviço público que foram impostas à Altmark Trans resultam claramente da legislação nacional e/ou das licenças em causa no processo principal.

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. Assim, a compensação por um Estado-Membro dos prejuízos sofridos por uma empresa sem que os parâmetros dessa compensação tenham sido previamente estabelecidos, quando se revela *a posteriori* que a exploração de determinados serviços no cumprimento de obrigações de serviço público não foi economicamente viável, constitui uma intervenção financeira abrangida pelo conceito de auxílio estatal na acepção do artigo 92.º, n.º 1 (actual 107.º, n.º 1), do Tratado.

Em terceiro lugar, a compensação não pode ultrapassar o que é necessário para cobrir total ou parcialmente os custos ocasiona-

<sup>198</sup> Cf. Ac. de 24/7/2003, Altmark Trans GmbH e Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH contra Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht, ponto 87.

dos pelo cumprimento das obrigações de serviço público, tendo em conta as receitas obtidas, assim como um lucro razoável pela execução destas obrigações. O respeito dessa condição é indispensável para garantir que não seja concedida à empresa beneficiária qualquer vantagem que falseie ou ameace falsear a concorrência, reforçando a posição concorrencial desta empresa.

Em quarto lugar, quando a escolha da empresa a encarregar do cumprimento de obrigações de serviço público, num caso concreto, não seja efectuada através 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 necessária 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.<sup>199</sup> (parênteses nosso).

O Tribunal não adoptou a proposta apresentada pelo AG, o que, segundo alguns autores, não deixa de ser um manobra arrojada uma vez que raramente o faz<sup>200</sup>. No entanto, também não adoptou a teoria compensatória optando, ao invés, por uma via intermédia, isto é, não adoptou a teoria auxílios de Estado porque diz claramente que as compensações aos SIEG podem não ser consideradas auxílios de Estado (cumpridos certos requisitos) ao passo que, apesar de citar ADBHU e Ferring, não adoptou a teoria compensatória visto que as compensações não ficam automaticamente isentas de aplicação do artigo 107.º, n.º 1<sup>201</sup>. Este acórdão constitui, pois, um avanço em relação a Ferring. Efectivamente, as condições que o Tribunal desenvolve introduzem mais transparência no que ao financiamento dos serviços de interesse económico geral diz respeito, uma vez que pretendem não compensar ineficiências tanto impondo que os parâmetros de compensação sejam definidos *a priori*, como manifestando preferência pela utilização de

<sup>199</sup> Cf. Ac. de 24/7/2003, Altmark Trans GmbH e Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH contra Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht, pontos 89 a 93.

<sup>200</sup> Vide Orla LYNKEY, «The Application of Article 86(2) EC to Measures which Do Not Fulfill the Altmark Criteria; Institutionalising Incoherence in the Legal Framework Governing State Compensation of Public Service Obligations», 159.

<sup>201</sup> Neste sentido, vide José Buendía SIERRA, «Finding the Right Balance: State Aid and Services of General Economic Interest», 198. Sinnaeve considera que o TJUE desenvolveu uma quarta abordagem, baseada na teoria compensatória mas tendo em conta as preocupações daqueles que propugnavam por outras abordagens, introduzindo, para isso, as quatro condições. Vide Adinda SINNAEVE, «State Financing of Public Services: The Court's Dilemma in the Altmark Case», 362.

concurso público aberto e transparente<sup>202</sup>.

Tendo em conta os quatro critérios estabelecidos podemos identificar três tipos de casos em que: (i) a compensação é limitada aos custos adicionais de um operador eficiente; (ii) a compensação não excede os custos adicionais de um fornecedor que não é um operador eficiente e (iii) a compensação excede os custos extra do fornecedor de SIEG. Com efeito, Altmark não considera admissível nem sobrecompensações nem a compensação de ineficiências, pelo que apenas na primeira categoria de casos não estaremos perante um auxílio de Estado.

A controvérsia em volta das compensações públicas não se encerra, todavia, no problema económico, ou seja, em não compensar ineficiências. A questão processual, que está intrinsecamente ligada à caracterização de uma medida como auxílio de Estado, obrigou o Tribunal a empenhar-se no desenvolvimento de critérios que pudessem determinar *ex ante* em que circunstâncias certas medidas não constituem vantagens para os seus beneficiários.

O resultado desse esforço foi a mistura de elementos substantivos (obrigações de serviço público bem definidas; determinação clara e transparente dos parâmetros de compensação e, proporcionalidade da mesma) com elementos processuais (atribuição formal das obrigações de serviço público; parâmetros de compensação estabelecidos previamente, e existência de um concurso público ou uma análise dos custos de uma empresa bem gerida)<sup>203</sup>.

---

<sup>202</sup> Vide Erika SZYSZCZAK, «Financing Services of General Economic Interest», 989 e 990; Phedon NICOLAIDES, «Compensation for Public Service Obligations: The Floodgates of State Aid?», 573.

Andrea Biondi sustenta que Altmark constitui uma abordagem razoável para a conciliação entre as teorias compensatória e auxílios de Estado. O autor afirma mesmo que “é claro que em Altmark – ao contrário de Ferring – o ênfase foi colocado não nas obrigações de serviço público mas sim numa análise económica – ou mesmo matemática – estrita”. Vide Andrea BIONDI, «Justifying State Aid: The Financing of Services of General Economic Interest», 267.

<sup>203</sup> Vide Sandro SANTAMATO, «Advantage in the Context of Services of General Economic Interest under Altmark», 374 e 375; Sandro SANTAMATO, «Compensation for Services of General Economic Interest: Some Thoughts on the Altmark Ruling», 18; René BARENTS, *Directory of EC Case Law on State Aids*, 171.

A Comissão aplicou estes critérios pela primeira vez no domínio da electricidade, aprovando, em 18 de Dezembro de 2003, uma medida com o intuito de promover o investimento em centrais eléctricas na Irlanda de modo a assegurar a segurança no aprovisionamento de electricidade. Sobre este caso vide Brice ALLIBERT; Alicja SIKORA, «La Commission applique pour la première fois la jurisprudence Altmark dans le domaine d'électricité», 83. No sector da energia eléctrica vide ainda a Decisão de 14/6/2010, C(2010) 4146, N675/2009, e o comunicado de imprensa (IP/10/1198) acerca da Decisão de 29/9/2010, N178/2010.

### 3.2.1. Primeiro critério: Obrigações de serviço público claramente definidas

O primeiro critério de Altmark refere-se essencialmente à necessidade de definir e atribuir de modo claro e transparente as obrigações de serviço público desde o início. Significa isto que não poderá haver uma atribuição *a posteriori*, quer seja por um acto unilateral quer seja por contrato. Deste modo, se uma determinada empresa de um Estado-Membro resolver, por si própria, fornecer esses serviços à colectividade deverá suportar os respectivos custos, sem que o Estado os possa compensar<sup>204</sup>.

O TJUE exige igualmente que o acto de atribuição seja elaborado de forma clara, inequívoca e rigorosa, de modo a que dele se possa deduzir com precisão quais as obrigações de serviço público impostas às empresas<sup>205</sup>.

Antes do Ac. Altmark, a Comissão já tinha publicado um documento relativo aos SIEG e auxílios de Estado em que referia a necessidade de o serviço público ser confiado por intermédio de um acto oficial público que podia assumir a forma de um acto legislativo ou regulamentar, um contrato ou um mandato.

Do acto oficial deviam constar a natureza das obrigações de serviço público, as empresas e o território abrangido, a responsabilidade para a fixação e as condições de revisão dos preços, a natureza de qualquer direito exclusivo ou especial atribuído às empresas, a quantidade de compensação concedida e quaisquer cláusulas de revisão, bem como a duração das obrigações. O documento exigia também que a duração deveria ser limitada (preferencialmente por um período de cinco anos) de modo a permitir a existência de concurso público competitivo periodicamente. Além disso, o Estado-Membro teria o dever de fiscalizar com regularidade o cumprimento das obrigações impostas de modo a certificar-se que a compensação permanecia justificada<sup>206</sup>.

---

Sobre a regulação da energia em Portugal *vide* Gonçalo ANASTÁCIO, «Regulação da Energia», 301; Sobre as taxas de regulação do sector eléctrico *vide* Nuno de Oliveira GARCIA; Inês SALEMA, «As taxas de regulação económica no sector da electricidade», 271.

<sup>204</sup> Assim, *vide* Martin NETTESHEIM, «Les services d'intérêt general en droit communautaire entre libre concurrence et état social», 621.

<sup>205</sup> Cf. Ac. de 13/6/2000, EPAC - Empresa para a Agroalimentação e Cereais, SA contra Comissão das Comunidades Europeias, Processos apensos T-204/97 e T-270/97, ponto 125; Ac. de 10/6/2010, Fallimento Traghetti del Mediterraneo SpA contra Presidenza del Consiglio dei Ministri, Processo C-140/09, ponto 41.

<sup>206</sup> Cf. *Non-Paper, Serviços de interesse económico geral e auxílios estatais*, Comissão Europeia, 2002, pontos 62 a 66. Apesar de não ser um documento oficial da Comissão, permite-nos

Por fim, esta condição facilitará a tarefa dos tribunais nacionais quando estes forem confrontados com o assunto das compensações públicas, uma vez que assim que o autor da acção consiga demonstrar que as obrigações de serviço público não foram suficientemente bem definidas, cabe ao réu (empresa fornecedora de SIEG/autoridades nacionais) provar o contrário<sup>207</sup>.

### 3.2.2. Segundo critério: Determinação prévia dos parâmetros de compensação

A segunda condição visa atingir os mesmos objectivos que a primeira. O facto de os parâmetros de compensação terem de ser calculados *a priori*, de forma transparente e objectiva, inviabiliza a intervenção *a posteriori* do Estado de forma a cobrir todos os prejuízos decorrentes do SIEG<sup>208</sup>. Com efeito, a compensação *ex post* eliminaria qualquer tipo de incentivo à eficiência uma vez que quaisquer perdas seriam, posteriormente, cobertas com fundos públicos sendo, pois, indiferente a quantidade de prejuízo apresentado<sup>209</sup>.

---

ter uma percepção mais exacta do que o Tribunal quis dizer com este primeiro critério.

Na jurisprudência, já vinha sendo exigido um acto oficial de atribuição para efeito da aplicação do artigo 106.º, n.º 2. *Vide* Ac. de 27/3/1974, Belgische Radio en Televisie v SV SABAM and NV Fonior, Processo 127-73, ponto 20; Ac. de 11/4/1989, Ahmed Saeed Flugreisen e Silver Line Reisebuero GmbH contra Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V., Processo 66/86, ponto 55.

<sup>207</sup> *Vide* Noel TRAVERS, «Public service obligations and state aid: Is all really clear after Altmark?», 390.

<sup>208</sup> Na Decisão da Comissão de 24/4/2007, C(2007) 1675 def, no caso N 265/2006, a Comissão examinou a modificação dos parâmetros para a compensação do serviço público de transporte marítimo entre a Sicília e outras pequenas ilhas. Uma vez que a alteração aconteceu depois da conclusão do contrato de serviço público e sem o conhecimento dessa possibilidade por todos os participantes no concurso público para a atribuição do serviço, a Comissão concluiu que o segundo critério exigido por Altmark não estava preenchido e, consequentemente, a medida ter-se-ia que reputar de auxílio de Estado (pontos 39 e 40).

Noel Travers entende que mesmo com a determinação prévia dos parâmetros de compensação, pode dar-se o caso de haver sobrecompensações se o método utilizado não for o adequado. *Vide* Noel TRAVERS, «Public service obligations and state aid: Is all really clear after Altmark?», 391.

<sup>209</sup> Neste ponto, seguimos Sandro SANTAMATO, «Advantage in the Context of Services of General Economic Interest under Altmark», 375; Martin NETTESHEIM, «Les services d'intérêt general en droit communautaire entre libre concurrence et état social», 622; Andrea BIONDI; Luca RUBINI, «Aims, Effects and Justifications: EC State Aid Law and Its Impact on National Social Policies», 95.

Marianne Dony sustenta que mesmo no caso de haver total transparência na definição dos parâmetros de compensação a ausência de vantagem não é evidente, nomeadamente se os custos forem sobreavaliados. Neste sentido, a autora entende que a transparência é um meio de controlo e não uma norma material. *Vide* Marianne DONY, *Contrôle des aides d'État*, 159.



Para escapar à qualificação de auxílio de Estado, não é necessário pré-determinar o montante exacto de compensação a ser concedida, mas os parâmetros segundo os quais esta vai ser calculada devem ser rigorosos e precisos, o que confere alguma margem de manobra ao operador. Do mesmo modo, o estabelecimento desses parâmetros também confere alguma margem para a autoridade pública.

No Ac. *BUPA*<sup>210</sup> o TG afirmou que a segunda condição Altmark não inviabiliza que o legislador nacional deixe uma margem de apreciação para determinar a compensação dos custos decorrentes do fornecimento do SIEG. O TG adianta também que é precisamente pelo facto de o cálculo da compensação estar sujeito a um controlo rigoroso por parte das instituições da União, que se exigem parâmetros objectivos e transparentes para que, desta forma, elas possam estar em condições de verificar a ausência de um recurso abusivo ao conceito de SIEG<sup>211</sup>.

Alain Alexis afirma que não consegue entender como é que uma empresa forneceria um serviço sem saber previamente os parâmetros segundo os quais a compensação, que lhe vai ser atribuída, vai ser calculada<sup>212</sup>. De facto, a empresa estaria em situação insegura quanto ao montante compensatório. No entanto, como já tivemos oportunidade de explicar, a prática dos Estados era a de compensar todo e qualquer défice que tivesse origem no fornecimento de SIEG. Logo, o fornecedor estaria, paradoxalmente, bastante tranquilo com os seus custos uma vez que toda a ineficiência iria ser compensada com fundos públicos. Daí que será sempre do interesse do Estado (e, em certa medida, da empresa fornecedora, visto que sabe aquilo com que pode contar)

---

*Vide* ainda Andreas BARTOSCH, «Clarification or confusion? How to reconcile the ECJ's rulings in Altmark and Chronopost?», 385. Este autor advoga que esta condição pode ser entendida como mais restrita que o artigo 106.º, n.º 2, uma vez que obriga os Estados-Membros a realizar um controlo *ex ante* da compensação, podendo, mais tarde *vg.* em virtude de uma queixa de um concorrente, diferir do controlo realizado pela Comissão. Contra este raciocínio, afirmando que esta leitura seria ir demasiado longe, *vide* Frédéric LOUIS; Anne VALLERY, «Ferring Revisited: the Altmark Case and State Financing of Public Service Obligations», 70, nota de rodapé 43.

<sup>210</sup> Ac. de 12/2/2008, British United Provident Association Ltd (BUPA) contra Comissão das Comunidades Europeias, Processo T-289/03.

<sup>211</sup> Cf. Ac. de 12/2/2008, British United Provident Association Ltd (BUPA) contra Comissão das Comunidades Europeias, ponto 214. Sandro Santamato afirma que a transparência dos parâmetros facilitará as queixas por parte dos concorrentes, em caso de sobrecompensação. *Vide* Sandro SANTAMATO, «Advantage in the Context of Services of General Economic Interest under Altmark», 376.

<sup>212</sup> *Vide* Alain ALEXIS, «L'arrêt Altmark du 24 juillet 2003: La Cour de justice précise les conditions de financement des services d'intérêt économique general», 4.

a fixação prévia de parâmetros de modo a controlar melhor o modo de funcionamento das empresas compensadas, nomeadamente a sua eficiência<sup>213</sup>.

Alexis entende ainda que embora o TJUE não imponha a fixação do montante exacto da compensação, a sua determinação prévia deveria ser encorajada, visto que contribuiria para aumentar a transparência das relações entre o Estado e as empresas que fornecem SIEG. Porém, em certos casos poderia não ser possível prever a evolução dos custos e das receitas do serviço de interesse económico geral, pelo que a quantia exacta de compensação não seria aferida com precisão. Nestas situações, a definição de parâmetros de cálculo permitiria resolver esta dificuldade<sup>214</sup>.

Outros autores são bastante críticos em relação a este critério, uma vez que não teve em devida conta determinadas circunstâncias que podem ocorrer, e que originem o não cumprimento dos critérios Altmark. Com efeito, pode suceder que as autoridades públicas não tenham calculado devidamente os custos, e tenham, consequentemente, definido erradamente os parâmetros de cálculo da compensação, ou pode ocorrer uma crise ou emergência que torne os ditos parâmetros completamente desadequados<sup>215</sup>.

### 3.2.3. Terceiro critério: Proporcionalidade

O terceiro critério Altmark (que corresponde no essencial ao teste de proporcionalidade que encontramos no artigo 106.º, n.º 2), clarifica o que significa proporcionalidade no âmbito do artigo 107.º, n.º 1, aceitando que a compensação pelas obrigações de serviço público contenha o elemento do lucro<sup>216</sup>.

<sup>213</sup> *Ibidem*, 5.

<sup>214</sup> *Idem*.

<sup>215</sup> *Vide* João Nuno Calvão da SILVA, *Mercado e Estado – Serviços de Interesse Económico Geral*, 238, nota de rodapé 671; Marianne DONY, *Contrôle des aides d'État*, 159. Martin Nettesheim entende que em caso de alteração das circunstâncias, as partes devem iniciar negociações de forma a estipular novos valores/parâmetros para o futuro, não tendo, todavia, efeito retroactivo. *Vide* Martin NETTESHEIM, «Les services d'intérêt general en droit communautaire entre libre concurrence et état social», 622. Erika Szyszczak é muito crítica uma vez que no caso de suceder alguma das situações referidas os critérios Altmark não apresentam qualquer tipo de flexibilidade, podendo pôr-se o problema do sub-financiamento dos SIEG. *Vide* Erika SZYSZCZAK, «Financing Services of General Economic Interest», 991 e 992.

<sup>216</sup> O AG Lenz refere que “as indemnizações não devem ultrapassar os custos anuais não cobertos e efectivamente constatados das empresas, tendo em conta um benefício razoável”. *Vide* Conclusões de 22/11/1984, *Recueil*, 2 (1985) 534. *Vide* ainda os acórdãos de 30/3/2006, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti Srl contra Giuseppe Calafiori*, ponto 66, e de 17/7/2008, *Essent Netwerk Noord BV contra Aluminium Delfzijl BV e outros*,

O que se visa atingir é a ausência de sobrecompensações, isto é, o Tribunal faz depender a ausência da qualificação de auxílio de Estado, da existência de uma compensação que corresponda no máximo ao total dos custos adicionais ocasionados pela prossecução da missão de serviço público, compreendendo o lucro razoável. Se assim não fosse, perturbar-se-ia a estrutura de custos do mercado em causa, permitir-se-ia a realização de ganhos injustificados para as empresas, ou mesmo a possibilidade haver subvenções cruzadas<sup>217</sup>.

O TJUE entende, pois, que esta condição é absolutamente fulcral para evitar a existência de vantagens económicas para as empresas fornecedoras de SIEG.

3.2.4. Quarto critério: Procedimento de concurso público e análise dos custos de uma empresa média e bem gerida

#### 3.2.4.1. Procedimento de concurso público

Como foi descrito *supra* (parte II, ponto 3.1), o problema da sobrecompensação era abordado tendo em conta exclusivamente a estrutura de custos das empresas contratantes, isto é, a contrapartida que era estabelecida não poderia ultrapassar os custos motivados pelo SIEG. Deste ponto de vista, a questão da eficiência não desempenhava nenhum papel podendo o Estado contratar com qualquer empresa, ainda que ineficiente. É evidente que esta prática lesava sobremaneira o Estado, por um lado, porque pagaria mais sem necessidade, e a concorrência, por outro, uma vez que prejudicaria as empresas mais eficientes.

Assim, o TJUE entendeu introduzir, como elemento fundamental para que a compensação pública escape ao controlo dos auxílios esta-

---

Processo C-206/06, ponto 84.

Marianne Dony afirma que esta interpretação poderia ser retirada já aquando do acórdão Corbeau, uma vez que o TJUE refere que as missões de serviço público devem ser cumpridas em condições economicamente aceitáveis. *Vide* Marianne DONY, *Le contrôle des aides d'État*, 160.

<sup>217</sup> Assim, *vide* Martin NETTESHEIM, «Les services d'intérêt general en droit communautaire entre libre concurrence et état social», 623; Alain ALEXIS, «L'arrêt Altmark du 24 juillet 2003: La Cour de justice précise les conditions de financement des services d'intérêt économique general», 5.

Louis e Vallery lamentam o facto de o Tribunal não ter especificado que os custos a ter em conta são os custos líquidos, isto é, tem que se ter em conta todas as receitas, directas e indirectas (como benefícios obtidos pela notoriedade do nome ou pela utilização da rede), geradas pelo serviço público. Estas autoras sugeriam também que o conceito de lucro razoável fosse mais densificado, uma vez que é muito vago. *Vide* Frédéric LOUIS; Anne VALLERY, «Ferring Revisited: the Altmark Case and Sate Financing of Public Service Obligations», 70.

tais, um critério de eficiência que refere a necessidade de um processo de contratação pública<sup>218</sup> que permita seleccionar o candidato em condições de fornecer o SIEG ao menor custo para a colectividade.

A fórmula desenvolvida pelo Tribunal coloca, desde logo, a questão de saber de que procedimento de contratação nos estamos a referir. As Directivas sobre contratação pública identificam quatro tipos de procedimentos: concurso público, concurso limitado, negociação, e diálogo concorrencial (artigo 1.º n.º 11 da Directiva 2004/18/CE<sup>219</sup>), e dois tipos de critérios de adjudicação<sup>220</sup>: a proposta economicamente mais vantajosa, ou unicamente o preço mais baixo (artigo 53.º n.º 1 da Directiva 2004/18/CE<sup>221</sup>).

Colocam-se algumas dúvidas em saber se qualquer um dos procedimentos é idóneo a preencher o quarto critério Altmark. Com efeito, todos eles apresentam graus distintos de abertura, e os critérios de adjudicação deixam às autoridades públicas margens de apreciação distintas.

Uma interpretação ampla deste critério, que compreendesse, por um lado, todos os procedimentos de contratação pública que se conformem com o Direito da União Europeia, e uma noção de menor custo para a colectividade que coincidissem com a melhor oferta em termos de preço, por outro, pode ser defendida<sup>222</sup>. Na verdade, as referidas Directivas reconhecem que em determinadas circunstâncias pode ser apropriado, ou mesmo inevitável, o recurso a procedimentos restritos ou negociados, estando as autoridades públicas sempre vinculadas a princípios de transparência, não-discriminação, e igualdade de tratamento<sup>223</sup>.

---

<sup>218</sup> Dizemos contratação pública, e não concurso público, uma vez que é essa a tradução adequada da versão inglesa onde se lê “public procurement”. Porém, na versão portuguesa aparece “concurso público”.

<sup>219</sup> 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; *vide* 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.

Estes procedimentos foram transpostos para o direito português, estando hoje previstos no artigo 16.º do Código dos Contratos Públicos, apenas adicionando a possibilidade do ajuste directo. Para uma definição de cada tipo de procedimento *vide* Margarida CABRAL, «Procedimentos clássicos no Código dos Contratos Públicos».

<sup>220</sup> Sobre os critérios de adjudicação *vide* Christopher BOVIS, «Public Procurement in the European Union: Lessons from the Past and Insights to the Future», 69.

<sup>221</sup> Transposto no artigo 77.º do Código dos Contratos Públicos.

<sup>222</sup> *Vide* Sandro SANTAMATO, «Advantage in the Context of Services of General Economic Interest under Altmark», 378.

<sup>223</sup> Louis e Vallery defendem que é obvio que o Tribunal se refere não só a qualquer

Porém, o concurso público parece ser o que melhor se coaduna com a *ratio* da defesa da eficiência que Altmark propugna (devendo ser incentivado sempre que possível), sendo o procedimento que, em regra, permite aferir qual a proposta ao menor custo. O procedimento deve ser efectivamente aberto e competitivo, isto é, não deve ser aplicado de maneira formalística, de modo a não subverter a lógica inerente ao critério<sup>224</sup>.

---

tipo de procedimento previsto nas Directivas mas também a qualquer tipo de procedimento desde que se pautar por abertura, transparência e incondicionalidade na aceitação de propostas. *Vide* Frédéric LOUIS e Anne VALLERY, «Ferring Revisited: the Altmark Case and State Financing of Public Service Obligations», 70. Neste sentido, *vide* Ulrich SCHNELLE, «Bidding Procedures in EC State Aid Surveillance over Public Services After Altmark Trans», 412.

<sup>224</sup> *Vide* Martin HEIDENHAIN, coord., *European State Aid Law*, 527.

Jeremy Bulow e Paul Klemperer concluem que o valor da negociação é muito reduzido relativamente ao valor de ter mais concorrência. No seu estudo os autores demonstram que o leilão inglês (caracterizado pela subida contínua das propostas até que sobre apenas um concorrente) apresenta vantagens em relação à teoria do leilão óptimo (em que o vendedor é tratado como um monopolista, estabelecendo um preço mínimo de modo a maximizar o lucro expectável). Isto sucede porque um leilão competitivo com  $N + 1$  concorrentes dará mais retorno do que seria expectável em comparação com a exploração da posição de monopólio com  $N$  concorrentes, se o vendedor puder contar com o aparecimento de mais um concorrente sério. Evidentemente que isto pode não suceder, mas, por outro lado, também é muito improvável que existam condições óptimas de negociação em que, por exemplo, os compradores não tenham qualquer poder de negociar. *Vide* Jeremy BULOW; Paul KLEMPERER, «Auctions versus Negotiations».

José Buendía Sierra entende que a Comissão interpretou correctamente as palavras do TJUE ao aplicar o quarto critério de forma restrita, isto é, o procedimento de escolha deve ser efectivamente competitivo. O procedimento de negociação não satisfará, naturalmente, este critério. *Vide* José Buendía SIERRA, «Finding the Right Balance: State Aid and Services of General Economic Interest», 199; Neste sentido, *vide* Mustafa KARAYIGIT, «Under the Triangle Rules of Competition, State Aid and Public Procurement: Public Undertakings Entrusted with the Operation of Services of General Economic Interest», *ECLR*, 561; Nóra TOSICS; Norbert GAÁL, «Public Procurement and State Aid Control – The Issue of Economic Advantage», 16; *Services of General Economic Interest, Opinion Prepared by the State Aid Group of EAGCP*, 6.

O TJUE, em Ac. de 21/7/2005, Consorzio Aziende Metano (Coname) contra Comune di Cingia de' Botti, Processo C-231/03, afirma, apesar do julgamento não se referir directamente ao financiamento de SIEG, que uma adjudicação de concessão tem que cumprir as exigências de transparência. Isto não implica a realização de um concurso público mas tem que se permitir que uma empresa situada noutra Estado-Membro possa ter acesso às informações da concessão antes de ser adjudicada de forma a, se assim entender, manifestar o seu interesse.

Na decisão de 20/4/2005, C(2005) 1157 fin, no caso N 355/2004, a Comissão não excluiu a existência de vantagem económica no caso de um procedimento negociado, uma vez que as autoridades públicas actuaram de forma a conservar algum poder discricionário, nomeadamente por não terem determinado critérios de selecção *ex ante*. Esclarecedora parece ser a decisão da Comissão de 16/12/2003, C(2003) 4488 fin, no caso N 475/2003, pontos 61 e 62, em que o concurso público consistia em duas fases, ambas com critérios prévios, transparentes e objectivos, não havendo qualquer margem de apreciação nem de negociação por parte da autoridade pública.

Para Paul Bennett, o concurso público poderá trazer algumas vantagens. Com efeito, em relação aos monopólios naturais poder-se-á evitar ineficiências, visto que será preciso voltar a contratar assim que cada contrato chegue ao seu termo<sup>225</sup>. Deste modo, havendo concorrência *ex ante* assegura-se a concorrência para o mercado (em oposição à concorrência no mercado). Por outro lado, a segunda vantagem é a de que termina com a ineficiência do sector público, imune ao rigor do sector privado. Assim, incentiva-se as empresas públicas a serem mais eficientes, a inovar, e a realizarem controlos de qualidade. Por último, pode suceder que a empresa, em busca de maiores lucros, diversifique a sua oferta para os clientes<sup>226</sup>.

Ainda assim, em termos económicos, o concurso público pode não conduzir a que a proposta vencedora seja a economicamente mais vantajosa. No caso de um SIEG fornecido em rede, a empresa que detém a sua propriedade estaria em grande vantagem no âmbito de um concurso, a não ser que os concorrentes a ela tenham livre acesso. A empresa em vantagem pode, por isso, fazer uma proposta com um valor imediatamente abaixo da proposta mais competitiva que pode ser suportada pelos seus concorrentes. Isto quer dizer que o concurso público pode não conduzir a que a proposta vencedora seja a do concorrente mais eficiente, mas tão-só a melhor oferta no mercado<sup>227</sup>.

A Comissão parece ter seguido este entendimento num caso de obrigações de serviço público para gerar energia eléctrica na Irlanda, em que afirmou que tinha que analisar as características do concurso, de modo a aferir em que medida este seria susceptível de apurar o concorrente que forneceria o serviço ao menor custo<sup>228</sup>.

Nos casos em que haja problemas de definição da qualidade do serviço, pode até ser preferível negociar padrões de qualidade directamente com os concorrentes, em vez de realizar um concurso público, uma vez que este pode constituir um incentivo para que os concorrentes

---

<sup>225</sup> Há autores, porém, que se mostram cépticos no que diz respeito à utilização periódica do concurso público, uma vez que isso seria incompatível com a exigência de continuidade do serviço público. Neste sentido *vide* Julien De BEYS e Christophe DUBOIS, «Le financement des services publics et le controle des aides d'État», 90.

<sup>226</sup> *Vide* Paul BENNETT, «Competing for the Island Lifeline: European Law, State Aid and Regional Public Services», 958 e 959.

<sup>227</sup> *Vide* Sandro SANTAMATO, «Compensation for Services of General Economic Interest: Some Thoughts on the Altmark Ruling», 19; Sandro SANTAMATO, «Advantage in the Context of Services of General Economic Interest under Altmark», 379.

<sup>228</sup> Decisão da Comissão de 16/12/2003, C(2003) 4488 fin, no caso N 475/2003, ponto 57.

compitam unicamente em relação ao preço. Se houver a preocupação de os concorrentes se terem conluiado, mesmo na presença de concurso público será desejável que se faça uma avaliação posterior dos seus custos e lucros<sup>229</sup>.

Por estas razões, somos da opinião que não se deveria elevar a exigência do concurso público a requisito fundamental de não qualificação de uma medida como auxílio de Estado. Com efeito, podemos conjecturar casos em que haja sobrecompensação com a realização de concurso público e, pelo contrário, situações em que, ainda com ausência deste, o montante concedido seja proporcional. Apesar de esta hipótese ser uma construção teórica, o cerne da questão é o de que não nos parece que um falha processual leve necessariamente a um defeito substancial e vice-versa (ou seja, o facto de se utilizar concurso público não significa que não haja defeito substancial)<sup>230</sup>.

Pensamos, pois, que será preferível voltar à prática da Comissão numa fase inicial, ou seja, se tiver havido a realização de um concurso público será provável que a medida seja considerada compatível com o mercado interno. Caso contrário, ela não será imediatamente incompatível, mas será sujeita a uma exigente análise. Lamentamos, pois, que o TJUE não tenha sequer definido qual o procedimento de contratação pública ideal, sendo certo que o concurso público deveria ser, em regra, o preferido. Em todo o caso, a compensação deve conter uma margem razoável de lucro, que será aquela que é normal e expectável no sector de actividade em causa<sup>231</sup>.

<sup>229</sup> *Vide Services of General Economic Interest, Opinion Prepared by the State Aid Group of EAGCP*, 7. Para os riscos do concurso público em relação aos serviços regionais *vide* Paul BENNETT, «Competing for the Island Lifeline: European Law, State Aid and Regional Public Services», 959 a 964.

<sup>230</sup> Acompanhamos Sandro SANTAMATO, «Advantage in the Context of Services of General Economic Interest under Altmark», 386. Tony Prosser mostra-se particularmente crítico. Este autor afirma que a experiência inglesa no domínio do governo local e no sector dos transportes causa-lhe reservas quanto a apoiar um procedimento competitivo para a atribuição de missões de serviço público, uma vez que tal procedimento afecta os valores essenciais de confiança e cooperação, que devem pautar o fornecimento do serviço público, substituindo-os por relações conflituais. Nesta medida, Prosser sustenta que seria melhor manter a alocação administrativa das tarefas de serviço público, criando uma entidade reguladora independente para escrutinar continuamente as decisões administrativas. *Vide* Tony PROSSER, «Competition Law and Public Services: From Single Market to Citizenship Rights?», 562.

<sup>231</sup> Cf. Decisão da Comissão de 16/12/2003, N 475/2003, ponto 54. A Comissão teve em conta a estrutura do mercado em causa. Tendo a presença de muitos concorrentes a Comissão pressupôs que estes baixassem o montante de compensação a requisitar, ao mesmo tempo que considerou que as margens de lucro fossem mais baixas.

No que diz respeito aos critérios de adjudicação diferentes do preço, a autoridade pública mantém-se na obrigação de escolher a melhor proposta em termos de valor monetário. A jurisprudência do TJUE admite o uso de critérios qualitativos para a conclusão de contratos públicos, pelo que o controlo dos auxílios de Estado não se deve confiar à procura do preço mais baixo, atentando também na remuneração pela qualidade.

Com efeito, o critério da oferta economicamente mais vantajosa permitiu ao Tribunal relacionar considerações económicas do concurso público com escolhas políticas<sup>232</sup>. Apesar de o Tribunal dar bastante importância à parte económica para regular os contratos públicos sectoriais, reconhece uma relativa discricionariedade às autoridades públicas para definirem critérios não económicos. Considerações do âmbito da política social, em particular da tentativa de redução do desemprego a longo prazo, podem fazer parte dos critérios de adjudicação, desde que seja escolhido o critério da oferta economicamente mais vantajosa. O que está vedado às autoridades públicas é desqualificarem um candidato com base em considerações não económicas, uma vez que estas devem valer apenas para a fase de adjudicação. Além disso, é necessário que haja uma indicação das condições exigidas no anúncio do concurso<sup>233</sup>.

Da mesma forma, considerações de continuidade das relações de trabalho, independentemente de uma mudança de proprietário, podem ser incluídas nos critérios de adjudicação. É necessário, porém, informar os concorrentes de forma apropriada, de modo a que possam apresentar a proposta tendo em consideração esse factor<sup>234</sup>.

Por fim, no caso *Concordia*<sup>235</sup>, o TJUE considerou que critérios ecológicos podem integrar a fase da adjudicação. Para isso, é preciso preencher determinados requisitos: (i) é preciso que esses critérios estejam

---

<sup>232</sup> *Vide* Christopher BOVIS, «Recent Case Law Relating to Public Procurement: A Beacon for the Integration of Public Markets», 1050.

<sup>233</sup> Cf. Ac. de 20/9/1988, Gebroeders Beentjes BV contra Estado dos Países Baixos, Processo 31/87, pontos 34 a 36. No mesmo sentido *vide* Ac. de 26/9/2000, Comissão das Comunidades Europeias contra República Francesa, Processo C-225/98, em que o Tribunal considerou compatível uma condição de adjudicação de um contrato que tinha a ver com um projecto local de combate ao desemprego.

<sup>234</sup> Cf. Ac. de 25/1/2001, Oy Liikenne Ab contra Pekka Liskojärvi e Pentti Juntunen, Processo C-172/99, pontos 21 a 23; *Vide* também Christopher BOVIS, «Recent Case Law Relating to Public Procurement: A Beacon for the Integration of Public Markets», 1054.

<sup>235</sup> Ac. de 17/9/2002, Concordia Bus Finland Oy Ab contra Helsingin kaupunki e HKL-Bussiliikenne, Processo C-513/99.



relacionados com o objecto do concurso, (ii) é necessário que não confirmem à autoridade pública uma margem de apreciação irrestrita, (iii) têm que estar expressamente mencionadas nos documentos contratuais ou no anúncio do concurso, e (iv) têm que obedecer aos princípios fundamentais do Direito da União Europeia, nomeadamente o da não-discriminação<sup>236</sup>.

Em suma, o TJUE não impôs a utilização do concurso público, preferindo deixar transparecer a sua preferência em relação à utilização deste procedimento. Em princípio, nada obriga os Estados-Membros a realizarem um concurso público para confiar um SIEG. No recente acórdão *SIC*<sup>237</sup>, a empresa portuguesa contestou a atribuição do serviço público de televisão à RTP, uma vez que esta foi efectuada sem recurso a concurso público, o que, na opinião da SIC precludia a aplicação do artigo 106.º, n.º 2. O Tribunal Geral considerou que nem a jurisprudência, nem o artigo 106.º, n.º 2, contêm uma obrigação que faça depender a aplicação deste a existência de concurso<sup>238</sup>.

#### 3.2.4.2 Análise dos custos de uma empresa média e bem gerida

Como alternativa ao procedimento de contratação pública, as autoridades públicas podem determinar o nível de compensação através da análise de custos de uma empresa média, bem gerida e equipada para efectuar o serviço. Este critério subsidiário já foi criticado precisamente por introduzir um padrão de referência demasiado orientado por uma lógica puramente comercial, que pode não estar em total harmonia com a especificidade própria das empresas que fornecem serviços de interesse económico geral<sup>239</sup>.

O TJUE não especifica a natureza da análise a efectuar, mas temos alguns exemplos da prática da Comissão. No caso *Dorsal*<sup>240</sup>, a Comis-

<sup>236</sup> Cf. Ac. de 17/9/2002, *Concordia Bus Finland Oy Ab contra Helsingin kaupunki e HKL-Bussiliikenne*, pontos 59 a 63; *Vide* também Pablo CHARRO, «Case C-513/99, *Concordia Bus Finland Oy Ab v. Helsingin kaupunki and HKL-Bussiliikenne*, Judgment of the Full Court of 17 September 2002», 179; Christopher BOVIS, «Recent Case Law Relating to Public Procurement: A Beacon for the Integration of Public Markets», 1055.

<sup>237</sup> Ac. de 26/6/2008, *SIC – Sociedade Independente de Comunicação, SA contra Comissão das Comunidades Europeias*, Processo T-442/03.

<sup>238</sup> Cf. Ac. de 26/6/2008, *SIC – Sociedade Independente de Comunicação, SA contra Comissão das Comunidades Europeias*, Processo T-442/03, ponto 145; *Vide* também Ac. de 15/6/2005, *Fred Olsen, SA contra Comissão das Comunidades Europeias*, Processo T-17/02, ponto 239; Berend DRIJBER; Hélène STERGIU, «Public Procurement Law and Internal Market Law», 829.

<sup>239</sup> *Vide* Marianne DONY, *Contrôle des aides d'État*, 161.

<sup>240</sup> Decisão da Comissão de 3/5/2005, C(2005) 1170 fin, N 382/2004.

são considerou que o procedimento de negociação realizado pelas autoridades públicas não era suficiente para satisfazer o quarto critério Altmark. No entanto, a existência de uma análise prévia e detalhada acerca das necessidades e dos custos expectáveis do serviço sugeria que a compensação não excedia os custos de uma empresa média, bem gerida e equipada. Esta análise, aliada ao facto de se ter efectuado uma fase de negociações, levou a Comissão a concluir que tinha sido escolhido o candidato capaz de fornecer o serviço em condições mais favoráveis<sup>241</sup>.

Um caso bastante interessante em que a Comissão considerou o auxílio compatível mesmo sem realizar uma análise detalhada dos custos de uma empresa média, é o caso Tarifas Eléctricas da Eslovénia. Além de a compensação não conter nenhum elemento de lucro, a Comissão sublinha que a empresa já se tinha reestruturado à altura da transição económica da Eslovénia, nomeadamente encerrando algumas unidades antigas, menos eficientes e reduzindo o pessoal<sup>242</sup>.

A Comissão considerou também, no caso Intermediación Aérea, que a segunda parte do quarto critério só deve ser aplicada subsidiariamente, ou seja, deve ser aplicada “apenas quando não existe obrigação de selecção com base num concurso e não quando a obrigação existe mas não foi respeitada.”<sup>243</sup>.

Apesar desta decisão ser clara e precisa, o TJUE criou alguma confusão no acórdão Coname<sup>244</sup>. Não há dúvidas de que o caso Intermediación Aérea se aplica quando exista legislação comunitária a exigir a organização de um concurso público. O problema surge quando é a legislação nacional que impõe a obrigação de realizar um concurso público mas, não obstante, as autoridades regionais ou locais optam por adjudicar o contrato de concessão através de ajuste directo, respeitando o requisito de transparência de Coname. Annalisa Renzulli considera que a segunda parte do quarto critério deveria ser aplicável<sup>245</sup>.

<sup>241</sup> Cf. Decisão da Comissão de 3/5/2005, pontos 66 a 79.

<sup>242</sup> Cf. Decisão da Comissão de 24/4/2007, C 7/2005, COM (2007) 1181 final, pontos 115 e 116.

<sup>243</sup> Cf. Decisão da Comissão de 20/10/2004, relativa ao regime de auxílios aplicado pelo Reino de Espanha em favor da companhia aérea Intermediación Aérea SL, JOUE, L 110, de 30/4/2005, 56.

<sup>244</sup> Ac. de 21/7/2005, Consorzio Aziende Metano (Coname) contra Comune di Cingia de' Botti, Processo C-231/03.

<sup>245</sup> *Vide* Annalisa RENZULLI, «Services of General Economic Interest: The Post-Altmark Scenario», 413.

No que concerne ao não preenchimento deste critério, há quem se questione quais serão as suas consequências se a compensação não ultrapassar os custos reais da empresa encarregada do SIEG, e qual o montante a ser restituído<sup>246</sup>.

Por nossa parte, diremos que o auxílio de Estado deve ser considerado ilegal somente na parte que excede o custo de referência de uma empresa média e bem gerida, sendo, apenas, essa parcela sujeita a notificação à Comissão para controlo. Assim se garante que esta possa analisar a parte do auxílio que ameaça verdadeiramente a concorrência.

### 3.3. Acórdão Chronopost

O acórdão *Chronopost*<sup>247</sup> representa um importante complemento ao acórdão *Altmark*. 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* (daqui para a frente *Chronopost*), era susceptível de constituir um auxílio de Estado nos termos do artigo 107.º, n.º 1, ainda que esta tivesse pago todos os custos que essa assistência gerou.

O TG considerou que, mesmo na hipótese 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*, em virtude de ser a única entidade pública a actuar num sector reservado, poderia ter fornecido a assistência a um custo inferior ao de uma empresa privada que não detenha esses mesmos direitos. Precisamente por isso, e por a sua subsidiária operar num mercado aberto à concorrência, não se pode excluir a existência de um auxílio de Estado. Daí que a Comissão devesse ter examinado, no mínimo, 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 reservado<sup>248</sup>, anulando a parte da

<sup>246</sup> Vide Marianne DONY, *Contrôle des aides d'État*, 161. A questão é também suscitada por Julien De BEYS; Christophe DUBOIS, «Le financement des services publics et le contrôle des aides d'État», 91.

<sup>247</sup> Ac. de 3/7/2003, *Chronopost SA* e outros, Processos apensos C-83/01 P, C-93/01 P e C-94/01 P.

<sup>248</sup> Cf. Ac. de 14/12/2000, *Union française de l'express (Ufex), DHL International, Federal express international (France)* e *CRIE* contra Comissão das Comunidades Europeias, Processo T-613/97, pontos 74 e 75.

decisão da Comissão que propugnava pela não existência de auxílio<sup>249</sup>.

Todavia, o TJUE teve uma opinião diferente, considerando que a La Poste estava encarregada de um serviço de interesse económico geral, que consistia em assegurar a recolha, o transporte e a distribuição do correio em benefício de todos os utentes, em todo o território francês, mediante tarifas uniformes e condições de qualidade homogêneas, e que, para tal, teve de realizar um importante investimento em infra-estruturas e meios (rede postal) que lhe permitissem a prossecução desses objectivos<sup>250</sup>.

Assim, o Tribunal de Justiça considerou que, em face das características do serviço e da rede, a sua constituição e manutenção não se encontram numa lógica comercial, não sendo uma rede de mercado e, portanto, nunca teria sido constituída por uma empresa privada. Além disso, uma vez que a rede não tem paralelo no mercado, e não sendo possível comparar a situação da *La Poste* com a de um operador privado que não opere num sector reservado, o mercado deve ser apreciado segundo elementos objectivos, *vg.* os custos suportados pela própria empresa pública. Acresce que o acesso à rede nunca foi solicitado por qualquer dos concorrentes<sup>251</sup>.

Deste modo, o TJUE conclui que “a existência de um auxílio de Estado a favor da SFMI-Chronopost pode ser excluído se, por um lado, se comprovar que a contrapartida exigida cobre devidamente todos os custos variáveis suplementares ocasionados pelo fornecimento de assistência logística e comercial, uma contribuição adequada aos custos fixos consecutivos à utilização da rede postal e uma remuneração apropriada dos capitais próprios, na medida em que sejam afectados à actividade concorrencial da SFMI-Chronopost, e se, por outro lado, nenhum indício levar a pensar que esses elementos foram subestimados ou fixados de modo arbitrário”<sup>252</sup>.

---

<sup>249</sup> Cf. Decisão da Comissão de 1/10/1997 relativa aos auxílios que a França teria concedido à SFMI-Chronopost, JOUE, L 164, de 9/6/1998, 37.

<sup>250</sup> Cf. Decisão da Comissão de 1/10/1997, pontos 34 e 35.

<sup>251</sup> Cf. Decisão da Comissão de 1/10/1997, pontos 36 e 39.

<sup>252</sup> Cf. Decisão da Comissão de 1/10/1997, pontos 40. Este entendimento foi confirmado no Ac. de 1/7/2008, Chronopost SA e La Poste contra Union française de l'express (UFEX) e outros, Processos apensos C-341/06 e C-342/06. Para uma análise *vide* Peter VESTERDORF, «Joined Cases C-341/06 P & C-342/06 P, Chronopost SA and La Poste v. Union française de l'express (UFEX) and Others, Judgement of the Court (Grand chamber) of 1 July 2008, n<sup>o</sup>», 1305.

No primeiro acórdão o TJUE seguiu as conclusões do AG Tizzano, segundo o qual a criação e manutenção da rede postal pública não é justificada numa lógica de mercado

Se compararmos o acórdão *Altmark* com o *Chronopost*, chegamos à conclusão que, à primeira vista, eles estão nos antípodas um do outro<sup>253</sup>. Com efeito, enquanto que naquele se pretende estimular a concorrência através da utilização de um procedimento de contratação pública ou, ao invés, através da comparação com uma empresa média e bem gerida, neste último o TJUE nega a comparação da rede postal de serviço universal com outras redes postas à disposição por operadores privados.

Neste contexto, Bartosch apresenta uma forma de distinguir e reconciliar estes dois acórdãos, sustentando que não existe nenhum conflito efectivo entre ambos, uma vez que *Altmark* serve essencialmente para estabelecer um quadro geral, segundo o qual a compensação pela prossecução de obrigações de serviço público não é considerada auxílio de Estado, em que a empresa *Altmark* tinha concorrência para o fornecimento do serviço. Em *Chronopost*, pelo contrário, havia apenas um operador a fornecer o serviço pelo que não havia mercado para ele. Desta forma, segundo o autor, este acórdão demonstra uma das limitações que a aplicação do quadro geral apresenta nos casos em que não existe mercado para o serviço em causa e, em consequência, nenhum operador ser adequado para efectuar uma comparação, podendo ambos os julgamentos ser interpretados como *lex generalis* e *lex specialis*, atendendo à estrutura do mercado<sup>254</sup>.

### 3.4. Papel do artigo 106.º, n.º 2

Em todos os casos em que as condições *Altmark* não forem preenchidas, o financiamento estatal das obrigações de serviço público será, muito provavelmente, estando os restantes requisitos satisfeitos,

---

uma vez que o objectivo é a prossecução do serviço postal universal, ou seja, em condições normais de mercado não é racional investir-se numa rede deste género com o intuito único de fornecer a terceiros ou a empresas filiais a assistência logística. Nestes termos, a concessão de um auxílio de Estado pode ser excluída se a contrapartida por parte da *Chronopost* cobrir todos os custos suplementares, fixos e variáveis, suportados pela *La Poste*, e uma parte adequada dos custos fixos resultantes da manutenção da rede postal pública (custos comuns incorridos quer com a assistência prestada quer com o fornecimento do serviço universal). *Vide* Conclusões do AG Tizzano, Ac. de 1/7/2008, *Chronopost SA e La Poste* contra *Union française de l'express (UFEX)* e outros, pontos 46 a 63.

<sup>253</sup> Sinnaeve afirma mesmo que a quarta condição *Altmark* deve ser alterada de modo a englobar o Ac. *Chronopost*. *Vide* Adinda SINNAEVE, «State Financing of Public Services: The Court's Dilemma in the *Altmark* Case», 358.

<sup>254</sup> *Vide* Andreas BARTOSCH, «Clarification or confusion? How to reconcile the ECJ's rulings in *Altmark* and *Chronopost*?», 385 e 386. *Vide* também Erika SZYSZCZAK, «Financing services of general economic interest», 991; Thomas MÜLLER, «Efficiency Control in State Aid and the Power of Member States to Define SGEIs», 41.

abrangido pelo artigo 107.º, n.º 1. O artigo 106.º, n.º 2, contém uma derrogação<sup>255</sup> para as empresas encarregadas da gestão de SIEG. Um dos argumentos do AG Léger contra a teoria compensatória (*supra*, parte II, ponto 3.1.1.1.) era o de que esta retiraria o efeito útil deste artigo.

Três requisitos têm que ser preenchidos para que o artigo 106.º, n.º 2, se aplique: (i) o serviço em questão deve ser um SIEG claramente definido, (ii) a empresa em causa deve ter sido confiada expressamente pelo Estado-Membro, e (iii) a aplicação das regras dos Tratados em matéria de concorrência deve obstruir o desempenho de determinadas tarefas atribuídas à empresa, não devendo a isenção de tais regras afectar o desenvolvimento do comércio numa medida contrária aos interesses da União (teste de proporcionalidade).

Como dissemos, há casos em que a compensação não excede os custos adicionais de um fornecedor que não é um operador eficiente. Estes casos não satisfazem, naturalmente, o quarto critério mas podem ser considerados compatíveis com o mercado interno. Ou seja, Altmark reserva, à partida, um papel a desempenhar pelo artigo 106.º, n.º 2<sup>256</sup>. Em contraste com Ferring, em que apenas se previam duas categorias extremas (ou ausência de auxílio de Estado ou auxílio incompatível), os juízes do Luxemburgo tiveram a percepção de que, desta forma, poderiam endereçar a crítica do AG.

Se compararmos, constatamos que o primeiro e terceiro critérios Alt-

<sup>255</sup> Ou, nas palavras de Julio Baquero Cruz, uma regra binária que não pretende ser nem uma justificação nem uma excepção, mas sim uma regra que estabelece as condições de aplicação ou não aplicação do Tratado em situações relativas aos SIEG. *Vide* Julio Baquero Cruz, «Beyond Competition: Services of General Interest and European Community Law», 176.

<sup>256</sup> Todavia, Martin Nettesheim refere que há autores que defendem a exclusividade dos critérios Altmark no que concerne às compensações. Vale por dizer que a sua inobservância condenaria todos estes auxílios a serem considerados contrários ao direito da União Europeia sem que seja possível aplicar a derrogação prevista nos artigos 107.º, n.ºs 2 e 3, e 106.º, n.º 2. *Vide* Martin NETTESHEIM, «Les services d'intérêt general en droit communautaire entre libre concurrence et état social», 625. Neste sentido *vide* os argumentos da recorrente em relação à interpretação do Ac. Altmark no Ac. de 11/3/2009, Télévision française 1 SA (TF1) contra Comissão das Comunidades Europeias, Processo T-354/05, ponto 118, em que sustenta que a Comissão cometeu um erro de direito ao analisar se uma medida estatal de compensação dos custos do serviço público podia justificar-se a título do artigo 106.º, n.º 2, quando ela própria afirmou que a medida não preenchia as condições Altmark.

Pelo contrário, há autores que advogam que a derrogação prevista no artigo 106.º, n.º 2, se aplica unicamente nos casos em que somente a quarta condição Altmark não é cumprida. Louis e Vallery interrogam-se se o artigo 106.º, n.º 2, pode ser aplicado se falhar o quarto critério Altmark, parecendo inclinarem-se para resposta positiva. *Vide* Frédéric LOUIS; Anne VALLERY, «Ferring Revisited: the Altmark Case and State Financing of Public Service Obligations», 73.

mark coincidem com os do artigo 106.º, n.º 2: empresas encarregadas de um serviço de interesse económico geral e proporcionalidade<sup>257 258</sup>. Neste sentido, a posição da Comissão tem sido a de aplicar a derrogação ainda que o segundo e quarto critérios não estejam preenchidos, uma vez que, se os restantes não estiverem, as medidas não podem, em regra, beneficiar da derrogação<sup>259</sup>.

A prática da Comissão pós-Altmark revela ainda que esta adiciona um novo critério aos enunciados: a existência de uma entidade encarregada de controlar o bom fornecimento do serviço<sup>260</sup>.

<sup>257</sup> Sobre a dupla aplicação destes critérios por parte da Comissão *vide* Barbara RAPP-JUNG, «State Financing of Public Services – The Commission’s New Approach: Is Altmark the Rule or the Exception?», 205.

<sup>258</sup> Sobre o teste de proporcionalidade *vide* Ivan DRAGANIC, «State Aid or Compensation for Extra Costs: Tuning the Test of Proportionality in EC Competition Law», 683.

<sup>259</sup> *Vide* a decisão da Comissão de 22/3/2006, no caso E 14/2005, em que a Comissão considerou que as compensações públicas pagas à RTP não satisfaziam os terceiro e quarto critérios Altmark. No entanto, mediante certos compromissos do Estado Português, a Comissão considerou-as compatíveis com o mercado interno com base no artigo 106.º, n.º 2; Nas decisões de 27/2/2008, nos casos E 4/2005 e E 8/2006, a Comissão considerou que o artigo 106.º, n.º 2, não se aplicava uma vez que as obrigações de serviço público não estavam claramente definidas nem o esquema de financiamento garantia que não existisse sobrecompensação, propondo, assim, condições aos Estados-Membros de modo a aplicar a derrogação. Em 2/4/2008, no caso C 13/2008, a Comissão decidiu abrir um processo contra o Reino Unido por haver risco de sobrecompensação no financiamento ao “Channel 4”.

A este respeito, uma das críticas que é apontada por Orla Lynskey é o facto de o artigo 107.º, n.º 1, já atingir o objectivo da derrogação do artigo 106.º, n.º 2 (a aplicação das regras dos Tratados não impossibilitarem o fornecimento de SIEG) pelo que, na prática, esta solução leva a que se apliquem as duas regras duplamente. *Vide* Orla Lynskey, «The application of article 86(2) EC to measures which do not fulfil the Altmark criteria; Institutionalising incoherence in the legal Framework governing state compensation of public service obligations», 160. Vassilios Karayannis afirma que a razão de ser do artigo 106.º, n.º 2, é a de que certa medida seja contrária às regras da concorrência, pelo que a sua intervenção milita em favor da defesa e restabelecimento dessas regras. No caso das compensações públicas partir-se-ia do princípio que elas não falseiam a concorrência uma vez que visam, precisamente, restabelecer a situação concorrencial da empresa que tem que cumprir com as obrigações que lhe são impostas. Daí que seja incoerente a aplicação do artigo 106.º, n.º 2, nestes casos em que, manifestamente, não estamos na presença de um auxílio de Estado. *Vide* Vassilios KARAYANNIS, «Le service universel de télécommunications en droit communautaire: entre intervention publique et concurrence», 361.

<sup>260</sup> *Vide* Annalisa RENZULLI, «Services of General Economic Interest: The Post-Altmark Scenario», 415. Todavia, a autora tem dúvidas acerca da utilização deste critério fora do sector específico das telecomunicações, no qual foi elaborada. *Vide* também a Decisão da Comissão de 15/10/2003, sobre as medidas executadas pela Itália a favor da RAI SpA, JOUE, L 119, de 23/4/2004, 1; Decisão da Comissão de 10/12/2004, relativa aos auxílios estatais aplicados pela França a favor da France 2 e da France 3, JOUE, L 361, de 8/12/2004, 21.

Para uma análise da regulação das telecomunicações *vide* Alexandre Dias PEREIRA, «Contratos de telecomunicações: aspectos jurídico-contratuais da regulação e telecomunicações», 49.

Por outro lado, a Comissão introduziu um requisito semelhante ao da eficiência no que diz respeito ao nível de receitas proveniente do cumprimento das obrigações de serviço público. Em primeiro lugar, considera que apenas os custos líquidos podem ser compensados. Em segundo lugar, calcula todas as receitas directas e indirectas de modo a que o ónus efectivo possa ser aferido.

No caso *TV2/Danmark*<sup>261</sup>, a Comissão considerou que a compensação não deve ultrapassar os custos líquidos, devendo para isso ter em conta as receitas directas e indirectas resultantes do SIEG. Além disso, o organismo de radiodifusão de serviço público não pode diminuir os preços da publicidade ou de outras actividades de serviço não público, de forma a reduzir as receitas das concorrentes e a não recuperar os custos autónomos que um operador comercial eficiente numa situação semelhante teria de recuperar<sup>262</sup>.

Esta situação não permite, no entanto, retirar a conclusão de que a Comissão recorre, sempre que possível, ao princípio do investidor privado. Pelo contrário, a Comissão opta por prestar especial atenção às circunstâncias do mercado em cada momento. Ainda em relação ao caso *TV2/Danmark*, quando a Comissão teve que apurar se a *TvDanmark* era um operador eficiente, teve que recorrer ao mercado europeu, em detrimento do mercado dinamarquês, porque este não se apresentava como apropriado para efectuar tal análise, visto que os operadores dinamarqueses não se encontravam em situação similar (*v.g.* dimensão e estrutura de custos). Deste modo, a Comissão comparou a despesa em publicidade com os restantes países da UE, em particular com os países escandinavos<sup>263</sup>.

#### 3.4.1. Conferir efeito directo ao artigo 106.º, n.º 2º

O artigo 108.º, n.º 3, impõe uma obrigação de notificação de todos

<sup>261</sup> Decisão da Comissão de 19/5/2004, relativa aos auxílios estatais concedidos pela Dinamarca à *TV2/Danmark*, JOUE, L 85, de 23/3/2006, 1. Esta decisão foi anulada pelo TG, no Ac. de 27/10/2008, *TV2/Danmark A/S* contra Comissão das Comunidades Europeias, Processos apensos T-309/04, T-317/04, T-329/04 e T-336/04, com base em fundamentação insuficiente por parte da Comissão de que a medida constituiria um auxílio de Estado (ponto 167).

Para uma análise à casuística recente da Comissão em relação ao serviço de radiodifusão *vide* Frands MORTENSEN, «Altmark, Article 86(2) and Public Service Broadcasting», 239.

<sup>262</sup> Cf. Decisão da Comissão de 19/5/2004, pontos 101 e 102. Fora deste caso específico, a Comissão aplica o teste de proporcionalidade normal. *Vide* Annalisa RENZULLI, «Services of General Economic Interest: The Post-Altmark Scenario», 416.

<sup>263</sup> Cf. Decisão da Comissão de 19/5/2004, pontos 135 e 136.



os auxílios concedidos pelos Estados, com a respectiva obrigação de não execução de tais medidas. Uma questão que nos parece ter grande relevo é a de saber em que medida pode o artigo 106.º, n.º 2, ter efeito directo, isto é, ser directamente aplicável pelos tribunais nacionais. A resposta é negativa. Há muito que o TJUE se pronunciou em relação a esta matéria. No Ac. *Muller*<sup>264</sup>, o Tribunal considerou que o artigo 106.º, n.º 2, não cria direitos individuais que os tribunais nacionais devam proteger. Para tal, entendeu que este artigo compreende uma avaliação das tarefas particulares que foram confiadas às empresas e a protecção dos interesses da comunidade, a ser desempenhada pela Comissão<sup>265</sup>. Também no caso Banco Exterior de España o TJUE entendeu que a Comissão tem o poder de declarar incompatíveis os auxílios de Estado, e que esse poder se estende às empresas referidas no artigo 106.º, n.º 2<sup>266</sup>.

O AG Léger, citando este acórdão, entende que os órgãos jurisdicionais nacionais não têm competência para aplicar o artigo 106.º, n.º 2, na área dos auxílios de Estado, sendo esse poder um exclusivo da Comissão<sup>267</sup>.

Orla Lynskey considera que a jurisprudência relativa aos artigos 101.º e 102.º, autorizando a aplicação do artigo 106.º, n.º 2, neste domínio confirma a opinião de Léger, uma vez que não revoga nem sequer faz referência ao Ac. Muller, o que parece indicar que este acórdão ainda é considerado como válido<sup>268</sup>. No entanto, para a autora o argumento mais forte está no facto de o Ac. Altmark apenas permitir que as autoridades nacionais se pronunciem em relação à qualificação da medida como auxílio de Estado, o que indica que o poder de apreciar a compatibilidade do auxílio permanece com a Comissão. Caso

<sup>264</sup> Ac. de 14/7/1971, Ministère public luxembourgeois contra Madeleine Muller, Veuve J.P. Hein e outros, Processo 10/71.

<sup>265</sup> Cf. Ac. de 14/7/1971, Ministère public luxembourgeois contra Madeleine Muller, Veuve J.P. Hein e outros, pontos 12 a 16.

<sup>266</sup> Cf. Ac. de 15/3/1994, *Banco de Crédito Industrial SA, actualmente Banco Exterior de España SA contra Ayuntamiento de València*, pontos 16 e 17.

<sup>267</sup> Vide as Conclusões do AG Léger de 14/1/2003, Ac. de 24/7/2003, *Altmark Trans GmbH e Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH contra Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht*, ponto 56. Neste sentido, Marianne Dony afirma que somente a abordagem compensatória permite que os Estados-Membros escapem à obrigação de notificação. Vide Marianne DONY, «Les compensations d'obligations de service public», 121.

<sup>268</sup> A este respeito vide o Ac. de 18/6/1991, *Elliniki Radiophonia Tiléorassi AE e Panellinia Omospondia Syllogon Prossopikou contra Dimotiki Etairia Pliroforissis, Sotirios Kouvelas, Nicolaos Avdellas e outros*, Processo C-260/89; Na doutrina, vide José Buendia SIERRA, *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law: Article 86 (Former Article 90) of the EC Treaty*, 288.

contrário, gerar-se-ia um clima de insegurança jurídica, uma vez que se correria o risco de as regras dos auxílios de Estado começarem a ser aplicadas de forma inconsistente, gerando discrepâncias de avaliação<sup>269</sup>.

Por outro lado, há quem entenda que o artigo 106.º, n.º 2, deva ter efeito directo, em sede dos auxílios de Estado, pelo facto de ele não só se referir às regras da concorrência (entre as quais se incluem as regras relativas aos auxílios de Estado), como pelo facto de não ser coerente haver efeito directo para a derrogação das regras relativas aos artigos 101.º e 102.º, e não suceder o mesmo em relação aos artigos 107.º, n.º 1, e 108.º, n.º 3<sup>270</sup>.

A Comissão tem estado sempre muito céptica em relação a este tema, já que, em seu entender, não se pode confiar nos Estados-Membros para efectuarem uma fiscalização eficaz a si próprios. Contudo, como nos diz Nicolaides, esta foi a atitude que a Comissão adoptou antes de decidir implementar o Regulamento n.º 1/2003<sup>271</sup>, que veio confiar às autoridades nacionais o poder de executar as regras *anti-trust*, muito embora sujeitas a um controlo por parte da Comissão para prevenir falhas de implementação e interpretação.

Por outro lado, a criação de Autoridades nacionais de controlo dos auxílios de Estado, com poderes semelhantes aos da Comissão e com um elevado escrutínio por parte desta, pelos países que aderiram à União Europeia a 1 de Maio de 2004<sup>272</sup>, na fase prévia à adesão, provou ser um grande sucesso<sup>273</sup>. Este autor pugna, por isso, por uma descentralização parcial, em moldes semelhantes aos já efectuados com

<sup>269</sup> Vide Orla LYNKEY, «The Application of Article 86(2) EC to Measures which Do Not Fulfill the Altmark Criteria; Institutionalising Incoherence in the Legal Framework Governing State Compensation of Public Service Obligations», 164; Annalisa RENZULLI, «Services of General Economic Interest: The Post-Altmark Scenario», 428.

<sup>270</sup> Assim, vide Frédéric LOUIS; Anne VALLERY, «Ferring Revisited: the Altmark Case and State Financing of Public Service Obligations», 74; Kelyn BACON, *European Community Law of State Aid*, 129. O AG Tizzano também se mostra a favor. Considera mesmo que no caso de preenchimento do artigo 106.º, n.º 2, os auxílios são *de iure* compatíveis não sendo necessária uma autorização da Comissão, tendo natureza meramente declarativa uma posterior decisão de compatibilidade com base neste artigo. Vide Conclusões do AG Tizzano de 8/5/2001, Ac. de 22/11/2001, Ferring SA contra Agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS), Processo C-53/00, pontos 78 a 84.

<sup>271</sup> Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho de 16 de Dezembro de 2002 relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado, JOUE, L 1, de 4/1/2003, 1.

<sup>272</sup> Foram 11 novos aderentes: Bulgária, Chipre, República Checa, Estónia, Hungria, Lituânia, Letónia, Polónia, Roménia, Eslovénia e República Eslovaca.

<sup>273</sup> Vide Phedon NICOLAIDES, «Decentralised State Aid Control in an Enlarged European Union: Feasible, Necessary or Both?», 264.

a Rede Europeia da Concorrência, ou seja, em que as Autoridades da Concorrência de cada país estão obrigadas a manter a Comissão informada sobre qualquer aplicação dos artigos 101.º e 102.º (artigo 11.º do Regulamento n.º 1/2003), não podendo tomar decisões que sejam contrárias aquelas já adoptadas pela Comissão (artigo 16.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003)<sup>274</sup>, será a via mais razoável, uma vez que as Autoridades da Concorrência estarão em boa posição de aconselhar a Comissão no que diz respeito à economia do seu país, desde que sejam totalmente independentes<sup>275</sup>.

A este respeito, a *Office of Fair Trading*, autoridade da concorrência do Reino Unido, propôs à Comissão que esta deveria manter um papel central no controlo dos auxílios de Estado, de forma a aplicar estas regras de maneira consistente. Porém, entendeu que se deveria proceder a algumas mudanças institucionais, devendo as autoridades nacionais da concorrência prestar assistência à Comissão, dando o seu parecer independente antes da notificação ser efectuada, de modo a que esta tenha em conta, aquando da sua decisão, o parecer daquela. As autoridades nacionais da concorrência poderiam inclusivamente providenciar assistência aos concedentes dos auxílios de modo a que estes os pudessem, eventualmente, modificar antes da notificação à Comissão de maneira a identificar formas menos nefastas do auxílio para a concorrência e, assim, reduzir o risco de uma potencial decisão negativa<sup>276</sup>.

<sup>274</sup> Vide igualmente a *Comunicação da Comissão sobre a cooperação no âmbito da rede de autoridades de concorrência*, JOUE, C 101, de 27/4/2004, 43, pontos 43 a 49.

<sup>275</sup> Vide Phedon NICOLAIDES, «Decentralised State Aid Control in an Enlarged European Union: Feasible, Necessary or Both?», 270 a 274.

A independência das autoridades da concorrência em relação aos Governos deve ser total, ou seja, à independência orgânica (através de regras de composição e de garantias estatutárias) e funcional (não recebem ordens e instruções nem estão sujeitas a qualquer poder hierárquico ou de tutela) deve juntar-se a independência financeira (capacidade de gerar as receitas necessárias ao seu funcionamento). Sobre as características das autoridades reguladoras independentes vide João Nuno Calvão da SILVA, *Mercado e Estado – Serviços de Interesse Económico Geral*, 184 a 188. O autor afirma que, no entanto, a autonomia financeira é muitas vezes difícil de atingir, tendo de se recorrer, frequentemente, ao Orçamento de Estado. Pedro Gonçalves entende que a administração desgovernamentalizada converteu-se num novo sector da administração indirecta do Estado, não devendo a designação de autoridades reguladoras *independentes* ser entendido como total independência destas em relação ao Governo. Efectivamente, este mantém a capacidade de actuar disciplinarmente sobre os administradores daquelas, além de poder intervir no plano financeiro e patrimonial. Vide Pedro GONÇALVES, «Direito Administrativo da Regulação», 548 e 549.

<sup>276</sup> Vide Office of Fair Trading, *European State Aid Control*, 2005. Em sentido semelhante parece seguir a Dinamarca. Com efeito, o Governo deste país implementou, em 2006, um sistema de avaliação prévia de todas as iniciativas governamentais envolvendo despesa pública, de modo a verificar previamente a sua compatibilidade com as regras dos

Parece-nos óbvio que a Comissão deve continuar a ter um papel importante no seu controlo, nomeadamente por ter um conhecimento profundo da matéria, mais imparcialidade, e para que certas decisões, que podem incluir alguma arbitrariedade (*v.g.* a fronteira da afectação das trocas inter-estaduais; definir se o auxílio é do interesse da União Europeia), sejam feitas de modo uniforme. Todavia, com as exigências da realidade da União Europeia (são notificados à Comissão, em média, desde o ano 2000, mais de 750 casos de auxílios estatais por ano<sup>277</sup>), o sistema centralizado não parece servir os interesses da União.

À luz do exposto, temos dúvidas que se deva conferir efeito directo ao artigo 106.º, n.º 2. Se, por um lado, se correria o risco de incorrer em interpretações e aplicações diversas da derrogação nos diferentes Estados-Membros, por outro, também é verdade que, actualmente, os órgãos jurisdicionais têm competência para aplicar os critérios Altmark, ou seja, aplicam os testes que a Comissão vai, eventualmente, efectuar em sede da derrogação prevista naquele artigo, podendo, também aqui, haver lugar a uma aplicação mais exigente dos primeiro e terceiro critérios.

Neste sentido, entendemos que, na linha da Autoridade da Concorrência do Reino Unido e do Comité Consultivo de auxílios de Estado da Dinamarca, todos os Estados-Membros deveriam desempenhar um papel mais activo no esclarecimento das entidades públicas concedentes de compensações às empresas que fornecem SIEG. Deste modo, poder-se-iam atingir dois objectivos: em primeiro lugar seria uma boa ajuda para cumprir as regras dos Tratados em matéria de auxílios de Estado e, em segundo lugar, poderiam beneficiar de mais celeridade

---

Tratados em matéria de auxílios de Estado. Apesar de os resultados constituírem apenas uma recomendação (não sendo, pois, vinculativos), existe uma obrigação administrativa de obter aconselhamento do Comité Consultivo de auxílios de Estado antes da conclusão da proposta do acto legislativo. Sobre a Dinamarca *vide* Preben PETERSSON, «The Danish Approach to State Aid and Pre-Assessment», 46-51.

Pelo contrário, a autoridade da concorrência espanhola tem apenas competência para dar opiniões relativamente a subsídios estatais. *Vide* o discurso de Joaquín ALMUNIA, «Competition, State aid and Subsidies in the European Union», 9<sup>th</sup> *Global Forum on Competition*, Speech 10/29, Paris (18 February 2010) 4. A Autoridade da Concorrência portuguesa tem competência, nos termos do artigo 13.º, n.º 2 da Lei n.º 18/2003, para, a pedido de qualquer interessado, analisar qualquer auxílio ou projecto de auxílio e formular ao Governo as recomendações que entenda necessárias para eliminar os efeitos negativos desse auxílio sobre a concorrência. Esta competência da Autoridade da Concorrência foi mantida na nova lei da concorrência (Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio), no artigo 65.º.

<sup>277</sup> *Vide* o quadro Number of state aid measures notified by year – covering all economic sectors (2000 – 30 June 2009), disponível em [http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/studies\\_reports/measures.html](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/studies_reports/measures.html)

no processo de aprovação de uma medida, que, no contexto específico dos SIEG, é de extrema importância.

### 3.4.2. Pacote Altmark

Os problemas mencionados de falta de certeza jurídica e de necessidade de reduzir as exigências de notificação, levaram a Comissão (com o comissário para a concorrência Mário Monti a apresentar um esboço do pacote, sendo, posteriormente, adoptado já no mandato da comissária para a concorrência Neelie Kroes) a adoptar um pacote de medidas com base no artigo 106.º, n.º 3, com o objectivo de precisar as exigências impostas por Altmark<sup>278</sup>.

O pacote consiste em três documentos legislativos (os dois primeiros de carácter vinculativo, e o terceiro pertencendo ao chamado “soft law”): a Decisão 2005/842/CE<sup>279</sup> (daqui para a frente Decisão), a Directiva 2005/81/CE<sup>280</sup> (daqui para a frente Directiva) e o Enquadramento comunitário<sup>281</sup> (daqui para a frente Enquadramento).

Esta nova abordagem, por parte da Comissão, teve em conta as alterações que Altmark introduziu. Na verdade, se uma medida de compensação pública aos SIEG preencher os critérios por este estabelecidos, recordamos, não constitui um auxílio de Estado, não se aplicando os artigos 107.º, n.º 1, e 108.º, n.º 3. Nesta hipótese, o pacote Altmark não será aplicável. Pelo contrário, se uma medida não preencher esses critérios considerar-se-á um auxílio de Estado nos termos do artigo 107.º, n.º 1, podendo ser considerada compatível pela Comissão.

<sup>278</sup> Para uma análise *vide* Annalisa RENZULLI, «Services of General Economic Interest: The Post-Altmark Scenario», 417; José Antonio MIGUEZ, «El paquete modernizador del artículo 86 CE y las compensaciones por servicios de interés económico general», 177; José Buendía SIERRA, «Finding the right balance: state aid and services of general economic interest», 201; Lars SVANE, «Public Service Compensation in Practise: Commission Package on State Aid for Services of General Economic Interest», 34; Orla Lynskey, «The Application of Article 86(2) EC to Measures which Do Not Fulfill the Altmark Criteria; Institutionalising Incoherence in the Legal Framework Governing State Compensation of Public Service Obligations», 165.

<sup>279</sup> Decisão da Comissão de 28 de Novembro de 2005 relativa à aplicação do n.º 2 do artigo 86.º do Tratado CE 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, L 312, de 29/11/2005, 67.

<sup>280</sup> 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, JOUE, L 312, de 29/11/2005, 47.

<sup>281</sup> Enquadramento comunitário dos auxílios estatais sob a forma de compensação de serviço público, JOUE, C 297, de 29/11/2005, 4.

Neste âmbito, foram elaborados dois documentos, a Decisão e o Enquadramento, que se podem qualificar de isenção em bloco e processo de isenção individual, respectivamente. Na verdade, em virtude da Decisão, todas as compensações públicas que não preenchem o teste Altmark mas que cumpram as condições substantivas do artigo 106.º, n.º 2, e cujo valor se situe abaixo de um determinado montante, são consideradas compatíveis com o Tratado e, por isso, isentas da obrigação de notificação.

Pelo contrário, no caso de as compensações públicas falharem o teste Altmark e, simultaneamente, os critérios do artigo 106.º, n.º 2, ou cujo valor seja superior a um certo montante, serão abrangidas pelo Enquadramento. Este baseia-se numa análise casuística, pelo que a obrigação de notificação mantém-se, cabendo à Comissão a análise da compatibilidade com o mercado interno, nomeadamente a necessidade e proporcionalidade do montante de compensação. Na verdade, o Enquadramento não representa mais do que uma codificação da prática da Comissão relativamente ao artigo 106.º, n.º 2, servindo de guia aos Estados-Membros e às suas autoridades públicas sobre o *modus operandi* da Comissão aquando da análise<sup>282</sup>.

Efectivamente, uma análise ao pacote (*infra*) permite concluir por uma dupla intenção da Comissão Europeia, isto é, por um lado, concentrar-se nos auxílios de Estado que mais distorcem a concorrência, evitando preocupar-se com os de menor escala, *u.g.* financiamento de serviços locais ou regionais e, por outro, aliviar substancialmente a obrigação de notificação, o que permite reduzir o volume de trabalho da Comissão, numa União cada vez mais extensa.

Antes de analisarmos detalhadamente a Decisão e o Enquadramento, uma nota para a Directiva, para dizer que foi útil e necessária de forma a actualizar a Directiva 2000/52/CE<sup>283</sup>. Com efeito, esta, nos termos do seu artigo 2.º, al. d), previa que o conceito de *empresas obrigadas a elaborar contas distintas*<sup>284</sup> englobava aquelas que estivessem encarregadas de um serviço de interesse económico geral e que tivessem

---

<sup>282</sup> Vide Annalisa RENZULLI, «Services of General Economic Interest: The Post-Altmark Scenario», 418.

<sup>283</sup> Directiva 2000/52/CE da Comissão de 26 de Julho de 2000 que altera a Directiva 80/723/CEE relativa à transparência das relações financeiras entre os Estados-Membros e as empresas públicas, JOUE, L 193, de 29/7/2000, 75.

<sup>284</sup> Note-se que a obrigação de elaborar contas distintas põe-se apenas nos casos em que a empresa que fornece SIEG, prossiga, simultaneamente, uma actividade comercial que não esteja sujeita a obrigações de serviço público.

recebido um auxílio de Estado em relação a esse serviço. Dado que o Ac. Altmark estabeleceu condições de modo a que as compensações não constituam auxílios de Estado podendo, naturalmente, pôr-se a hipótese de que as empresas que beneficiassem dessas medidas não mantivessem contas separadas, a Comissão, reconhecendo que a separação de contas é a melhor forma de calcular os custos imputáveis aos SIEG, procedeu a algumas alterações com a Directiva 2005/81/CE, criando tal obrigação para empresas encarregadas de fornecer SIEG, independentemente de receberem ou não uma compensação que seja considerada um auxílio<sup>285</sup>.

Do nosso ponto de vista, a Directiva poderia ter sido mais ambiciosa, impondo a separação de contas em todos os casos. Com efeito, na redacção actual, isso não será necessário se as compensações das empresas encarregadas de fornecer SIEG forem fixadas por um período adequado, na sequência de um procedimento aberto, transparente e não discriminatório (artigo 5.º, n.º 2, al. c)).

#### 3.4.2.1. Decisão da Comissão relativa à aplicação do artigo 106.º, n.º 2

A Decisão é o instrumento mais relevante do pacote Altmark<sup>286</sup>, sendo uma medida que, nos termos do artigo 288.º do TFUE, é obrigatória em todos os seus elementos para os seus destinatários.

O artigo 10.º da Decisão afirma que esta entra em vigor em 19 de Dezembro de 2005. Obviamente, na medida em que ela se destina a clarificar os requisitos de compatibilidade nos termos do artigo 106.º, n.º 2, as obrigações substanciais previstas neste artigo já existiam muito antes desta data. A relevância do artigo 10.º está, pelo contrário, na declaração de compatibilidade e na isenção de notificação. Segundo Buendia Sierra, isto não quer dizer que a Decisão não tenha qualquer efeito nos auxílios ilegais concedidos aos SIEG antes da sua entrada

<sup>285</sup> Dadas as frequentes alterações, a Directiva foi codificada em 2006. *Vide* Directiva 2006/111/CE da Comissão de 16 de Novembro de 2006 relativa à transparência das relações financeiras entre os Estados-Membros e as empresas públicas, bem como à transparência financeira relativamente a certas empresas (versão codificada), JOUE, L 318, de 17/11/2006, 17.

<sup>286</sup> Lars Svane entende que a Decisão reduz drasticamente a obrigação de notificação, ao mesmo tempo que aumenta a segurança jurídica. O autor diz ainda que o Pacote Altmark pretende garantir o financiamento do serviço público e, simultaneamente, evitar distorcer a concorrência. *Vide* Lars SVANE, «Public Service Compensation in Practise: Commission Package on State Aid for Services of General Economic Interest», 34.

em vigor. Apesar de alguns acórdãos do TJUE terem afirmado que a Comissão não pode, retroactivamente, tornar legal o que anteriormente era ilegal, outros há em que o Tribunal entende que a ilegalidade por falta de notificação não pode ter impacto na possibilidade de apreciação de compatibilidade do auxílio<sup>287</sup>. Deste modo, os auxílios que tiverem preenchido os requisitos do artigo 106.º, n.º 2, no passado, poderão ser considerados compatíveis, ainda que não tenham respeitado a obrigação de notificação nessa altura.

Nos termos do seu artigo 2.º al. a), a Decisão é aplicável aos auxílios Estatais sob a forma de compensação de serviço público concedidos a empresas que forneçam serviços de interesse económico geral se: (i) o seu volume de negócios médio anual, antes de impostos e relativa a todas as actividades, não tenha atingido os 100 milhões de euros durante os dois exercícios precedentes ao da atribuição do SIEG, e (ii) cujo montante anual de compensação seja inferior a 30 milhões de euros. Segundo a Comissão, estes dois limites são suficientemente altos para englobar um grande número de medidas compensatórias, em especial os serviços locais<sup>288</sup>.

As compensações de serviço público atribuídas a hospitais e a empresas de habitação social que forneçam um SIEG encontram-se abrangidas pela Decisão, independentemente dos montantes em causa (artigo 2.º, al. b)). Esta solução mostra que a Comissão tem a noção dos elevados montantes necessários para gerir tanto um hospital, como

---

<sup>287</sup> *Vide* José Buendía SIERRA, «Finding the Right Balance: State Aid and Services of General Economic Interest», 204; Cf. Ac. de 14/2/1990, República Francesa contra Comissão das Comunidades Europeias, Processo 301/87, pontos 21 a 23. Em relação a este acórdão, J.A. Winter afirma que o TJUE, ao rejeitar a tese da Comissão de que um defeito processual impediria a análise da substância, confere mais força a esta Instituição relativamente aos Estados-Membros que não cumprem a obrigação de notificação, uma vez que pode utilizar medidas cautelares de suspensão imediata do auxílio pedindo, simultaneamente, toda a informação acerca da medida em causa. *Vide* J.A. WINTER, «Supervision of State Aid: Article 93 in the Court of Justice», 313 e 314. *Vide* também o Ac. de 11/7/1996, Syndicat français de l'Express international (SFEI) e outros contra La Poste e outros, Processo C-39/94, pontos 41 a 43 e, Ac. de 12/2/2008, Centre d'exportation du livre français (CELF) contra Société internationale de diffusion et d'édition (SIDE), Processo C-199/06, ponto 40.

<sup>288</sup> *Vide* Commission Staff Working Document, «Frequently asked questions in relation with Commission Decision of 28 November 2005 on the application of article 86(2) of the EC Treaty to State aid in the form of public service compensation granted to certain undertakings entrusted with the operation of services of general economic interest, and of the Community Framework for State aid in the form of public service compensation – Accompanying the document to the Communication on Services of general interest, including social services of general interest: a new European commitment», SEC(2007) 1516 final, 20.



os serviços de habitação social, o que significa que os auxílios de Estado a estes sectores iriam situar-se quase sempre acima daqueles limites ficando, por isso, sujeitos à obrigação de notificação. Deste modo, ao isentá-los desta obrigação, a Comissão resolve tratar estes serviços sociais fundamentais de forma idêntica aos outros SIEG que fiquem abaixo dos limites estabelecidos na Decisão.

Todavia, a Decisão não fornece uma isenção incondicional aos auxílios de menor montante, aos hospitais e habitação social. A compatibilidade com o mercado interno só será uma realidade se, em conjunto com o definido no artigo 2.º, se verificarem os requisitos impostos pelos artigos 4.º e 5.º.

O artigo 4.º diz respeito à atribuição do SIEG, ou seja, a responsabilidade pela gestão do serviço deve ser confiada à empresa através de um ou mais actos oficiais. Em linha com o princípio da subsidiariedade, cabe a cada Estado-Membro escolher a forma que estes actos devem revestir, sendo que a Comissão fornece uma orientação em relação aos elementos que dele devem constar: a natureza e a duração das obrigações de serviço público (al. a)); as empresas e o território em causa (al. b)); a natureza de quaisquer direitos exclusivos ou especiais atribuídos à empresa (al. c)); os parâmetros para o cálculo da compensação e respectivo controlo e revisão (al. d)) e, as medidas destinadas a evitar eventuais compensações excessivas e respectivas modalidades de reembolso (al. e)).

A segunda condição necessária (artigo 5.º), diz respeito à proibição de sobrecompensações e de subsidias cruzadas. O seu n.º 1 estabelece o seguinte: “O montante de compensação não deve ultrapassar o necessário para cobrir os custos ocasionados pelo cumprimento das obrigações de serviço público, tendo em conta as receitas obtidas, assim como uma rendibilidade razoável de quaisquer capitais próprios para a execução dessas obrigações. A compensação deve ser efectivamente utilizada para a gestão do serviço de interesse económico geral em causa, sem prejuízo da possibilidade de a empresa ter um lucro razoável”.

Assim, a forma de aferir a ausência de sobrecompensação requer uma adequada identificação dos custos e das receitas que podem ser imputadas ao SIEG, sendo que a diferença entre estes dois elementos constituirá o máximo de compensação que poderá ser concedida<sup>289</sup>.

---

<sup>289</sup> Cf. Ac. de 7/5/2009, Associação Nacional de Transportadores Rodoviários de Passados de Passageiros (ANTROP) e outros, contra Conselho de Ministros, Companhia de

Dever-se-á também incluir um lucro razoável da actividade do SIEG<sup>290</sup>. Nos termos do n.º 4 do artigo 5.º, lucro razoável é a “taxa de remuneração dos capitais próprios que tome em consideração o risco, ou a ausência do risco<sup>291</sup>, suportado pela empresa...esta taxa não deve ultrapassar a taxa média registada no sector em causa nos últimos anos”.

Nos sectores em que não exista uma empresa comparável à que gere o SIEG, essa comparação pode ser realizada utilizando empresas de outros Estados-Membros como referência ou, se for necessário, pertencentes a outros sectores, desde que se tome na devida conta as características específicas de cada sector (artigo 5.º, n.º 4). Por fim, o mesmo número estabelece que os Estados-Membros podem utilizar critérios de incentivo, nomeadamente em função da qualidade do serviço prestado e dos ganhos de produtividade, como forma de determinar o lucro razoável.

No que diz respeito aos custos que podem ser imputados ao SIEG, a questão é bastante simples se a empresa fornece apenas o SIEG, não se envolvendo em nenhuma actividade que lhe seja exógena, podendo ser tidos em conta todos os custos (artigo 5.º, n.º 2, al. a)).

Porém, se a empresa também prossegue actividades comerciais que não são SIEG a questão que se coloca é a seguinte: como alocar os custos que são comuns? Segundo Davide Grespan há três metodologias para realizar a alocação<sup>292</sup>.

---

Carris de Ferro de Lisboa, SA (Carris), Sociedade de Transportes Colectivos do Porto, SA (STCP), Processo C-504/07, ponto 29. O TJUE afirma que as indemnizações compensatórias só podem ser concedidas na medida em que seja possível determinar o montante de custos imputáveis às actividades das empresas no âmbito da execução das obrigações de serviço público.

<sup>290</sup> Davide Grespan afirma que este lucro pode ser considerado tanto como um custo (que pode ser coberto pelas receitas, incluindo a compensação) ou como um item a adicionar assim que o custo líquido for determinado. Segundo o autor a inclusão do lucro razoável faz sentido na medida em que a gestão de um SIEG pode requerer investimentos que não ocorreriam se não houvesse qualquer tipo de remuneração. Além disso, se não existisse esta possibilidade o mais provável seria a ausência de investimento por parte da empresa incumbida da gestão do SIEG tendo que haver mais intervenção estadual para assegurar a continuidade do serviço. *Vide* Davide GRESPLAN, «Services of General Economic Interest», 1170.

<sup>291</sup> *Vide* Davide GRESPLAN, «Services of General Economic Interest», 1171. O autor diz que o risco será maior se o serviço foi confiado mediante um concurso público ou através de um concurso aberto e competitivo que não satisfaça a quarta condição Altmark. Pelo contrário, o risco será ínfimo no caso de o fornecedor gozar de um direito exclusivo em relação a esse serviço.

<sup>292</sup> *Vide* Davide GRESPLAN, «Services of General Economic Interest», 1161 e 1162. *Vide* também Sebastien LECOQ; Bernard ROY, «Sharing Costs between a Service of General Interest and Competitive Activities: The Example of the Postal Retail Network».

A primeira possibilidade é a de alocar todos, ou quase todos, os custos fixos ao SIEG. Com efeito, se as actividades comerciais fossem interrompidas a empresa incorreria, de qualquer maneira, nestes custos, pelo que, segundo esta perspectiva, apenas os custos incrementais das actividades comerciais poderiam ser-lhe imputados. Claro está que o resultado será o de haver uma compensação bastante elevada, em virtude de uma alocação de um montante substancial dos custos fixos ao SIEG<sup>293</sup>.

A segunda forma, é a de considerar que a actividade comercial deve suportar todos os custos que incorreria se tivesse que prosseguir unicamente essa actividade. Segundo esta perspectiva, o ponto de partida será de considerar os custos fixos como pertencendo, em primeiro lugar, à actividade comercial. O resultado será o de os custos alocados ao SIEG serem bastante limitados, sendo necessária uma menor compensação. A Directiva 2002/22/CE (Directiva Serviço Universal)<sup>294</sup> parece estabelecer, no anexo IV *ex vi* artigo 12.º, n.º 1, al. a), esta forma de cálculo. Com efeito, no anexo IV lemos que

o custo líquido das obrigações de serviço universal será calculado como a diferença entre os custos líquidos, para uma empresa designada, do funcionamento com as obrigações de serviço universal e do funcionamento sem essas obrigações.

Por fim, temos a perspectiva adoptada pela Decisão, segundo a qual os custos atribuídos ao SIEG podem cobrir os custos variáveis causados pelo seu fornecimento e uma contribuição proporcional para os custos fixos comuns ao SIEG e às outras actividades (artigo 5.º, n.º 2, al. c))<sup>295</sup>. Além disso, os custos relacionados com investimentos,

<sup>293</sup> No que concerne os serviços de radiodifusão, a Comissão afirma que “nestes casos, os custos são inteiramente imputáveis às actividades de serviço público, embora beneficiando também as actividades de serviço não público, não necessitam de ser repartidos entre ambas as actividades e podem ser totalmente afectados à actividade de serviço público”. *Vide a Comunicação da Comissão relativa à aplicação das regras em matéria de auxílios estatais ao serviço público de radiodifusão*, JOUE, C 257, de 27/10/2009, ponto 67.

Como é possível constatar no ponto 65, esta abordagem diferente justifica-se com as especificidades do sector público de radiodifusão, uma vez que actividades de serviço público e não público podem partilhar, em larga medida, os mesmos inputs e os custos nem sempre podem ser repartidos proporcionalmente.

Para uma análise desta Comunicação *vide* Ulrich SOLTÉSZ, «Tighter State Aid Rules for Public TV Channels», 32.

<sup>294</sup> 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).

<sup>295</sup> No Ac. de 27/2/1997, Fédération française des sociétés d'assurances (FFSA) e ou-

*n.g.* infra-estruturas, podem ser tidos em consideração quando necessários para a gestão de interesse económico geral (artigo 5.º, n.º 2, al. d)).

Um bom cálculo dos custos afigura-se fundamental, uma vez que a atribuição de um nível excessivo de custos ao SIEG servirá para a subsidiação cruzada da actividade comercial. Efectivamente, estaremos a utilizar as receitas do SIEG (incluindo a compensação) para cobrir custos que deveriam ser cobertos pelas receitas da actividade concorrencial, ficando, assim, a empresa em posição favorável em relação aos concorrentes<sup>296</sup>.

Do lado das receitas, serão relevantes todas as que tenham uma ligação directa ao SIEG e todas aquelas que a empresa não teria obtido sem a gestão do serviço, ou seja, as receitas a ter em consideração serão todas as receitas provenientes do serviço de interesse económico geral (artigo 5.º, n.º 3). As receitas terão também de ser alocadas pelas diferentes actividades, ou seja, as receitas do SIEG e as receitas de outras actividades.

O artigo 5.º, n.º 3, estabelece igualmente que se a empresa dispuser de algum direito especial ou exclusivo associado a outro serviço de interesse económico geral que gerem lucros que excedam o razoável, ou beneficiar de outras vantagens concedidas pelo Estado<sup>297</sup>, os mesmos devem ser incluídos nas receitas relevantes, independentemente da sua qualificação relativamente ao artigo 107.º. Além disso, o Estado-Membro em causa pode decidir que os lucros gerados por outras actividades exógenas ao SIEG devam ser afectados, total ou parcialmente, ao financiamento do serviço de interesse económico geral.

Por outro lado, não pode ser considerada compatível a compensação que cubra os custos de um SIEG quando este esteja a praticar preços inferiores aos de uma tarifa imposta pelo Estado, com o intuito de impedir a entrada de concorrentes num segmento de mercado rentável, esperando que, posteriormente, as perdas venham a ser compensadas pelo Estado<sup>298</sup>.

---

tros contra Comissão das Comunidades Europeias, ponto 105, o TG entendeu que na falta de contabilidade analítica que permita traçar a distinção entre os encargos e as despesas afectadas ao SIEG e às actividades concorrenciais, devia ser efectuada a repartição dos custos suplementares totais das diferentes actividades de acordo com o volume de negócios que cada uma representa.

<sup>296</sup> Assim, *vide* Davide GRESpan, «Services of General Economic Interest», 1164.

<sup>297</sup> O artigo 5.º, n.º 1, já inclui no montante de compensação todas as vantagens concedidas pelo Estado. Davide Grespan esclarece que as vantagens não devem ser tidas em conta duplamente. O que a Decisão pretende é que quer sejam consideradas como compensação ou como uma fonte de receita, qualquer tipo de vantagem tem de ser tida em conta. *Vide* Davide GRESpan, «Services of General Economic Interest», 1168.

<sup>298</sup> Por exemplo, no Ac. de 16/3/2004, *Danske Busvognmænd* contra Comissão das

No que concerne ao controlo do montante compensatório, a Decisão distingue as figuras da compensação excessiva<sup>299</sup> (montante que excede o que é necessário para cobrir os custos do SIEG), e da compensação usada para fim indevido (compensações concedidas para a gestão do SIEG, mas que na prática são utilizadas pela empresa em causa para actividades noutra mercado), sendo que ambas são consideradas auxílios de Estado incompatíveis com o mercado interno, devendo o excesso ser reembolsado<sup>300</sup>. Para tal, o artigo 6.º estabelece que os Estados-Membros devem realizar, ou assegurar que sejam realizados, controlos regulares de modo a garantir que tudo está de acordo com o estabelecido no artigo 5.º.

#### 3.4.2.2. Enquadramento Comunitário dos auxílios estatais sob a forma de compensação de serviço público

O último dos instrumentos do também chamado “Pacote Modernizador” é o Enquadramento, que, não tendo a mesma força jurídica que os dois anteriores, fornece linhas orientadoras muito importantes. Neste documento, a Comissão pretende aumentar a segurança jurídica, expondo aos Estados-Membros quais as condições em que está disposta a considerar compatíveis as compensações pelo fornecimento de SIEG, reputadas de auxílios estatais, e que não sejam abrangidas pela Decisão. Será, pois, um instrumento jurídico casuístico.

Em geral, o Enquadramento tem uma estrutura idêntica à da Decisão, contendo disposições quase iguais relativamente às questões de definição e atribuição do SIEG, de cálculo do montante compensatório e do mecanismo de ajuste.

Há porém algumas diferenças. O Enquadramento faz depender a

---

Comunidades Europeias, Processo T-157/01, estava em causa a participação desta empresa em concursos públicos relativos a contratos para o fornecimento de serviços de transporte público. Os serviços fornecidos pela *Combis* eram pagos pelo preço cobrado, e que tinha sido proposto nos concursos. O TG considerou que as perdas da empresa não foram directa e exclusivamente ocasionadas pelo serviço de transportes, antes resultando da gestão da empresa, nomeadamente da apresentação de propostas de preço demasiado baixas com o fim de ganhar os concursos (ponto 87). Assim, o TG considerou que a cobertura das perdas não poderia ser feita a título de compensação de obrigações de serviço público.

<sup>299</sup> De maneira a conferir alguma flexibilidade, nos casos em que o excesso de compensação não ultrapasse os 10% do montante anual, esta pode transitar para o período seguinte, sendo deduzida à compensação relativa a esse período, tendo de haver uma adaptação dos parâmetros de cálculo da compensação. Contudo, no sector da habitação social, o montante a transitar pode ascender aos 20%, desde que a empresa em causa apenas desenvolva actividades de gestão de SIEG.

<sup>300</sup> Cf. Considerando 12 da Decisão 2005/842/CE.

compatibilidade da medida com a não afectação do desenvolvimento das trocas comerciais de forma contrária aos interesses da Comunidade, coisa que a Decisão não estabelece (parágrafo 8). Além disso, o Enquadramento específica na fase de atribuição do SIEG, ao contrário da Decisão, que “por Estado devem entender-se as autoridades centrais, regionais ou locais” (parágrafo 11).

O Enquadramento faz, igualmente, depender a declaração de compatibilidade da existência de parâmetros de cálculo de compensação, confirmando a aplicação do segundo critério Altmark aquando da análise da medida segundo o artigo 106.º, n.º 2, (parágrafo 12, al. d)).

Dissemos *supra* (parte II, ponto 3.4.), que a prática pós-Altmark da Comissão ia no sentido de ignorar os segundo e quarto critérios para a análise do artigo 106.º, n.º 2, uma vez que preferia a análise substancial, em detrimento de valorar requisitos formais, com base nos primeiro e terceiro critérios Altmark. Sem prejuízo do que aí afirmámos, a Comissão parece ter-se desviado da sua anterior prática, tornando necessário o preenchimento do segundo critério tanto dentro como fora do teste Altmark<sup>301</sup>, de forma a declarar a compatibilidade do auxílio.

No que concerne o excesso de compensação, apesar de as disposições serem semelhantes, o Enquadramento encontra-se mais detalhado e dotado de maior flexibilidade. Com efeito, nos casos em que o SIEG apresente uma variação anual significativa dos custos, nomeadamente em virtude de investimentos específicos, permite-se que a compensação exceda os 10% devendo, no entanto, a situação ser fundamentada na notificação à Comissão. Contudo, esta situação excepcional deve ser revista com uma determinada periodicidade, dependendo da situação de cada sector de actividade, não devendo, de qualquer forma, ultrapassar quatro anos. A totalidade do excesso de compensação deverá ser restituído no termo desse período (parágrafo 21)<sup>302</sup>.

Por outro lado, no parágrafo 22, o Enquadramento autoriza que qualquer excesso de compensação, em vez de ser restituído, pode ser utilizado para financiar outro SIEG explorado pela mesma empresa,

---

<sup>301</sup> *Vide* Annalisa RENZULLI, «Services of General Economic Interest: The Post-Altmark Scenario», 424.

<sup>302</sup> Davide Grespan entende que a regra dos quatro anos tem a inegável vantagem de aumentar a segurança jurídica. No entanto, esta regra não deve ser confundida com o período de tempo que a Comissão tem para conduzir uma investigação (que até pode ser superior). O que a regra quer dizer é que no máximo após quatro anos qualquer excesso de compensação tem que ser recuperado. *Vide* Davide GRESPLAN, «Services of General Economic Interest», 1173.

desde que a transferência conste da sua contabilidade e respeite a obrigação de notificação. Se o excedente não for utilizado noutro SIEG, ele não pode ficar à disposição da empresa, alegando-se que se trata de um auxílio compatível com os Tratados (*n.g.* auxílios a favor do ambiente, auxílios às pequenas e médias empresas), devendo o Estado-Membro, caso deseje conceder tais auxílios, respeitar o procedimento de notificação prévia previsto no artigo 108.º, n.º 3, (ponto 23) uma vez que constituiria uma medida de auxílio nova cuja compatibilidade teria de ser aferida.

### 3.4.3. Limitações do pacote Altmark

Apesar da referida intenção de aumentar a segurança jurídica, o pacote apresenta algumas limitações que arriscam criar ainda mais confusão e incerteza.

Em primeiro lugar, o risco da dupla verificação dos critérios da proporcionalidade e da atribuição do SIEG pelo tribunal nacional e, posteriormente, pela Comissão, é real, uma vez que o pacote pouco faz em relação a melhorar a segurança jurídica de médias e grandes empresas que recebam compensações pela prossecução de obrigações de serviço público. Daí que a contradição fundamental da aplicação simultânea do artigo 106.º, n.º 2, e dos critérios Altmark se mantenha<sup>303</sup>.

Por outro lado, os requisitos exigidos, tanto pela Decisão como pelo Enquadramento, constituem uma carga administrativa bastante pesada, que não se coaduna com a *ratio* de simplificação do pacote. Além disso, a única diferença entre o pacote e as condições Altmark,

---

<sup>303</sup> *Vide* Orla Lynskey, «The Application of Article 86(2) EC to Measures which Do Not Fulfill the Altmark Criteria; Institutionalising Incoherence in the Legal Framework Governing State Compensation of Public Service Obligations», 167. A autora indica ainda que ao tentar diminuir os casos de dupla verificação, o pacote Altmark não endereçou o problema fundamental: a definição dos critérios Altmark. Se a sua aplicação fosse facilitada num maior número de casos haveria menos necessidade de recorrer ao artigo 106.º, n.º 2. Com efeito, esta dificuldade de aplicação foi enfatizada no Ac. de 7/9/2006, *Laboratoires Boiron SA contra Union de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales (Urssaf) de Lyon*, que sucedeu, nos direitos e nas obrigações, à *Agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS)*, Processo C-526/04, ponto 55, em que o TJUE admite que o princípio da efetividade do direito da União Europeia é afectado quando ónus da prova da existência de uma compensação adicional, por parte de um concorrente, torna impossível ou excessivamente difícil a produção de tal prova. Neste caso o TJUE entendeu que o tribunal nacional pode recorrer a todas as medidas de instrução postas à disposição pelo direito nacional, incluindo a apresentação de um documento por uma das partes ou por um terceiro.

O Código de Processo Civil Português estabelece essa possibilidade no seu artigo 528.º.

é a falta de uma disposição que preveja um método de selecção do fornecedor de SIEG. Segundo David Hall, a utilização do concurso público assegura a isenção automática da compensação, ao passo que se não for utilizado a medida será sujeita a pesados procedimentos administrativos<sup>304</sup>.

Em segundo lugar, existem dúvidas acerca da propriedade da escolha do artigo 106.º, n.º 3, como base legal para a Decisão. Apesar de este artigo conferir legitimidade à Comissão para aplicar o artigo 106.º, dirigindo aos Estados-Membros, quando necessário, as directivas ou decisões adequadas, Renzulli entende que a Decisão tem como objectivo, não só a definição das condições para a aplicação do artigo 106.º, n.º 2, às compensações públicas mas também, e sobretudo, a isenção da notificação do auxílio prevista no artigo 108.º, n.º 3. Para este efeito, nos termos do artigo 109.º, teria que ser o Conselho a actuar, sob proposta da Comissão, e após consulta do Parlamento Europeu, visto que é aquela instituição que tem a competência de adoptar os regulamentos relativos à execução do artigo 108.º, nomeadamente a aplicação do n.º 3, e consequentemente determinar quais as categorias de auxílios que ficam dispensadas desse procedimento<sup>305</sup>.

Em terceiro lugar, existem incongruências entre as condições Altmark e estes dois documentos da Comissão. Com efeito, nestes pre-

---

<sup>304</sup> David Hall entende que a utilização do concurso público é idóneo a preencher as restantes condições Altmark, pelo que este acórdão juntamente com o pacote Altmark fazem parte de um longo caminho de tornar esse método de selecção mais regular. *Vide* David HALL, «State Aid and Public Services in Europe – The Limitations of the EC Package», 9. *Vide* também Annalisa RENZULLI, «Services of General Economic Interest: The Post-Altmark Scenario», 426.

<sup>305</sup> *Vide* Annalisa RENZULLI, «Services of General Economic Interest: The Post-Altmark Scenario», 425. A autora afirma que o facto de a Comissão ter legislado através de uma decisão, e não por regulamento, sugere as dificuldades encontradas no âmbito das competências conferidas pelo artigo 109.º. Por outro lado, ainda que o regulamento ou a decisão vinculem os Estados-Membros enquanto destinatários (artigo 288.º), a decisão, ao contrário do regulamento, não tem carácter geral, o que pode diminuir a segurança jurídica para os privados que, apesar de serem afectados, não estão vinculados por ela. Pelo contrário, Yves Houyet afirma que a adopção de actos legislativos da União Europeia pode basear-se no artigo 106.º, n.º 3, mobilizando, assim, o artigo 106.º, n.º 2, de modo a garantir o bom funcionamento dos serviços públicos. *Vide* Yves HOUYET, «Les exigences du droit primaire concernant l'abolition des droits exclusifs ou spéciaux accordés aux entreprises assumant des services publics», 270.

David Hall afirma que a abordagem mais simples será a de providenciar uma isenção em bloco, relativamente aos auxílios de Estado concedidos aos serviços públicos, em linha com as respostas que foram dadas no seguimento da consulta que foi realizada para o Livro Branco sobre os serviços de interesse geral. *Vide* David HALL, «State Aid and Public Services in Europe – The Limitations of the EC Package», 11.



vê-se, ao contrário do que se diz neste acórdão, que o montante de compensação deverá contemplar a dedução não só das receitas geradas pelo SIEG, como também se deverão incluir os lucros (que excedam o razoável) de quaisquer direitos especiais ou exclusivos de outros SIEG que a empresa forneça. O Estado-Membro poderá igualmente decidir se inclui ou não as receitas das actividades comerciais eventualmente prosseguidas.

Assim, segundo o teste Altmark, o nível de compensação seria efectivamente superior, uma vez que se deduziriam apenas as receitas provenientes do SIEG. Todavia, se uma medida falhar o teste, e entrar no âmbito da Decisão ou do Enquadramento, o resultado será a possibilidade de diminuição do montante compensatório, uma vez tidas em conta outras receitas que não as geradas estritamente pelo serviço de interesse económico geral<sup>306</sup>.

### 3.5. Acórdão BUPA

O caso diz respeito a um esquema de compensação de riscos nos seguros de saúde privados na Irlanda. Neste país, o mercado dos seguros privados de saúde foi liberalizado em 1994, tendo a empresa *BUPA Ireland* sido criada nessa sequência. Os seguros privados concorrem com a Segurança Social, uma vez que ambos cobrem as pessoas independentemente do seu rendimento.

Todavia, o Governo irlandês queria implementar um sistema de compensação de riscos, para impedir que as pessoas com seguros privados fossem discriminadas em razão do risco, que funcionaria através de transferências efectuadas pelas seguradoras para um fundo controlado pelo Estado, de modo a compensar aquelas que tivessem clientes com médias de idades superiores ou com maior propensão para necessitarem de tratamento médico.

De um ponto de vista económico ou de política de saúde, este procedimento é utilizado de forma a incentivar as seguradoras a competir pelo mérito (*v.g.* através da celebração de contratos mais favoráveis com os prestadores de cuidados de saúde; investimentos na qualidade e prevenção), em vez de competir com base na selecção dos clientes pelo

<sup>306</sup> Vide Annalisa RENZULLI, «Services of General Economic Interest: The Post-Altmark Scenario», 427. A *Comunicação da Comissão relativa à aplicação das regras em matéria de auxílios estatais ao serviço público de radiodifusão*, pontos 70 a 76, segue a linha Altmark. Tendo em conta que só o Enquadramento não se aplica ao sector da radiodifusão (parágrafo 3), detectamos alguma incoerência entre a Decisão e a Comunicação relativa a este sector.

risco que estes representam (*n.g.* segurar apenas os clientes saudáveis)<sup>307</sup>.

O acórdão BUPA surge na sequência de um pedido de anulação da decisão da Comissão de Maio de 2003<sup>308</sup>, nos termos da qual a medida não constituía um auxílio de Estado uma vez que seria apenas uma medida compensatória de obrigações de serviço público e, dessa forma, cumpridora dos critérios Ferring (a decisão foi tomada antes do Ac. Altmark). Contudo, mesmo que fosse considerada um auxílio de Estado, a mesma seria considerada compatível com o mercado interno.

Uma vez que os autores da acção argumentavam que esta decisão deveria ser anulada pelo facto de os quatro critérios Altmark não estarem preenchidos, o TG ocupou-se de aferir se estes estavam ou não satisfeitos.

No que diz respeito à primeira condição, o Tribunal, considerando que os serviços de saúde são da competência quase exclusiva dos Estados-Membros, e que a Comissão só pode intervir em caso de erro manifesto, entendeu que ela estava cumprida por um conjunto de razões: a atribuição de um SIEG pode consistir numa obrigação imposta a uma série de operadores ou mesmo a todos os operadores no mesmo mercado. Acresce que o acto de autoridade pública exigido está presente na legislação irlandesa relativamente a esta matéria (Lei dos Seguros de Saúde de 1994, alterada pela Lei dos Seguros de Saúde de 2001, bem como o Regulamento dos Seguros de Saúde de 1996), uma vez que definem detalhadamente as obrigações (como as tarifas comuns, a adesão aberta, a cobertura vitalícia e as prestações mínimas) às quais estão sujeitas todas as seguradoras privadas na acepção dessa legislação<sup>309</sup>.

Além disso, o argumento das recorrentes de que não existia qualquer SIEG, uma vez que não se criava nenhum serviço universal e dizia respeito apenas a produtos de luxo, não colhe porque, no entendimento do TG, o serviço não teria que corresponder a uma necessidade comum da população nem de ser providenciado em todo o território, bastando a natureza obrigatória do serviço para que a universalidade estivesse verificada<sup>310</sup>.

---

<sup>307</sup> *Vide* Wolf SAUTER, «Case T-289/03, British United Provident Association Ltd (BUPA), BUPA Insurance Ltd, BUPA Ireland Ltd v. Commission of the European Communities, Judgment of the Court of First Instance of 12 February 2008, nyr», 274.

<sup>308</sup> Decisão de 13/5/2003, C(2003) 1322 fin, N 46/2003.

<sup>309</sup> Cf. Ac. T-289/03, British United Provident Association Ltd (BUPA), BUPA Insurance Ltd, BUPA Ireland Ltd v. Commission of the European Communities, pontos 179 a 181.

<sup>310</sup> Ac. T-289/03, pontos 186 a 190.

O Tribunal considerou também que a diferenciação dos vários serviços (básico, médio e de luxo) e a falta de regulação dos preços, sendo estes fixados pelo mercado, não afecta o carácter universal do serviço. Assim, o TG entendeu que

o critério da universalidade não exige que o serviço em causa seja gratuito ou que seja oferecido sem ter em conta a rentabilidade económica. Com efeito, o facto de certos utilizadores potenciais não disporem dos meios financeiros necessários para poder usufruir de todas as coberturas PMI (*private medical insurance*) disponíveis no mercado, em especial as coberturas «de luxo», não infirma o seu carácter universal, uma vez que o serviço em causa é oferecido a tarifas uniformes e não discriminatórias e em condições de qualidade similares para todos os clientes<sup>311</sup>. (parênteses nosso).

O critério segundo o qual os parâmetros de compensação têm que ser definidos *ex ante*, de forma objectiva e transparente, foi considerado preenchido. Aqui, foi considerado que os Estados-Membros têm grande poder discricionário no que diz respeito à determinação da compensação para os SIEG, quando os seus custos requerem uma avaliação económica complexa<sup>312</sup>.

Uma vez que os critérios para o cálculo dos pagamentos relativamente ao sistema de compensação de riscos, apesar de complexos, não eram obscuros nem duvidosos, aliado ao facto de a Comissão ter detalhado os aspectos mais relevantes do sistema, o TG considerou-se satisfeito<sup>313</sup>.

O terceiro critério Altmark exige que a compensação seja necessária e proporcional. Também neste contexto o TG enfatizou que, relativamente aos SIEG, o controlo por parte da Comissão teria que se limitar ao erro manifesto, e que o teste de proporcionalidade consistiria em saber em que medida a compensação prevista era necessária para que a missão de serviço público pudesse ser realizada em condições economicamente aceitáveis<sup>314</sup>.

O Tribunal observou igualmente que, apesar de não haver uma relação directa entre os montantes pagos pelas seguradoras privadas (na sequência de um pedido de reembolso) e a compensação atribuída pelo

<sup>311</sup> Ac. T-289/03, ponto 203.

<sup>312</sup> Ac. T-289/03, ponto 213.

<sup>313</sup> Ac. T-289/03, pontos 216 a 218.

<sup>314</sup> Ac. T-289/03, pontos 220 a 222.

esquema de compensação de riscos, havia uma ligação entre os custos gerados pelo cumprimento das obrigações a que estavam adstritas e a compensação concedida pelo esquema. Assim, aceitou que o esquema de compensação de riscos era radicalmente distinto dos sistemas compensatórios previstos em Ferring e Altmark e, conseqüentemente, não poderia obedecer estritamente à terceira condição. Apesar disso, considerou que a quantificação dos custos adicionais através de uma comparação do risco real que cada seguradora suporta com o risco médio do mercado era “conforme à finalidade e ao espírito da terceira condição enunciada no acórdão Altmark... na medida em que o cálculo da compensação se baseia em elementos objectivos concretos, claramente identificáveis e controláveis”<sup>315</sup>.

O TG respondeu ainda ao pedido das autoras de que a Comissão deveria ter tido em conta as receitas, e um benefício razoável, que as seguradoras podem realizar ao cumprir as obrigações que lhes são impostas. Com efeito, entendeu o Tribunal que o sistema de compensação é independente das receitas e dos lucros realizados, uma vez que se baseia apenas nos custos gerados pelos reembolsos pedidos e pela diferença entre o perfil de risco suportado por cada seguradora. Assim, “uma aplicação estrita da terceira condição enunciada no acórdão Altmark... que visa uma forma diferente de compensação de uma obrigação SIEG, não terá em conta a particularidade do funcionamento do sistema de compensação...” e, por isso, “o Tribunal entende que nem a finalidade nem o espírito da terceira condição enunciada no acórdão Altmark... exigem a tomada em conta das receitas no âmbito de um sistema de compensação que funciona independentemente das mesmas”<sup>316</sup>.

A quarta condição não foi aplicada ao caso, uma vez que o esquema em causa era neutro no que aos custos e receitas diz respeito, ou seja, não diz respeito à eficiência das empresas. Pelo contrário, baseia-se nos custos adicionais que os perfis negativos representam. Num sistema como este, a Comissão não podia identificar, antecipadamente, quais os operadores que dele seriam beneficiários, nem proceder a uma comparação concreta da sua situação com um operador eficiente (o esquema de compensação ainda não tinha sido posto em prática à data da decisão).

Ainda assim, a Comissão afirmou que o esquema de compensação

---

<sup>315</sup> Ac. T-289/03, pontos 235 a 237.

<sup>316</sup> Ac. T-289/03, pontos 241.

tinha em conta os custos de reembolso médio pago pelas seguradoras, evitando a compensação dos custos médios por grupo de segurados, recompensando-se, assim, as seguradoras mais eficientes, podendo estas reter o benefício que a sua própria eficiência lhes proporcionou (*n.g.* desenvolvimento sistemático de técnicas de detecção de doenças)<sup>317</sup>.

Numa palavra: a compensação visava apenas a estrita diferença de risco médio detido pelas seguradoras, não tendo em conta os custos de gestão (administrativos ou de marketing) e, portanto, a sua eficiência.

A questão não é, todavia, pacífica. Sauter critica bastante o acórdão uma vez que, em sua opinião, a eficiência não se esgota nos custos administrativos que as empresas têm que suportar. Pelo contrário, dever-se-ia ter em conta todas as operações da seguradora, incluindo todos os custos em que estas incorrem com os tratamentos contratualizados. Por outro lado, o esquema de compensação *ex post* retira qualquer tipo de incentivo à celebração de contratos e à realização de compras eficientes, ao investimento em tratamentos de qualidade e à prevenção, uma vez que tais custos são “socializados”. Assim, para o professor da Universidade de Tilburg fará mais sentido a compensação antecipada, quando é conhecido o risco mas não os custos, pelo facto de ser melhor trabalhar com aquilo que se tem, do que trabalhar-se a contar com a cobertura, independentemente dos custos (ainda para mais quando no mercado marca presença o antigo monopolista)<sup>318</sup>.

Apesar de ter concluído pela validade da decisão da Comissão, o TG, surpreendentemente, considerou necessário analisar o fundamento relativo à violação do artigo 106.º, n.º 2, tendo-o julgado improcedente<sup>319</sup>. Na verdade, esta situação desencadeia novamente a discussão da utilidade deste artigo em sede das compensações públicas, uma vez que a suavização dos critérios Altmark<sup>320</sup> pode levar a que se recorra cada vez menos a ele<sup>321</sup>.

<sup>317</sup> Cf. Decisão de 13/5/2003, N 46/2003, ponto 56; Ac. T-289/03, British United Provident Association Ltd (BUPA), BUPA Insurance Ltd, BUPA Ireland Ltd v. Commission of the European Communities, ponto 249.

<sup>318</sup> *Vide* Wolf SAUTER, «Case T-289/03, British United Provident Association Ltd (BUPA), BUPA Insurance Ltd, BUPA Ireland Ltd v. Commission of the European Communities, Judgment of the Court of First Instance of 12 February 2008, nyr», 283.

<sup>319</sup> Julien De Beys e Christophe Dubois criticam a decisão do TG na medida em que estando a compatibilidade do esquema de compensação assegurada, segundo o artigo 106.º, n.º 2, a sua não qualificação como auxílio de Estado parece ter sido demasiado forçada. *Vide* Julien De BEYS; Christophe DUBOIS, «Le financement des services publics et le contrôle des aides d'État», 113.

<sup>320</sup> Sobre este assunto *vide* Andrea BIONDI, «BUPA v. Commission», 401.

<sup>321</sup> *Vide* Malcolm ROSS, «A Healthy Approach to Services of General Economic In-

Com Andrea Biondi, diremos que a re-interpretação dos critérios Altmark, pelo TG, permite considerar o acórdão BUPA como “um compromisso razoável entre a insuficiência de escrutínio da abordagem Ferring e da possível rigidez de Altmark”<sup>322</sup>.

Este acórdão marca ainda o alinhamento jurisprudencial do TG com o TJUE, e, conseqüentemente, o fim da abordagem auxílios de Estado<sup>323</sup>.

### 3.5.1. Emergência de um paradigma social de mercado pós-Altmark: Os serviços sociais de interesse geral

O TJUE já tinha excluído da noção de SIEG, na medida em que não possuem carácter económico, os serviços de natureza exclusivamente social<sup>324</sup>, nomeadamente os sistemas públicos de segurança social<sup>325</sup>,

---

terest? The BUPA Judgment of the Court of First Instance», 139. Esta suavização foi posteriormente confirmada pelo TG no Ac. de 27/10/2008, TV2/Danmark A/S contra Comissão das Comunidades Europeias pontos 228 e 232.

<sup>322</sup> Vide Andrea BIONDI, «BUPA v. Commission», 406. Convergindo, vide Martin HEIDENHAIN, coord., *European State Aid Law*, 525; Julien De BEYS; Christophe DUBOIS, «Le financement des services publics et le controle des aides d'État», 113; Kelyn BACON, *European Community Law of State Aid*, 62. Sobre a importância do acórdão BUPA vide Phedon NICOLAIDES; Mihalis KEKELEKIS; Maria KLEIS, *State Aid Policy in the European Community: Principles and Practice*, 80.

<sup>323</sup> Vide Kai PURNHAGEN, «Services of General Economic Interest in European Competition Law: From “Procureur de la République v ADBHU” to “La Poste” – The Rise and Fall of the State Aid Approach and Its Consequences», 340. O TG voltou a aplicar os critérios Altmark recentemente no Ac. de 10/2/2009, Deutsche Post AG e DHL International contra Comissão das Comunidades Europeias, Processo T-388/03.

<sup>324</sup> Se não for possível demonstrar que a actividade é exclusivamente social, presume-se o carácter económico da mesma. Vide a este respeito Laetitia DRIGUEZ; Stéphane RODRIGUES, «Services sociaux d'intérêt général et droit communautaire: Entre spécificité et banalisation», 193. As autoras afirmam que o TJUE considerou como actividades económicas um regime complementar de seguro para idosos (Ac. FFSA), um fundo de pensão sectorial e profissional holandês (Ac. de 21/9/1999, Albany International BV contra Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie, Processo C-67/96) ou um seguro de acidentes de trabalho na Bélgica (Ac. de 18/5/2000, Comissão das Comunidades Europeias contra Reino da Bélgica, Processo C-206/98). Por isso, há quem entenda que os serviços sociais não configuram uma categoria autónoma, havendo serviços sociais de interesse económico e serviços sociais de interesse não económico. Neste sentido, vide Catherine TASCAS, *Rapport D'Information: Fait au nom de la Délégation pour l'Union Européenne (1) sur les services d'intérêt général après le Traité de Lisbonne*, 16.

<sup>325</sup> Cf. Ac. de 17/2/1993, Christian Poucet contra Assurances générales de France e Caisse mutuelle régionale du Languedoc-Roussillon (Camulrac) e Daniel Pistre contra Caisse autonome nationale de compensation de l'assurance vieillesse des artisans, Processos apensos C-159/91 e C-160/91; Ac. de 16/3/2004, AOK Bundesverband e outros contra Ichthyol-Gesellschaft Cordes, Hermani & Co. e outros, Processos apensos C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01.

os serviços nacionais de saúde<sup>326</sup>, ensino público<sup>327</sup>, mas nunca tinha sido tão flexível na aplicação dos critérios Altmark no que aos SIEG diz respeito.

A mensagem mais evidente, que emerge do acórdão do Tribunal Geral, é a de que os critérios Altmark não podem ser vistos como “one-size-fits-all”<sup>328</sup>, ou seja, há casos em que a aplicação destas condições não é adequada.

Neste sentido, Malcolm Ross afirma que se, por um lado, BUPA pode ser entendido como uma forma de enfatizar a discrição dos Estados-Membros na determinação dos SIEG, fazendo-os sentir mais tranquilos tal foi a relutância evidenciada pelo Tribunal na aplicação dos critérios Altmark, por outro lado, o caso constitui uma abordagem bastante interessante à recepção e reconhecimento de valores sociais no Direito da União<sup>329</sup>.

Podemos, no entanto, questionar-nos se este caso estabelece o enquadramento necessário para o fornecimento de serviços sociais<sup>330</sup>, tais como os seguros de saúde, em condições concorrenciais. Sauter entende ser duvidoso que assim seja, uma vez que o acórdão ignorou o processo concorrencial e, sem ele, haverá poucas vantagens no fornecimento de serviços sociais por privados além de aliviar o orçamento do Estado<sup>331</sup>.

<sup>326</sup> Ac. de 11/7/2006, Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FE-NIN) contra Comissão das Comunidades Europeias, Processo C-205/03 P. Para uma análise da relação entre solidariedade e concorrência *vide* Nina BOEGER, «Solidarity and EC Competition Law», 319.

<sup>327</sup> Cf. Ac. de 27/9/1988, Estado Belga contra René Humbel e Marie-Thérèse Edel, Processo 263/86; Ac. de 11/9/2007, Comissão das Comunidades Europeias contra República Federal da Alemanha, Processo C-318/05.

<sup>328</sup> Expressão utilizada por Malcolm ROSS, «A Healthy Approach to Services of General Economic Interest? The BUPA Judgment of the Court of First Instance», 138; *Vide* ainda Thomas MÜLLER, «Efficiency Control in State Aid and the Power of Member States to Define SGEIs», 44; Andreas BARTOSCH, «The ruling in BUPA – Clarification or modification of Altmark?», 211.

<sup>329</sup> *Vide* Malcolm ROSS, «A Healthy Approach to Services of General Economic Interest? The BUPA Judgment of the Court of First Instance», 139; Wolf SAUTER, «Case T-289/03, British United Provident Association Ltd (BUPA), BUPA Insurance Ltd, BUPA Ireland Ltd v. Commission of the European Communities, Judgment of the Court of First Instance of 12 February 2008, n.º», 281.

<sup>330</sup> Dimitri Yernault sustenta que apesar de o papel do Ac. BUPA em relação aos serviços sociais ainda não ser claro, é bastante difícil perceber como qualificar de SIEG um serviço que não é financeiramente acessível a metade da população irlandesa. *Vide* Dimitri YERNAULT, «Service public, autorité administrative, activités économiques et non économiques: le logement social, cheval de Troie malgré lui?», 214.

<sup>331</sup> *Vide* Wolf SAUTER, «Case T-289/03, British United Provident Association Ltd

Ainda assim, assistimos a um verdadeiro reconhecimento pelo TG da capacidade dos valores e preocupações sociais de moldarem os rígidos critérios Altmark, exclusivamente orientados para a escolha das empresas mais eficientes de modo a que não se distorça a concorrência.

O esquema de compensação de riscos baseava-se, efectivamente, na solidariedade inter-geracional que é, curiosamente, um dos objectivos propugnados pela União Europeia no Tratado de Lisboa (artigo 3.º, n.º 3, do TUE). Deste modo, BUPA deu um grande passo na transformação do modelo de concorrência actual, de modo a nele incluir elementos de solidariedade<sup>332</sup>, podendo dizer-se que se antecipou ao novo Tratado no que aos serviços de interesse geral diz respeito.

Na verdade, este acórdão surge após a Comissão ter publicado várias comunicações acerca dos serviços sociais de interesse geral. Apesar de ter começado a ser referido de forma lateral<sup>333</sup>, este conceito ganhou importância no Livro Verde e no Livro Branco<sup>334</sup>.

Recentemente, a Comissão adoptou uma Comunicação sobre os serviços de interesse geral, incluindo os serviços sociais de interesse geral. Esta comunicação é particularmente significativa, uma vez que representa o reconhecimento das especificidades que caracterizam os serviços sociais.

Com efeito, estes serviços fazem parte da Estratégia de Lisboa, uma vez que desempenham não só um papel vital de coesão social, económica, e territorial, tendo potencial no que diz respeito à criação de emprego, inclusão social, e crescimento económico, como têm uma íntima relação com a realidade local<sup>335</sup>. Cobrem, nomeadamente, os serviços de saúde, os cuidados de longa duração, a segurança social, os serviços

---

(BUPA), BUPA Insurance Ltd, BUPA Ireland Ltd v. Commission of the European Communities, Judgment of the Court of First Instance of 12 February 2008, nyrp, 286.

<sup>332</sup> Neste sentido, *vide* Julien De BEYS, «Droit européen des aides d'État et intérêt général», 353. O autor afirma que tanto o Tratado de Lisboa como o acórdão BUPA, representam bons indícios da introdução de elementos sociais no conceito de serviço público.

<sup>333</sup> Cf. *Comunicação da Comissão – Serviços de interesse geral na Europa*, JOUE, C 281, de 26/9/1996, 3.

<sup>334</sup> Com efeito, na *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões – Livro Branco sobre os serviços de interesse geral*, 18, lemos que “a Comissão considera que é útil desenvolver uma abordagem sistemática a fim de identificar e reconhecer as especificidades dos serviços sociais e de saúde de interesse geral...”

<sup>335</sup> Cf. *Comunicação da Comissão – Realizar o programa de Lisboa – Os serviços sociais de interesse geral na União Europeia*, Bruxelas, 26/4/2006, COM (2006) 177 final, 3; *Comunicação da Comissão – Os serviços de interesse geral, incluindo os serviços sociais de interesse geral: um novo compromisso europeu*, 7.



do emprego e a habitação social<sup>336</sup>.

O papel de protecção social desempenhado pelo SSIG não se limita à prestação de assistência a grupos mais vulneráveis, estendendo-se a toda a população, estando intrinsecamente ligados a objectivos de política social<sup>337</sup>. Como tal, os serviços sociais apresentam as características dos SIG (continuidade, universalidade, igualdade de tratamento, acessibilidade, preços comportáveis, qualidade, etc.), e, em regra, algumas específicas (operam segundo o princípio da solidariedade, são polivalentes e personalizados, não têm fim lucrativo, estão fortemente ligados às localidades onde estão implantados, a relação prestador/beneficiário é assimétrica sendo necessário o financiamento por um terceiro)<sup>338</sup>.

Os serviços de saúde<sup>339</sup> tiveram direito a um tratamento especial<sup>340</sup> pela Comissão, reservando-lhes um ponto específico (ponto 2.4.) na Comunicação sobre os serviços de interesse geral, incluindo os serviços sociais de interesse geral. Efectivamente, a importância destes serviços levou a Comissão a proceder a uma consulta pública<sup>341</sup> neste âmbito tendo adoptado, recentemente, um Livro Branco<sup>342</sup>.

<sup>336</sup> Vide *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões – Livro Branco sobre os serviços de interesse geral*, 16. Sobre os serviços de habitação social vide Piet Jan SLOT; Julia RAPP, «The Swedish Housing System and its Compatibility with European Competition and State Aid Rules», 684.

<sup>337</sup> Vide *Social Services of General Interest. Feedback report to the 2006 questionnaire of the Social Protection Committee*, 2. Sobre os fins específicos dos serviços sociais vide *Comunicação da Comissão - Os serviços de interesse geral, incluindo os serviços sociais de interesse geral: um novo compromisso europeu*, 7.

<sup>338</sup> Cf. *Comunicação da Comissão – Realizar o programa de Lisboa – Os serviços sociais de interesse geral na União Europeia*, 5.

<sup>339</sup> Sobre os serviços sociais de saúde vide Freek LOUCKX, «L'influence du droit européen de la concurrence sur l'organisation des systèmes de soins de santé nationaux. Le rôle des services (sociaux) d'intérêt général dans la recherche d'un équilibre entre accessibilité financière et compétitivité», 339, em especial 382. O autor alerta para a necessidade de um debate profundo sobre a influência do direito da concorrência na organização dos serviços nacionais de saúde. Com efeito, Louckx propõe que seja efectuada uma avaliação sistemática da organização actual dos serviços nacionais de saúde uma vez que, no caso da Bélgica, o sistema não satisfazia a primeira condição Altmark (coincidente com o artigo 106.º, n.º 2), ou seja, não tinha as obrigações de serviço público claramente definidas.

Sobre a regulação do mercado dos cosméticos, produtos homeopáticos e dispositivos médicos vide Alexandre Dias PEREIRA, «Saúde pública e liberdade económica: aspectos jurídicos da regulação do mercado dos cosméticos, produtos homeopáticos e dispositivos médicos», 39.

<sup>340</sup> Sobre o facto de o Ac. BUPA poder ser interpretado no sentido de considerar os serviços de saúde como serviços públicos especiais vide Erika SZYSZCZAK, «Modernising Healthcare: Pilgrimage for the Holy Grail?», 203.

<sup>341</sup> *Comunicação da Comissão, Consulta sobre a acção comunitária em matéria de serviços de saúde*, Bruxelas, 26/9/2006, SEC (2006) 1195/4.

<sup>342</sup> *Livro Branco, Juntos para a saúde: uma abordagem estratégica para a UE (2008-2013)*, Bru-

Porém, como refere Hatzopoulos, a Comissão está muito limitada no seu raio de acção na área da saúde, uma vez que o artigo 168.º do TFUE, no seu n.º 7, estabelece o seguinte: “a acção da União respeita as responsabilidades dos Estados-Membros no que se refere à definição das respectivas políticas de saúde, bem como à organização e prestação de serviços de saúde e de cuidados médicos. As responsabilidades dos Estados-Membros incluem a gestão dos serviços de saúde e cuidados médicos, bem como a repartição dos recursos que lhes são afectados”. Acresce que o artigo 12.º do TUE confere aos parlamentos nacionais a competência de escrutinar fortemente as iniciativas da Comissão. Daí que o autor conclua que o impacto das regras da União nos serviços de saúde seja muito difícil de prever<sup>343</sup>.

Do exposto, concluímos pela crescente importância que os serviços sociais têm vindo a adquirir<sup>344</sup>, tanto pelos objectivos que prosseguem como pelos princípios pelos quais se pautam. Paralelamente, verificamos uma modificação no que aos SIEG diz respeito, porquanto o enfoque tem residido na introdução de elementos de solidariedade, de modo a temperar as condições Altmark<sup>345</sup>.

## 4. SIEG e Directiva dos Serviços

### 4.1. Introdução

Tendo em conta a importância decisiva que os desígnios sociais, com base no princípio da solidariedade, têm na actual construção do

---

xelas, 23/10/2007, COM (2007), 630 final. A Comissão, neste Livro Branco, sublinha a importância de uma actuação complementar da União Europeia em relação à saúde, sem prejuízo do papel fundamental que os Estados-Membros desempenham, uma vez que esta é uma área de grande relevância, reafirmada no Tratado de Lisboa.

<sup>343</sup> *Vide* Vassilis HATZOPOULOS, «Public Procurement and State Aid in National Healthcare Systems», 25.

<sup>344</sup> Neste sentido, Béatrice Delzangles afirma que “a mutação progressiva do interesse geral económico em interesse geral global permitiu integrar nas obrigações de serviço público obrigações não económicas, nomeadamente obrigações sociais”. *Vide* Béatrice DELZANGLES, «La systématisation des activités d'intérêt général en droit communautaire», 1125.

<sup>345</sup> *Vide* porém Manuel PORTO, «Deslocalizações e fornecimentos externos (“outsourcing”): algo de novo para a teoria e para as políticas económicas?», 420 e 421. O autor observa que, num tempo em que a globalização é um facto, é fundamental ter um “modelo social realista, preocupado prioritariamente com a criação de empregos”. Na verdade, apesar de a União Europeia ter desenvolvido um modelo social que se caracteriza por uma protecção social bastante forte, este desenvolvimento deveu-se a uma grande rigidez do mercado de trabalho. Comparando os Estados Unidos com a Eurolândia, verificamos que, em 2006, esta crescia apenas a 2.6% ao passo que aqueles cresciam a 3.3%. No que diz respeito ao desemprego, a Eurolândia apresentava quase o dobro (7%) em comparação com os EUA (4.5%).

modelo social europeu, é fundamental sublinhar o papel desempenhado pela Directiva dos Serviços<sup>346</sup>, que data de 2006, e que devia ser transposta até 28 de Dezembro de 2009<sup>347</sup> (artigo 44.º n.º 1).

O objectivo da Comissão, em 2000, era o de transformar a Europa “no espaço económico mais dinâmico e competitivo do mundo, capaz de garantir um crescimento económico sustentável, com uma melhoria qualitativa e quantitativa do emprego e uma maior coesão social”<sup>348</sup>.

Sabendo que o crescimento económico depende sobretudo dos serviços, uma vez que eles representam cerca de 70% do PIB e do emprego, urgia, pois, uma modernização do seu quadro legal<sup>349</sup>.

Ao contrário da livre circulação de mercadorias, que tinham sido sujeitas já a uma liberalização bastante importante, a livre circulação de serviços situava-se num patamar inferior. Com efeito, a Comissão reconheceu que a complexidade, a imaterialidade, o *know-how* e as qualificações do prestador, tornavam o fornecimento de serviços sujeito a regras muito mais complexas. Acresce que, ao contrário das mercadorias, em que são elas próprias a ser exportadas, no caso dos serviços, à excepção dos que podem ser prestados à distância, muitos deles necessitam de ter uma presença permanente ou temporária no Estado-Membro de acolhimento<sup>350</sup>.

A quantidade de entraves<sup>351</sup>, identificados pela Comissão<sup>352</sup>, a que

<sup>346</sup> Directiva 2006/123/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de Dezembro de 2006, relativa aos serviços no mercado interno, JOUE, L 376, de 27/12/2006, p. 36. Para uma análise bastante aprofundada desta directiva *vide* Vassilis HATZOPOULOS, «Assessing the Services Directive (2006/123/EC)», 215.

<sup>347</sup> Para consultar o estado de implementação da Directiva nos diferentes Estados-Membros *vide* *Mapping the Implementation of the Services Directive in EU Member States: The Chambers' Perspective*, Eurochambers policy survey, February, 2010.

<sup>348</sup> Cf. Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu – *Uma Estratégia do Mercado Interno para os Serviços*, Bruxelas, 29/11/2000, COM(2000) 888 final, 3.

<sup>349</sup> Cf. Relatório da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu – *Situação do Mercado Interno dos Serviços – Relatório apresentado no âmbito da primeira fase da estratégia do mercado interno para os serviços*, Bruxelas, 30/7/2002, COM(2002) 441 final, 5.

<sup>350</sup> Cf. Relatório da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu, p. 6. *Vide* também Kerstin PEGLOW, «La libre prestation de services dans la directive n.º 2006/123/CE: Réflexion sur l'insertion de la directive dans le droit communautaire existant», 69.

<sup>351</sup> *Vide* Catherine BARNARD, «Unravelling the Services Directive», 323. A autora refere que os pequenos investidores que desejassem estabelecer-se na Grécia tinham que garantir mais de 40 autorizações e outras formalidades emitidas por diversas entidades nacionais, regionais e locais.

<sup>352</sup> Entraves jurídicos, tais como dificuldades relativas ao estabelecimento, à utilização de *inputs* para prestar serviços, à promoção, distribuição e venda dos serviços, aos serviços pós-venda, como entraves não jurídicos, por exemplo dificuldades relativas à falta de informação e dificuldades de índole cultural e linguística. *Vide* Relatório da Comissão ao

os serviços estão sujeitos tem um impacto negativo na economia europeia, designadamente na competitividade das pequenas e médias empresas e na circulação de trabalhadores. Assim, em nome da criação de um “modelo social avançado”, era fundamental vencer estes obstáculos, criando condições para a existência de um verdadeiro mercado interno dos serviços, assegurando um equilíbrio entre a liberalização e a preservação dos serviços públicos, dos direitos sociais e dos consumidores<sup>353 354</sup>.

Para isso, a Directiva dos Serviços tem como objectivo estabelecer disposições gerais que facilitem quer a liberdade de estabelecimento dos prestadores de serviços quer a liberdade de circulação dos serviços, mantendo, paralelamente, um elevado nível de qualidade dos mesmos (artigo 1.º). Neste sentido, a directiva está dividida em cinco partes: simplificação administrativa (artigos 5.º a 8.º), liberdade de estabelecimento dos prestadores (artigos 9.º a 15.º), liberdade de circulação de serviços (artigos 16.º a 21.º), qualidade dos serviços (artigos 22.º a 27.º) e cooperação administrativa (artigos 28.º a 36.º).

De maneira a cumprir o disposto na Directiva, cada Estado-Membro deve fazer um “screening” na sua legislação, ou seja, deve fazer um rastreio de forma a garantir que toda a burocracia exigida é, de facto, essencial. Caso não seja, as exigências burocráticas deverão ser removidas ou, pelo menos, reduzidas. Por outro lado, terá de ser estabelecido um “ponto de contacto único” ou “balcão único”, isto é, deve ser possível a cada empresa obter todas as autorizações necessárias através do seu local de estabelecimento<sup>355</sup>.

## 4.2. Campo de aplicação da Directiva dos Serviços

Importa saber a quem se dirigem estas normas, ou seja, interessa indagar o que são “serviços” para efeitos desta directiva. O artigo 4.º, n.º 1,

---

Conselho e ao Parlamento Europeu, 17 a 50.

<sup>353</sup> *Vide* o Considerando 4 da Directiva dos Serviços.

<sup>354</sup> Sobre as formas de liberalizar os serviços *vide* Patrick MESSERLIN, «The Directive on Services: Rent Seekers Strike Back», 121. Na sua proposta inicial a Comissão optou por liberalizar os serviços com base no princípio do país de origem. *Vide Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos serviços no mercado interno* (Apresentada pela Comissão) [SEC(2004) 21], Bruxelas, 13/1/2004, COM(2004) 2 final, artigo 16.º. Este princípio foi posteriormente abandonado na versão definitiva da Directiva dos Serviços. Para críticas ao princípio do país de origem *vide*, entre outros, Wouter GEKIERE, «The Proposal of the European Commission for a Directive on Services in the Internal Market: An Overview of Its Main Features and Critical Reflections», 3.

<sup>355</sup> *Vide* Catherine BARNARD, «Unravelling the Services Directive», 323.

estabelece que deve ser considerado um serviço “qualquer actividade económica não assalariada prestada geralmente mediante remuneração, referida no artigo 50.º do Tratado (actual artigo 57.º do TFUE)” (parênteses nosso)<sup>356</sup>.

Deste modo, conclui-se pela aplicação da directiva aos serviços de interesse económico geral. O Considerando 17 é bastante claro a este respeito: “Os serviços de interesse económico geral são serviços prestados mediante contrapartida económica, pelo que se encontram abrangidos pelo âmbito da presente directiva”.

A Directiva realça igualmente a distinção entre actividade assalariada e não-assalariada. Aqui, o critério de distinção é a existência ou não de uma relação de subordinação entre a entidade empregadora e o trabalhador. Os trabalhadores assalariados relevam, assim, não para a liberdade de prestação de serviços mas para a liberdade de circulação de trabalhadores. Esta abordagem tem, pois, o mérito de conseguir conciliar as noções jurídica e económica do conceito de serviço<sup>357</sup>.

Por seu turno, o artigo 2.º dispõe que a Directiva se aplica exclusivamente aos serviços fornecidos pelos prestadores estabelecidos num Estado-Membro<sup>358</sup>. Por estabelecimento entende-se, nos termos do artigo 4.º, n.º 5, “o exercício efectivo pelo prestador de uma actividade económica na acepção do artigo 43.º do Tratado (actual artigo 49.º do TFUE), por um período indeterminado e através de uma infra-estrutura estável a partir da qual a prestação de serviços é efectivamente assegurada” (parênteses nosso)<sup>359</sup>.

#### 4.3. Excepções à aplicação da Directiva dos Serviços: os SIEG

A Directiva, no seu artigo 2.º, n.º 2, estabelece que os serviços de in-

<sup>356</sup> O Considerando 17 dispõe, justamente, que o critério determinante para a definição de serviços é o da contrapartida económica. Neste sentido *vide* o Ac. de 27/9/1988, Estado Belga contra René Humbel e Marie-Thérèse Edel, Processo 263/86, pontos 15 a 19. Catherine Barnard refere que a definição de serviço dada pela directiva dos serviços está em linha com a adoptada no GATS (General Agreement on Trade in Services). *Vide* Catherine BARNARD, «Unravelling the Services Directive», 332. Com efeito, o GATS define serviço no artigo 1.º, n.º 3, al. b) e c). Nos termos da al. b), “serviços” inclui qualquer serviço em qualquer sector à excepção daqueles prestados pelo Estado no exercício de poderes de autoridade”. Nos termos da al. c), “um serviço prestado pelo Estado no exercício de poderes de autoridade” significa qualquer serviço que não tenha nem intuito económico nem esteja em concorrência com quaisquer prestadores de serviços”.

<sup>357</sup> *Vide* Anne-Lise SIBONY; Alexandre DEFOSSEZ, «Liberté d'établissement et libre prestation de services», 514. *Vide* também o Considerando 87.

<sup>358</sup> Para a noção de “prestador”, *vide* o Considerando 36 e o artigo 4.º, n.º 2.

<sup>359</sup> *Vide* o Considerando 37.

teresse geral<sup>360</sup> sem carácter económico não são por ela abrangidos. Não surpreende que a estes serviços não seja aplicável a directiva, uma vez que não se enquadram no conceito de serviço preconizado no artigo 4.º, n.º 1.

Por outro lado, alguns serviços de interesse económico geral são expressamente excluídos do âmbito de aplicação da Directiva, nomeadamente, os serviços financeiros (incluindo serviços bancários, de crédito, de seguros, de resseguros, de regimes de pensões profissionais ou individuais, de títulos, de investimento, de fundos, de pagamento e de consultadoria de investimento, incluindo os serviços enumerados no Anexo I da Directiva 2006/48/CE)<sup>361</sup>; os serviços e redes de comunicações, bem como os recursos e serviços conexos<sup>362</sup>; os serviços no domínio dos transportes, incluindo os serviços portuários<sup>363</sup>; serviços audiovisuais e a radiodifusão sonora<sup>364</sup>.

Acresce que os serviços sociais, designadamente os serviços de cuidados de saúde (prestados ou não no âmbito de uma estrutura de saúde, e independentemente do seu modo de organização e financiamento a nível nacional e do seu carácter público ou privado)<sup>365</sup> e serviços relacionados com a habitação, assistência à infância e serviços dispensados às famílias e às pessoas necessitadas (prestados pelo Estado ou por instituições de solidariedade social reconhecidas pelo Estado enquanto tais)<sup>366</sup> estão igualmente excluídos<sup>367</sup>.

Em rigor, nem era necessário fazer expressa referência aos serviços

<sup>360</sup> Sobre a relação entre a Directiva dos Serviços e os SI(E)G *vide* Johan van de GRONDEN, «The Services Directive and Services of General (Economic) Interest», 233.

<sup>361</sup> Cf. artigo 2.º, n.º 2, al. b).

<sup>362</sup> Cf. artigo 2.º, n.º 2, al. c).

<sup>363</sup> Cf. artigo 2.º, n.º 2, al. d). *Vide* Catherine BARNARD, «Unravelling the Services Directive», 341. A autora afirma que se coloca, aqui, a questão de saber se todo o sector de transportes está excluído (incluindo actividades móveis e não- móveis) ou se esta exclusão deveria ser interpretada de modo restrito (não se estendendo a actividades acessórias ao transporte, *vg.* actividades comerciais em aeroportos, manutenção de aviões, treino de pilotos, aluguer de automóveis, escolas de condução). Barnard diz que quem sustenta a abordagem restritiva, baseia-se no considerando 21 da directiva dos serviços que estabelece o seguinte: “Os serviços de transporte, incluindo os transportes urbanos, os táxis, as ambulâncias, bem como os serviços portuários, deverão ser excluídos do âmbito de aplicação da directiva”.

<sup>364</sup> Cf. artigo 2.º, n.º 2, al. g).

<sup>365</sup> Cf. artigo 2.º, n.º 2, al. f).

<sup>366</sup> Cf. artigo 2.º, n.º 2, al. j).

<sup>367</sup> O ETUC (Confederação de Comércio da União Europeia) constitui um grupo que impulsionou fortemente a exclusão dos serviços sociais do âmbito da Directiva dos Serviços. *Vide* Catelene PASSCHIER, «The Point of View of the ETUC», 141.

sociais<sup>368</sup>, uma vez que o TJUE já os excluiu do âmbito dos SIEG, desde que preenchidos determinados requisitos (*vide supra*, parte II, pontos 2.2. e 3.5.1.). O mesmo vale para os serviços de autoridade referidos no artigo 2.º, n.º 2, al. i).

A Directiva dos Serviços estabelece ainda, no artigo 17.º, a exclusão da aplicação das regras relativas à liberdade de prestação de serviços aos SIEG. Com efeito, os serviços elencados no n.º 1 deste artigo (serviços postais, electricidade, gás, distribuição e abastecimento de água, tratamento de águas residuais e tratamento de resíduos) têm um carácter meramente exemplificativo.

Cumpra ainda destacar que o artigo 16.º, n.º 3, prevê que os Estados-Membros possam condicionar o acesso ou exercício de actividades no sector dos serviços ao cumprimento de certos requisitos, desde que seja justificado por razões de ordem pública, de segurança pública, de saúde pública ou de protecção do ambiente<sup>369</sup>.

A diferença fundamental das regras da liberdade de prestação de serviços para as de liberdade de estabelecimento dos prestadores é notória. Efectivamente, ao contrário daquelas, estas, apesar de não preverem uma derrogação expressa para os SIEG, estabelecem uma derrogação ampla e não exaustiva baseada no conceito indeterminado “razões imperiosas de interesse geral”<sup>370</sup>.

Assim, na síntese de João Nuno Calvão da Silva, “apesar de à Directiva estar subjacente o espírito de criação de um mercado concorrencial no sector dos serviços no espaço europeu, salvaguardam-se simultaneamente os SIEG”<sup>371</sup>.

<sup>368</sup> *Vide* Stephan WERNICKE, «Taking Stock: The EU Institutions and Services of General Economic Interest», 73.

<sup>369</sup> Segundo Anne-Lise Sibony e Alexandre Defossez, as três primeiras razões decorrem do Tratado, e que apenas a quarta constitui uma verdadeira razão imperiosa de interesse geral. *Vide* Anne-Lise SIBONY; Alexandre DEFOSSEZ, «Liberté d'établissement et libre prestation de services», 525.

<sup>370</sup> Segundo o artigo 4.º, n.º 8, razões imperiosas de interesse geral são aquelas já reconhecidas como tal pelo TJUE, nomeadamente: ordem pública; segurança pública e segurança das pessoas; saúde pública; preservação do equilíbrio financeiro do regime de segurança social; defesa dos consumidores, dos destinatários dos serviços e dos trabalhadores; lealdade das transacções comerciais; combate à fraude, entre outras. A lista não é, pois, exaustiva, uma vez que o considerando 40 refere que o conceito “razões imperiosas de interesse geral” é evolutivo e aberto, que vai sendo paulatinamente concretizado pela jurisprudência. Para a indicação de jurisprudência relativamente às razões imperiosas de interesse geral *vide* Anne-Lise SIBONY; Alexandre DEFOSSEZ, «Liberté d'établissement et libre prestation de services», 549 a 557.

<sup>371</sup> *Vide* João Nuno Calvão da SILVA, *Mercado e Estado – Serviços de Interesse Económico Geral*, 276.

A própria Directiva, logo no artigo 1.º, n.º 2, clarifica que não é seu desígnio a “liberalização dos serviços de interesse económico geral reservados a entidades públicas ou privadas, nem a privatização de entidades públicas prestadoras de serviços”.

## 5. SIEG e Tratado de Lisboa

O Tratado de Lisboa veio alterar significativamente o quadro jurídico dos serviços de interesse geral. Importa por isso, fazer uma breve descrição da sua evolução.

### 5.1. A situação existente antes do Tratado de Lisboa

A construção europeia está cada vez mais orientada para a edificação de um mercado interno pautado pela livre concorrência. Os SI(E)G, não podendo operar segundo as exigentes regras do mercado e da concorrência, sempre foram vistos como uma excepção à regra.

O Tratado de Roma, de 1957, reconhecia a existência de serviços públicos de modo bastante insuficiente. Efectivamente, esta foi uma época verdadeiramente marcada por preocupações económicas, em virtude do pós-guerra e da crise do Estado-Providência<sup>372</sup>. Desta forma, a expressão aparecia apenas uma vez, no domínio dos transportes. Com efeito, o artigo 73.º do TCE (ex-artigo 77.º) estabelecia o seguinte:

São compatíveis com o presente Tratado 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.

Os SIEG não foram, todavia, deixados de parte. Na verdade, eles estavam previstos no Tratado de Roma no artigo 90.º, n.º 2 (artigo 86.º, n.º 2, do TCE). A inclusão deste preceito baseava-se em duas ordens de razões: em primeiro lugar, a primazia das tarefas de interesse geral sobre a aplicação das regras do Tratado e, em segundo lugar, a existência do interesse Comunitário através da cláusula de não afectação das trocas inter-estaduais<sup>373</sup>.

---

<sup>372</sup> Para mais desenvolvimentos *vide* João Nuno Calvão da SILVA, *Mercado e Estado – Serviços de Interesse Económico Geral*, 247.

<sup>373</sup> *Vide* Conseil Economique et Social, *Analysis of the Implications of the Lisbon Treaty on Services of General Interest and Proposals for Implementation – Discussion Paper Drawed up by European Experts*, 2008, 40.

Como nota João Nuno Calvão da Silva, a exclusão das regras de concorrência, operada pelo artigo 86.º, n.º 2, começou a ser vista como inconveniente uma vez que os SIEG



O Tratado de Amesterdão, de 1997, deu um impulso bastante significativo na perspectiva de cimentar a importância dos SIEG como fundamentais no espaço europeu. Efectivamente, com este Tratado introduziu-se um novo preceito, o artigo 16.º, que estabelecia o seguinte:

Sem prejuízo do disposto nos artigos 73.º, 86.º e 87.º, 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 Comunidade e os seus Estados-Membros, dentro do limite das respectivas competências e dentro do âmbito de aplicação do presente Tratado, zelarão por que esses serviços funcionem com base em princípios e em condições que lhes permitam cumprir as suas missões<sup>374</sup>. (itálico nosso)

Aproveitando a introdução do artigo 16.º, a Comissão publicou, em 2000, uma Comunicação<sup>375</sup> em que enfatiza a importância dos SIG no

---

serviriam apenas para atrasar a construção do mercado interno. *Vide* João Nuno Calvão da SILVA, *Mercado e Estado – Serviços de Interesse Económico Geral*, 254.

<sup>374</sup> *Vide* José LÓPEZ-MUNIZ, «Servicio público, servicio universal y obligación de servicio público en la perspectiva del derecho comunitario: los servicios esenciales y sus regímenes alternativos», 264. O autor considera ainda que o artigo 16.º não concretiza nada de novo, limitando-se a afirmar que os SIEG fazem parte dos valores comuns da União e a explicitar a relação entre serviço de interesse económico geral e a promoção da coesão social e territorial.

Malcolm Ross rejeita tanto o entendimento de que o artigo 16.º não alterava nada de substancial (uma vez que, por um lado, seria aplicado sem prejuízo dos artigos 73.º, 86.º e 87.º, e, por outro, de acordo com a Declaração relativa ao artigo 16.º do Tratado que instituiu a Comunidade Europeia, teria que respeitar a jurisprudência do TJUE) na medida em que isso se compatibilizaria mal com o facto de os Estados-Membros se terem decidido pela sua introdução, como a visão de quem sustentava que os poderes dos Estados-Membros teriam sido efectivamente ampliados, já que o artigo estabelece uma divisão de competências entre a União Europeia e os Estados-Membros, mas não especifica como essa partilha deve ser efectuada.

Assim, o autor propugna uma outra solução. Na verdade, o artigo 16.º representava um objectivo da União que se prendia com a coesão social e territorial ao mesmo tempo que se afirmava um conjunto de valores partilhados, constituindo um passo importante na introdução de valores não económicos. Neste sentido, Ross afirma que existe na União um conceito de SIEG, que permitia uma aproximação desta e dos Estados-Membros com os seus cidadãos. *Vide* Malcolm ROSS, «Article 16 E.C. and Services of General Interest: from Derogation to Obligation?», 28. Neste sentido, Vital Moreira sustenta que o artigo 16.º constitui o equilíbrio entre os SIEG e a economia de mercado e da concorrência. *Vide* Vital MOREIRA, «Os serviços públicos tradicionais sob o impacto da União Europeia», 237. Tony Prosser parece concordar com Malcolm Ross, afirmando que pode ser argumentado que o artigo 16.º fornece um género de constitucionalização do conceito serviços de interesse (económico) geral, ligando-o ao conceito básico de serviço público (no fundo, obedecendo às clássicas “lois de Roland”). *Vide* Tony PROSSER, «Competition Law and Public Services: From Single Market to Citizenship Rights?», 554.

<sup>375</sup> Cf. *Comunicação da Comissão – Serviços de interesse geral na Europa*, Bruxelas, 20/9/2000.

modelo europeu de sociedade. Com efeito, estes serviços apresentam-se como fundamentais para alcançar determinados objectivos, tais como oferecer “aos consumidores mais oportunidades de escolha, melhor qualidade e preços mais baixos; reforçar a coesão económica, social e territorial”<sup>376</sup>.

Às disposições dos Tratados analisados e a esta Comunicação da Comissão, junta-se o artigo 36.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia<sup>377</sup>, proclamada conjuntamente pelo Conselho, pelo Parlamento Europeu e pela Comissão no Conselho Europeu de Nice, em 2000<sup>378</sup>. O preceito estabelece o seguinte:

A União reconhece e respeita o acesso a serviços de interesse económico geral tal como previsto nas legislações e práticas nacionais, de acordo com os Tratados, a fim de promover a coesão social e territorial da União.

A Carta dos Direitos Fundamentais não criava um direito em si mesmo, uma vez que, não estando inserida nos Tratados, não era vinculativa. No entanto, este artigo pode ser interpretado como o reconhecimento da importância dos SIEG, uma vez que estabelece o princípio ao seu livre acesso.

Posteriormente, a Comissão emitiu algumas Comunicações: o Livro Verde; o Livro Branco, a Comunicação sobre os serviços sociais de interesse geral e a Comunicação sobre os serviços de interesse geral, incluindo os serviços sociais de interesse geral<sup>379</sup>.

Em cada uma delas se demonstra a crescente importância dos SIEG na ordem jurídica e económica da União Europeia.

Com efeito, no Livro Verde, a Comissão destaca a importância dos SIG, considerando que “desempenham um papel crescente”<sup>380</sup>. Constituinte valores comuns a todos os Estados-Membros, a sua missão passa por “garantir maior qualidade de vida para todos os cidadãos e ultrapassar os problemas de exclusão social e de isolamento”<sup>381</sup>. Mas os SIG não desempenham apenas um papel social, tendo extrema relevância ao nível económico, uma vez que:

<sup>376</sup> Cf. *Comunicação da Comissão – Serviços de interesse geral na Europa*, Bruxelas, 20/9/2000, ponto 54.

<sup>377</sup> *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, JOUE, C 303, de 14/12/2007, 1.

<sup>378</sup> Cf. *Conclusões da Presidência do Conselho Europeu de Nice*, ponto 2.

<sup>379</sup> Sobre esta Comunicação *vide* o ponto 3.5.1.

<sup>380</sup> Cf. *Livro Verde sobre serviços de interesse geral*, ponto 2.

<sup>381</sup> Cf. *Livro Verde sobre serviços de interesse geral*, ponto 2.

a sua eficácia e qualidade constituem um factor essencial de competitividade e coesão acrescida, em especial para atrair investimento para as regiões menos favorecidas. A eficácia e a prestação não discriminatória de serviços de interesse geral, é também um requisito para o bom funcionamento do mercado único e para a ulterior integração económica na União Europeia”<sup>382</sup>.

Na sequência da consulta pública, efectuada pelo Livro Verde, a Comissão emitiu o Livro Branco. Neste, é preciso desde logo realçar

a importância *crucial* de serviços de interesse geral que funcionem bem e sejam acessíveis, a preços abordáveis e de qualidade, para a qualidade de vida dos cidadãos europeus, o ambiente e a competitividade das empresas europeias...”<sup>383</sup> (itálico nosso).

Esta mudança para uma linguagem mais arrojada explica-se pelo facto de os Estados-Membros terem considerado que estes serviços têm, de facto, um papel decisivo no modelo europeu<sup>384</sup>.

Em 2006, a Comissão publicou uma Comunicação com enfoque nos serviços sociais: a Comunicação sobre os serviços sociais de interesse geral. Reconhece-se finalmente o papel fundamental desempenhado pelos serviços sociais. Com efeito, na sequência do Livro Branco, a Comissão confirma que estes serviços “ocupam um lugar específico como *pilares* da sociedade e da economia europeias, primordialmente pela sua contribuição para os vários *objectivos* e *valores* essenciais da Comunidade”<sup>385</sup> (itálico nosso). Por outro lado, afirma-se igualmente as especificidades inerentes a este tipo de serviços, razão pela qual merecem um tratamento autónomo no quadro dos serviços de interesse geral.

## 5.2. Tratado de Lisboa

O Tratado de Lisboa, que entrou em vigor a 1 de Dezembro de 2009, abre novas perspectivas para os serviços de interesse geral. Nele encontramos uma base legal para a União estabelecer os princípios e condições de acordo com os quais estes serviços terão de desenvolver a sua missão de interesse geral, um protocolo sobre os serviços de interesse geral e a concessão de força vinculativa à Carta dos Direitos Fundamentais.

<sup>382</sup> Cf. *Livro Verde sobre serviços de interesse geral*, ponto 2.

<sup>383</sup> Cf. *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões – Livro Branco sobre os serviços de interesse geral*, ponto 1.

<sup>384</sup> *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões – Livro Branco sobre os serviços de interesse geral*, ponto 2.

<sup>385</sup> Cf. *Comunicação da Comissão – Realizar o programa de Lisboa – Os serviços sociais de interesse geral na União Europeia*, ponto 1.1.

### 5.2.1. Base legal para o legislador da União no campo dos serviços de interesse económico geral

O Tratado de Lisboa alterou o antigo artigo 16.º, passando agora a ser o artigo 14.º do TFUE, baseando-se principalmente no artigo III-122.º da Constituição Europeia.

O actual artigo 14.º dispõe o seguinte:

*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 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. (itálico nosso)*

A primeira novidade é a de que este artigo se aplica sem prejuízo do artigo 4.º do TUE. Com efeito, consta no seu n.º 2<sup>386</sup> que:

*A União respeita a igualdade dos Estados-Membros perante os Tratados, bem como a respectiva identidade nacional, reflectida nas estruturas políticas e constitucionais fundamentais de cada um deles, incluindo no que se refere à autonomia local e regional. A União respeita as funções essenciais do Estado, nomeadamente as que se destinam a garantir a integridade territorial, a manter a ordem pública e a salvaguardar a segurança nacional. Em especial, a segurança nacional continua a ser da exclusiva responsabilidade de cada Estado-Membro” (itálico nosso)*

Do disposto, podemos concluir pela introdução de uma cláusula geral de exclusão de competência da União Europeia em matérias fundamentais como a segurança nacional (*v.g.* forças armadas), a integridade

<sup>386</sup> Falamos apenas no n.º 2 do artigo 4.º do TUE porquanto apenas este constitui uma verdadeira originalidade. Na verdade, o n.º 1 diz respeito à distribuição de competências (que constava do artigo 5.º parágrafo 1 do TCE) ao passo que o n.º 3 reafirma o princípio da cooperação leal entre os Estados-Membros e a União Europeia (que fazia parte do artigo 10.º do TCE). Sobre estes princípios *vide* Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito Comunitário*, 301.

territorial e a ordem pública (*n.g.* polícia).

Em segundo lugar, faz-se menção expressa de que os Estados-Membros devem assegurar que os SIEG devem cumprir as suas missões segundo princípios e condições económicas e financeiras adequadas. Apesar de tal modificação não constituir uma novidade propriamente dita, uma vez que o mesmo decorre da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia<sup>387</sup>, tem grande relevância simbólica.

Por fim, a reforma mais relevante para o nosso propósito é a estipulada no final, ou seja, pela primeira vez confere-se expressamente poderes de intervenção legislativa à União Europeia em matéria de serviços de interesse económico geral, em particular ao Parlamento Europeu e ao Conselho.

Destacamos dois elementos fundamentais. Em primeiro lugar, o estabelecimento de uma base legal incontestável para a adopção de regras transversais relativamente ao cumprimento das missões de que as empresas fornecedoras de SIEG estão incumbidas. No que diz respeito ao seu conteúdo, estas regras terão de se limitar a estabelecer princípios e condições<sup>388</sup>.

Em segundo lugar, é fundamental enfatizar e aplaudir a adopção do processo legislativo ordinário, previsto no artigo 294.º do TFUE, ou seja, as referidas regras têm de ser emanadas mediante trabalho conjunto do Parlamento Europeu e do Conselho<sup>389</sup>.

<sup>387</sup> Vide Ac. de 19/5/1993, Processo-crime contra Paul Corbeau, Processo C-320/91, ponto 14, e o Ac. de 15/11/2007, International Mail Spain SL contra Administración del Estado e Correos, Processo C-162/06, ponto 34.

<sup>388</sup> Segundo o Conseil Economique et Social, no que diz respeito aos princípios a estipular, devemos convocar a Declaração 13 do Tratado de Amsterdão a qual refere que as disposições do artigo 16.º (actual 14.º) relativas ao serviço público serão aplicadas no respeito pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, em particular no que concerne os princípios de igualdade de tratamento, da qualidade e continuidade desses serviços. Nestes termos, poderá ser deduzido que os princípios a estabelecer poderiam reconhecer e harmonizar os direitos dos utentes dos SIEG.

No que diz respeito às condições, está expresso no artigo 14.º que estas devem incidir particularmente sobre a situação económica e financeira das empresas prestadoras de SIEG. Evidentemente que, ao estipular estas condições, deve-se ter em conta os problemas relativos ao financiamento dos SIEG, nomeadamente no que concerne ao controlo dos auxílios de Estado. Vide Conseil Economique et Social, *Analysis of the Implications of the Lisbon Treaty on Services of General Interest and Proposals for Implementation – Discussion Paper Drawed up by European Experts*, 45.

<sup>389</sup> Esta solução permite endereçar um problema já reconhecido por estas instituições. Como refere Wolf Sauter, o Parlamento Europeu e o Conselho consideravam a emissão de Directivas pela Comissão, com base no artigo 106.º, n.º 3, como uma falta de legitimidade democrática que é indesejável uma vez que existia uma percepção geral de défice democrático ao nível da União Europeia. Vide Wolf SAUTER, «Services of General Economic

No que diz respeito à cláusula delimitadora de competências entre a UE e os Estados-Membros, ela em nada prejudica a possibilidade da acção da União. Na verdade, apesar de ter de haver respeito pelo princípio da subsidiariedade, ou seja, cada Estado-Membro tem a liberdade de definir os SIEG e estabelecer os métodos de administração e financiamento, estes têm que respeitar os princípios e condições estabelecidos pela União.

### 5.2.2. Protocolo sobre os serviços de interesse geral

Outra importante modificação, implementada pelo Tratado de Lisboa, foi a introdução de um protocolo específico dedicado aos serviços de interesse geral<sup>390</sup>.

---

Interest and Universal Service in EU Law», 170. Neste sentido *vide* PSE, *Proposal for a Framework Directive on Services of General Economic Interest*, Brussels, 30 May, 2006, disponível em <<http://www.pes.org/en/pes-action/pes-documents/other-documents>>.

Assim, Afonso Patrão entende que este é o procedimento que permite suprir de forma mais satisfatória as insuficiências de legitimação de que padecia o Direito da União Europeia. Com efeito, ao conferir poder decisório a uma instituição popularmente legitimada a União contribui decisivamente para a sua própria democratização. *Vide* Afonso PATRÃO, «O direito derivado da União Europeia à luz do Tratado de Lisboa», 164. Neste sentido, outros autores referem que “a extensão do processo de co-decisão – que passa doravante a ser a regra geral no processo legislativo – a mais de 50 novos domínios” permite a que o Parlamento “ganhe, assim, uma nova centralidade”. *Vide* Alessandra SILVEIRA; Isabel CAMISÃO; Luís FERNANDES, *et al*, «Reflexão sobre o Tratado de Lisboa», 123. Marianne Dony afirma que é notável o reforço das competências do Parlamento Europeu, nomeadamente a generalização da co-decisão sob a terminologia “altamente simbólica” de processo legislativo ordinário. *Vide* Marianne DONY, *Après la réforme de Lisbonne. Les nouveaux traités européens*, 18.

Sobre as mudanças efectuadas pelo Tratado de Lisboa *vide* Pedro ÁLVARES, *O Tratado de Lisboa e o futuro da Europa*, 2009.

<sup>390</sup> A introdução deste protocolo foi expressamente exigida pelo primeiro-ministro holandês no Conselho Europeu em Junho de 2007. Na origem desta exigência está a decisão da Comissão no sentido de considerar manifestamente abusiva a qualificação de habitação social como SIG proibindo, assim, o seu financiamento. A Comissão considerou que era necessário estabelecer uma relação directa com as famílias mais desfavorecidas e que, no caso de a habitação social ser atribuída a famílias que não se enquadrassem nessa categoria, o serviço não poderia ser considerado de interesse geral.

Segundo Catherine Tasca, em certos Estados-Membros a habitação social é efectivamente reservada às famílias mais desfavorecidas ou é disponibilizada a pessoas com dificuldades económicas. Noutros, como na Holanda e em França, a escolha recaiu sobre uma política mista, ou seja, incluindo ambas as categorias. Neste sentido a autora afirma que parecem existir duas concepções distintas de SIG e de solidariedade, questionando: “os SIG são reservados aos mais pobres (no caso da habitação social, esta não pode ser atribuída a outros que não aos mais desfavorecidos?) ou são um pilar de solidariedade social de forma a assegurar uma mistura (ou seja, mais pobres e pessoas em dificuldade)?” (parênteses nosso). Por isso, a autora entende que existem vários modelos possíveis no domínio da habitação social (*v.g.* habitação social e habitação para pessoas pobres) e que não compete à Comissão decidir o que é bom, nem o que é aceitável. *Vide* Catherine

Além de já não se limitar a englobar os serviços de interesse económico geral, agora os SIG integram o direito primário, isto é, deixaram de exprimir apenas um conjunto de valores partilhados para terem o mesmo valor jurídico do Tratado.

A confirmação de que o protocolo não pretende apenas afirmar valores comuns, está presente no facto de os Estados-Membros terem acordado que este serve para interpretação dos Tratados e dos valores comuns da União, no que aos SIEG diz respeito. Numa palavra: o protocolo constitui um verdadeiro conjunto de instruções tanto para os Estados-Membros como para a União, na aplicação dos artigos 14.º e 106.º, n.º 2<sup>391</sup>.

Do protocolo constam dois artigos. O primeiro diz respeito aos valores partilhados no que concerne aos serviços de interesse económico geral, realçando três aspectos: *primus*, “o papel essencial e o amplo poder de apreciação das autoridades nacionais, regionais e locais para prestar, mandar executar e organizar serviços de interesse económico geral de uma forma que atenda tanto quanto possível às necessidades dos utilizadores”. No essencial, salienta-se o papel fundamental dos Estados-Membros em matéria de execução e organização dos SIEG. Todavia, desde logo sobressai um aspecto: o financiamento não foi incluído neste lote de amplas competências por parte dos Estados.

*Secundus*, dever-se-á ter em conta “a diversidade dos variados serviços de interesse económico geral e as diferenças nas necessidades e preferências dos utilizadores que possam resultar das diversas situações geográficas, sociais ou culturais”. Reconhece-se, claro está, a heterogeneidade cultural dos Estados-Membros em sede de SIEG.

*Tertius*, “um elevado nível de qualidade, de segurança e de acessibilidade de preços, a igualdade de tratamento e a promoção do acesso universal e dos direitos dos utilizadores”. Apesar de estes valores já decorrerem da produção jurisprudencial do TJUE (e, em boa medida, do direito administrativo francês, com as famosas “lois de Roland”), integram, agora, o direito primário tendo, pois, de estar presentes em qualquer acto legislativo da União Europeia no que concerne aos serviços de interesse geral.

---

TASCA, *Rapport D'Information: Fait au nom de la Délégation pour l'Union Européenne (1) sur les services d'intérêt général après le Traité de Lisbonne*, 13.

<sup>391</sup> Vide Conseil Economique et Social, *Analysis of the Implications of the Lisbon Treaty on Services of General Interest and Proposals for Implementation – Discussion Paper Drawed up by European Experts*, 46.

O artigo 2.º estabelece o seguinte:

As disposições dos Tratados em nada afectam a competência dos Estados-Membros para prestar, mandar executar e organizar serviços de interesse geral não económicos.

A sua relevância não é despreciada. Por um lado, a expressão “serviços de interesse geral não económicos”, embora agora integre o direito primário, não aparecia senão em comunicações da Comissão ou, por exemplo, mais recentemente na Directiva dos Serviços. Por outro lado, reforça-se a ideia de competência dos Estados-Membros no que diz respeito à prestação, execução e organização deste tipo de serviços, apesar de, uma vez que estes serviços apresentam uma natureza não económica, nem as regras da concorrência nem as do mercado interno lhes são aplicáveis.

O protocolo constitui, pois, uma sistematização daquilo que Florence Chaltiel apelida de “serviço público europeu”<sup>392</sup>. Na verdade, reafirma-se um certo número de princípios que servem de guia às instituições europeias, nomeadamente à Comissão, o papel essencial, e a grande margem de manobra das autoridades nacionais, regionais e locais na gestão dos SIEG, indo ao encontro das necessidades dos seus utilizadores e fornecendo-os com a maior proximidade possível, e reforçando-se o respeito pelos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade<sup>393</sup>.

### 5.2.3. Carta dos Direitos Fundamentais

Como foi referido *supra* (parte II, ponto 5.1.), a Carta dos Direitos Fundamentais não conferia nenhum direito, sendo uma espécie de acordo interinstitucional<sup>394</sup>.

Assim, o artigo 6.º, n.º 1, do TUE assume bastante significado, estabelecendo que:

A União reconhece os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de Dezembro de 2000, com as adaptações que lhe foram introduzidas em 12 de Dezembro de 2007, em Estrasburgo, e que tem o mesmo valor jurídico que os Tratados.

<sup>392</sup> *Vide* Florence CHALTIEL, «Les apports du Traité de Lisbonne au service public», 1577.

<sup>393</sup> Florence CHALTIEL, «Les apports du Traité de Lisbonne au service public».

<sup>394</sup> Florence CHALTIEL, «Les apports du Traité de Lisbonne au service public».



Deste modo, a alteração efectuada pelo Tratado de Lisboa confere à Carta o mesmo valor jurídico dos Tratados, ou seja, é juridicamente vinculativa.

O seu artigo 36.º (já transcrito *supra*, parte II, ponto 5.1.), reveste especial importância no domínio dos SIEG, reforçando o princípio da acessibilidade como essencial ao seu funcionamento e pelo qual o legislador da União deve despende esforços para garantir e impor<sup>395 396</sup>.

O relevo da Carta não se esgota, porém, aqui, merecendo destacar ainda os artigos 34.º e 35.º, porquanto se reportam aos serviços sociais. O artigo 34.º, parágrafo 1, estabelece o seguinte:

A União reconhece e respeita o direito de acesso às prestações de *segurança social* e aos serviços sociais que concedem protecção em casos como a *maternidade, doença, acidentes de trabalho, dependência ou velhice*, bem como em caso de *perda de emprego*, de acordo com o direito da União e com as legislações e práticas nacionais. (itálico nosso)

Estes direitos assistem não só aos cidadãos nacionais de cada Estado-Membro, mas a “todas as pessoas que residam e se desloquem legalmente no interior da União” (parágrafo 2).

Estamos, pois, no domínio de variados serviços sociais e, como tal, na presença de diversos valores não-económicos, tais como a luta contra a exclusão social e a pobreza. Deste modo o parágrafo 3 prevê que, de forma a atingir estes desígnios “a União reconhece e respeita o direito a uma assistência social e a uma ajuda à habitação destinadas a assegurar uma existência condigna a todos aqueles que não disponham de recursos suficientes, de acordo com o Direito da União e com as legislações e práticas nacionais”.

No campo da saúde (também aqui individualizados), o artigo 35.º garante o direito de acesso aos serviços de prevenção e cuidados médicos.

<sup>395</sup> Vide Conseil Economique et Social, *Analysis of the Implications of the Lisbon Treaty on Services of General Interest and Proposals for Implementation – Discussion Paper Drawn up by European Experts*, 48.

<sup>396</sup> Neste sentido vide as *Anotações relativas à Carta dos Direitos Fundamentais*, JOUE, C 303, de 14/11/2007, 17. Em anotação ao artigo 36.º estabelece-se que este artigo está de acordo com o artigo 14.º do TFUE e que, apesar de não criar qualquer direito novo, estabelece o princípio de que a União Europeia respeita o acesso aos SIEG previsto pelas legislações nacionais, desde que sejam compatíveis com o direito da União.

## 6. SIEG e Directiva-Quadro

### 6.1. Breve exposição dos antecedentes históricos

A ideia de se estabelecer um quadro legislativo horizontal para os serviços de interesse geral não é recente.

O Parlamento Europeu foi a instituição mais activa no que à adopção de uma directiva-quadro sobre os serviços de interesse geral diz respeito. Efectivamente, com base no chamado relatório *Werner Langen*, em 2001, considerou necessária a adopção desse instrumento legislativo relativamente “aos objectivos e condições de organização dos serviços de interesse geral com base no artigo 95.º do Tratado CE (actual artigo 114.º do TFUE); essa directiva deverá criar o quadro jurídico que garanta a prestação de serviços de interesse geral aos cidadãos, em particular em cumprimento do artigo 16.º do Tratado CE (actual artigo 14.º do TFUE)”<sup>397</sup> (parênteses nosso), tendo retomado esta ideia em 2004<sup>398</sup>.

Todavia, em 2006, a posição do Parlamento não era tão clara e peremptória, tendo mesmo colocado dúvidas acerca da utilidade de tal directiva dada a falta de consenso existente<sup>399</sup>.

A Comissão Europeia, por seu lado, teve um comportamento semelhante ao do Parlamento Europeu, isto é, começou por sugerir a adopção da directiva tendo paulatinamente vindo a decrescer o seu entusiasmo.

Assim, no relatório ao Conselho Europeu de Laeken, a Comissão afirmou estar a avaliar essa possibilidade<sup>400</sup>, ao passo que o Conselho Europeu de Barcelona aprovou este entendimento<sup>401</sup>.

No entanto, até hoje a Comissão ainda não propôs qualquer tipo de directiva-quadro, tendo mesmo manifestado as suas dúvidas no Livro

---

<sup>397</sup> Cf. *Resolução do Parlamento Europeu sobre a Comunicação da Comissão intitulada “Serviços de interesse geral na Europa”*, de 13/11/2001, JOUE, C 140 E, de 13/6/2002, 153, ponto 13.

<sup>398</sup> *Vide a Resolução do Parlamento Europeu sobre o Livro Verde sobre os serviços de interesse geral*, de 14/1/2004, JOUE, C 92 E, de 16/4/2004, 294.

<sup>399</sup> *Vide a Resolução do Parlamento Europeu sobre o Livro Branco da Comissão sobre os serviços de interesse geral*, de 27/9/2006, A6-0275/2006.

Segundo Markus Krajewski, o debate sobre o relatório Rapkay mostrou uma divisão partidária sobre o assunto: os membros do PSE e o Partido Os Verdes estavam a favor da directiva-quadro, ao passo que os membros de PPE e do ALDE rejeitaram-na expressamente. *Vide* Markus KRAJEWSKI, «Providing Legal Clarity and Securing Policy Space for Public Services», 382.

<sup>400</sup> Cf. *Relatório ao Conselho Europeu de Laeken – Serviços de interesse geral*, Bruxelas, COM (2001) 598 final, pontos 51 e 52.

<sup>401</sup> Cf. *Conclusões da Presidência do Conselho Europeu de Barcelona*, ponto 42.

Verde, e opondo-se a tal iniciativa no Livro Branco<sup>402</sup>, dada a hesitação existente tanto no Parlamento Europeu como nos Estados-Membros. Ainda assim, no Livro Branco encontramos a seguinte afirmação: “A Comissão considera que será conveniente rever a questão quando o Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa entrar em vigor”<sup>403</sup>, tendo em conta que a chamada Constituição Europeia vinha estabelecer o mesmo que o artigo 14.º do TFUE.

Porém, o Presidente da Comissão, José Manuel Barroso, afirmou no Parlamento Europeu, durante o debate sobre o relatório *Rapkey*, que a Comissão já não considerava necessário realizar a proposta de uma Directiva relativamente aos serviços de interesse geral<sup>404</sup>. Esta posição foi reafirmada pela Comunicação da Comissão de 2007, na qual podemos constatar que esta Instituição considera que o Protocolo sobre os serviços de interesse geral estabelece um quadro coerente, que servirá de guia para a intervenção da União Europeia e que “confere visibilidade, transparência e clareza à abordagem da UE no domínio dos serviços de interesse geral”<sup>405</sup>. Neste sentido, a Comissão aponta como caminho para o futuro a persistência da adopção de medidas sectoriais no que aos SI(E)G (compreendendo os serviços sociais de interesse geral) diz respeito, conjuntamente com a publicação de uma comunicação com perguntas mais frequentes e as respectivas respostas<sup>406</sup>.

<sup>402</sup> Cf. *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões – Livro Branco sobre os serviços de interesse geral*, 12.

<sup>403</sup> *Idem*.

<sup>404</sup> Vide Markus KRAJEWSKI, «Providing Legal Clarity and Securing Policy Space for Public Services», 382. O autor refere que, numa espécie de reacção a esta relutância em aceitar a necessidade de um instrumento legal horizontal para os serviços de interesse (económico) geral, surgiram muitas propostas de directiva, nomeadamente do Partido Socialista Europeu (PSE), do Comité Europeu de Ligação dos Serviços de Interesse Geral (CELSIG), do Centro Europeu de Empresas de Participação Pública e de Empresas de Interesse Económico Geral (CEEP) e da Confederação de Comércio da União Europeia (ETUC), disponíveis em <<http://www.pes.org/en/pes-action/pes-documents/other-documents>>, <[www.celsig.org](http://www.celsig.org)>, <[www.ceep.org](http://www.ceep.org)> e <[www.etuc.org](http://www.etuc.org)>, respectivamente. Todas estas propostas versam, de um modo geral, sobre os mesmos assuntos: definição de conceitos essenciais; responsabilidade partilhada entre a União e os Estados-Membros; enumeração de obrigações de serviço público; o financiamento dos SIG; direitos dos utilizadores; qualidade e avaliação dos serviços.

<sup>405</sup> Cf. *Comunicação da Comissão - Os serviços de interesse geral, incluindo os serviços sociais de interesse geral: um novo compromisso europeu*, 9.

<sup>406</sup> Vide *Commission Staff Working Document: Frequently asked question in relation with Commission Decision of 28 November 2005 on the application of Article 86(2) of the EC Treaty to State aid in the form of public service compensation granted to certain undertakings entrusted with the operation of services of general economic interest, and of the Community Framework for State aid in the form of public service compensation*, Brussels, 20/11/2007, SEC (2007) 1516 final.

## 6.2. Porquê uma directiva-quadro?

A opção de elaborar uma directiva horizontal relativamente aos SIG não é de todo consensual. Na verdade, ao passo que os franceses a desejam, afirmando-se assim os valores de interesse geral por eles preconizados<sup>407</sup>, o Reino Unido rejeita-a, demonstrando o seu total cepticismo no que à soberania nacional diz respeito<sup>408</sup>.

O respeito pelo princípio da subsidiariedade é invocado com frequência pelos que se opõem a esta iniciativa. Com efeito, a adopção de uma directiva-quadro comportaria, em primeiro lugar, o grande risco de comprometer a liberdade dos Estados-Membros de adaptar os seus serviços de interesse geral às necessidades dos seus cidadãos e às especificidades culturais e geográficas de cada país<sup>409</sup>. Além disso, avança-se com o argumento de que os SIG não apresentam uma dimensão europeia que justifique a intervenção da União<sup>410</sup>.

Há também quem recuse uma directiva-quadro com fundamento na natureza sectorial que caracteriza este domínio, tendo cada serviço especificidades próprias que devem ser individualmente consideradas<sup>411</sup>.

<sup>407</sup> Tanto assim é que Catherine TASCAS refere que o presidente francês Nicolas Sarkozy afirmou que “o Tratado de Lisboa marca incontestavelmente o regresso da Europa em França e o retorno de França à Europa”. *Vide* Catherine TASCAS, *Rapport D'Information: Fait au nom de la Délégation pour l'Union Européenne (1) sur les services d'intérêt général après le Traité de Lisbonne*, 27.

Porém, Michaël Karpenschif refere que apesar de não haver um enquadramento europeu no que diz respeito ao serviço público, existem diversos princípios na regulamentação sectorial. O autor recorda que, em França, pedra angular do serviço público, nunca existiu um texto codificador de todos os princípios a eles aplicáveis, sendo a jurisprudência e a doutrina a dar-lhes coerência através das “Lois de Roland”. Assim, Karpenschif conclui com a sugestiva reflexão: “Poderemos legitimamente culpar as instituições (europeias) de terem, por enquanto, falhado onde os defensores do serviço público francês nunca foram bem sucedidos?” (parênteses nosso). *Vide* Michaël KARPENSCHIF, «Vers une définition communautaire du service public», 65 e 66.

<sup>408</sup> *Vide* João Nuno Calvão da SILVA, *Mercado e Estado – Serviços de Interesse Económico Geral*, 267.

<sup>409</sup> *Idem*. *Vide* igualmente José Buendia SIERRA, «Finding the Right Balance: State Aid and Services of General Economic Interest», 221. Da perspectiva deste autor, parece ser contraditório o facto de se estabelecer uma base legal nova para os SIEG, paralelamente à reafirmação do princípio da subsidiariedade.

<sup>410</sup> Disto nos dá conta Frédéric PASCAL, «Quel cadre juridique européen pour les services d'intérêt général», 18.

<sup>411</sup> Assim, *vide* João Nuno Calvão da SILVA, *Mercado e Estado – Serviços de Interesse Económico Geral*, 267. *Vide* também, Giulio NAPOLITANO, «Towards a European Legal Order for Services of General Economic Interest», 579. Este autor, apesar de não se referir especificamente à directiva-quadro, afirma que a liberalização e a harmonização dos mercados ocorre de forma heterógena, variando de sector para sector, dependendo designadamente do grau de desenvolvimento técnico e económico de cada um.

Todavia, quem entende que uma directiva deste género é desejável afirma que, em primeiro lugar, o princípio da subsidiariedade não estará ameaçado, isto é, um quadro ao nível da União não teria como efeito coarctar os Estados-Membros na sua liberdade de definir, gerir, organizar e financiar os serviços de interesse geral<sup>412</sup>, mas teria como objectivo uma melhor articulação entre as regras do mercado e a prossecução das missões de serviço público, nos casos em que estas não justifiquem o encerramento do mercado à concorrência<sup>413</sup>.

Por outro lado, entende-se que seria extremamente positivo em sede de segurança jurídica, uma vez que evitar-se-ia a conciliação de interesse geral e concorrência numa base casuística, levada a cabo pelo TJUE<sup>414</sup>. Com efeito, a apreciação de cada caso individualmente, constitui, em si mesmo, um factor de instabilidade e inquietude para as empresas que fornecem SI(E)G tanto a nível regional como local<sup>415</sup>.

Desta forma, uma directiva sobre os SIG poderia dar um importante contributo no que diz respeito à constante tensão entre o financiamento dos serviços de interesse económico geral e as regras dos auxílios de Estado<sup>416</sup>. O esforço que a Comissão realizou no sentido de clarificar as (difíceis de preencher) condições Altmark, com o pacote já analisado, não surtiu o efeito desejado.

Com efeito, tanto as autoridades locais como os prestadores de SIEG sentem-se bastante inseguras. O peso administrativo que a aplicação das condições Altmark requer também é apontado como uma grande limitação. Assim, sugere-se que um enquadramento legal vise a flexibilização das regras<sup>417</sup>.

<sup>412</sup> Haveria, pelo contrário, um maior esclarecimento do que seria responsabilidade dos Estados-Membros. *Vide* Stéphane RODRIGUES, «Towards a General EC Framework Instrument Related to SGEI? Political Considerations and Legal Constraints», 259.

<sup>413</sup> Neste sentido, *vide* Frédéric PASCAL, «Quel cadre juridique européen pour les services d'intérêt general», 19; Johan van de GRONDEN, «The Services Directive and Services of General (Economic) Interest», 253.

<sup>414</sup> *Vide* Stephan WERNICKE, «Taking Stock: The EU Institutions and Services of General Economic Interest», 74.

<sup>415</sup> *Vide* Catherine TASCIA, *Rapport D'Information: Fait au nom de la Délégation pour l'Union Européenne (1) sur les services d'intérêt général après le Traité de Lisbonne*, 19. Neste sentido, *vide* também Claire VANNINI, «Service d'intérêt économique général, obligation de service public, service universel: où en est le droit communautaire?», ponto 2.2.

<sup>416</sup> Seguimos Stéphane RODRIGUES, «Towards a General EC Framework Instrument Related to SGEI? Political Considerations and Legal Constraints», 259.

<sup>417</sup> Markus Krajewski, além de fazer alusão a este aspecto, adianta que talvez se deva aproveitar para reduzir a quantidade de condições exigidas. Porém, o autor põe algumas reservas a esta opção por duas razões: em primeiro lugar, estando o conceito de auxílio de Estado presente no direito primário, e sendo o enquadramento um instrumento de direito

Acresce que, o argumento segundo o qual não existe um conceito europeu de serviços de interesse geral carece de precisão, justamente porque a Comissão, após uma ampla consulta realizada com base no Livro Verde, afirmou no Livro Branco sobre os serviços de interesse geral que

Não obstante as diferenças de pontos de vista e de perspectivas... a consulta revelou um amplo consenso quanto à necessidade de assegurar o fornecimento de serviços de interesse geral de qualidade e a preços acessíveis para todos os cidadãos e empresas da União Europeia. Foi igualmente confirmada a existência de uma concepção comum dos serviços de interesse geral na União. Esta concepção reflecte os valores e os objectivos da Comunidade e baseia-se num conjunto de elementos comuns, entre os quais o serviço universal, a continuidade, a qualidade do serviço, a acessibilidade financeira, bem como a defesa dos utentes e dos consumidores<sup>418</sup>.

Deste trecho, podemos concluir pela partilha de valores dos europeus em torno dos serviços de interesse geral. Apesar das diferenças que, de facto, existem nos vários países da União, há um sentimento comum de que os SIG, em especial os serviços sociais de interesse geral, além de desempenharem um papel essencial na coesão social e no desenvolvimento económico, possuem uma verdadeira dimensão europeia consubstanciada na partilha de todo um conjunto de valores e princípios.

Além disso, a já referida legitimidade democrática reforçada, em virtude do acto legislativo ter de ser adoptado em conjunto por Parla-

---

derivado, este teria necessariamente de respeitar aquele, podendo quanto muito clarificá-lo. Em segundo lugar, uma alteração aos critérios Altmark poderia levantar dúvidas acerca da relação entre legislação e jurisprudência. O autor entende, contudo, que como os acórdãos do TJUE vinculam apenas as partes (a não ser que algum acto legislativo de direito derivado seja considerado nulo) o legislador da União não está impedido de legislar em sentido contrário ao da jurisprudência dos Tribunais da União Europeia, mas para isso teria de haver uma base legal para efeito. *Vide* Markus KRAJEWSKI, «Providing Legal Clarity and Securing Policy Space for Public Services», 390.

Por nossa parte, apesar de nos parecer correcto que o legislador da União não pode ficar refém dos ventos do Luxemburgo, pensamos que a actuação dissonante de cada instituição pode causar ainda mais insegurança jurídica aos destinatários de cada acto legislativo ou acórdão. Além disso, a prática da União não é a de desrespeito pelos Tribunais mas sim de cooperação, uma vez que os seus acórdãos constituem verdadeira fonte de direito.

<sup>418</sup> Cf. *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões – Livro Branco sobre os serviços de interesse geral*, 4.

mento Europeu e Conselho<sup>419</sup> (que representam as dois pilares de legitimidade do projecto europeu), permitiria evitar o défice democrático de que padece a Comissão.

Por fim, até à entrada em vigor do Tratado de Lisboa, havia um ascendente claro das regras do mercado. O direito da União sempre considerou o serviço público de maneira negativa, isto é, como um motivo justificativo utilizado pelos Estados-Membros de modo a superar os princípios (concorrenciais) consagrados pelo Tratado<sup>420</sup>.

Contudo, como reflecte Catherine Tasca, após o reconhecimento dos valores que fazem parte dos serviços de interesse geral e da adopção do Protocolo dedicado aos SIG, o problema não é mais o de definir quais as regras mais importantes, mas operar uma articulação:

as normas do domínio do direito da concorrência serão compatíveis com as obrigações de serviço público? Ou, pelo contrário: serão as obrigações de serviço público compatíveis com as regras da concorrência?<sup>421</sup>.

Com efeito, o Tratado de Lisboa vem estabelecer uma nova perspectiva. Agora, os serviços de interesse geral já não representam apenas valores comuns, partilhados pelos 27, nem servem apenas para refrear as rígidas regras do direito da concorrência. Hoje-em-dia, não constituindo apenas uma mera excepção, eles representam um verdadeiro desígnio a prosseguir.

### 6.3. Qual o seu âmbito?

Bastante controversas são igualmente as questões no que diz respeito ao âmbito e à unidade do instrumento legal. De facto, persistem dúvidas em saber se será mais coerente com o novo modelo legal incluir os serviços de interesse geral ou apenas serviços de interesse económico geral. Por outro lado, não existe consenso acerca da quantidade de actos legislativos.

<sup>419</sup> Esta preocupação com a legitimidade democrática em relação a matérias tão sensíveis por parte dos Estados-Membros não é novidade, uma vez que se passou o mesmo em relação ao Orçamento da União Europeia. Com efeito, Manuel Porto refere que a intervenção determinante do Parlamento Europeu e do Conselho explica-se pela dupla legitimidade democrática. *Vide* Manuel PORTO, *O Orçamento da União Europeia: As perspectivas financeiras para 2007-2013*, 31.

<sup>420</sup> *Vide* Claire VANNINI, «Service d'intérêt économique général, obligation de service public, service universel: où en est le droit communautaire?», ponto 1.

<sup>421</sup> *Vide* Catherine TASCAS, *Rapport D'Information: Fait au nom de la Délégation pour l'Union Européenne (1) sur les services d'intérêt général après le Traité de Lisbonne*, 21.

No que diz respeito ao âmbito da directiva-quadro, a tese segundo a qual deveriam ser considerados os SIG no seu conjunto, sustenta-se no facto de a Comissão, na sua produção legislativa, não utilizar consistentemente a terminologia de SIEG para se referir a toda a prestação de serviços. Deste modo, poder-se-ia considerar que a Comissão tende a abordar as questões relativas a este tipo de serviços na sua globalidade, independentemente da sua natureza económica ou não económica. Assim, a distinção entre SIG e SIEG, não sendo este mais do que uma sub-categoria daquele, esbater-se-ia um pouco uma vez que todos os serviços de interesse geral têm uma dimensão económica, isto é, nenhum deles está verdadeiramente fora do mercado, já que todos eles necessitam de prestações externas para viabilizar o seu funcionamento<sup>422</sup>.

Por outro lado, também se defende a tese nos termos da qual a directiva-quadro só deveria abranger os serviços de interesse económico geral, na medida em que o direito da União Europeia só se preocupa verdadeiramente com os serviços assim que eles tenham natureza económica, ou seja, quando tenham uma ligação com o mercado<sup>423</sup>.

Segundo Jean-François Auby, a abertura progressiva de determinadas actividades à concorrência, que outrora estavam salvaguardadas, representa uma transferência significativa de serviços de interesse geral não económicos para a esfera dos SIEG, sendo, pois, perfeitamente razoável considerar-se apenas estes últimos excluindo os primeiros<sup>424</sup>.

Markus Krajewski considera a noção de SIG enganadora e de valor legal duvidoso. Com efeito, este professor de Potsdam afirma que esta expressão não é usada no Tratado (à excepção do Protocolo sobre os SIG que, apesar de ter esta nomenclatura, trata fundamentalmente dos serviços de interesse económico geral), tendo a Comissão referido

<sup>422</sup> Esta tese é-nos apresentada por Jean-François AUBY, «Une directive communautaire sur les services d'intérêt général», 786. No sentido de que a directiva-quadro deveria versar sobre os SIG *vide* Catherine TASCIA, *Rapport D'Information: Fait au nom de la Délégation pour l'Union Européenne (1) sur les services d'intérêt général après le Traité de Lisbonne*, 18, e Frédéric PASCAL, «Quel cadre juridique européen pour les services d'intérêt général», 32. Parecendo seguir este entendimento, Béatrice Delzangles sustenta que o Protocolo sobre os SIG relegou para segundo plano a natureza económica dos serviços de interesse geral, conferindo, assim, a estes um valor comum na União Europeia. *Vide* Béatrice DELZANGLES, «La systématisation des activités d'intérêt général en droit communautaire», 1135.

<sup>423</sup> Neste sentido, *vide* Jean-François AUBY, «Une directive communautaire sur les services d'intérêt général», 786.

<sup>424</sup> Jean-François AUBY, «Une directive communautaire sur les services d'intérêt général».



que o conceito decorre, na prática da União, da expressão SIEG<sup>425</sup>, aparecendo na legislação comunitária secundária apenas em 2006, com a Directiva dos Serviços. Além disso, o TJUE nunca utilizou tal nomenclatura, tendo-o feito o TG por apenas uma vez, quando se referia à Comunicação da Comissão de 2000 sobre os serviços de interesse geral na Europa<sup>426</sup>.

Assim, Krajewski sugere que a abordagem preferível passa pela adopção da linha de entendimento do TJUE no que à aplicação do artigo 106.º, n.º 2, diz respeito, utilizando apenas o termo “serviços de interesse económico geral” como referindo-se a tarefas específicas de interesse geral confiadas a uma determinada empresa, visto que a natureza económica de uma actividade é fundamental no que concerne o direito da concorrência<sup>427</sup>.

No que diz respeito à unidade da directiva-quadro, verificamos igualmente a falta de entendimento nesta matéria.

Na verdade, discute-se se este deve resumir-se a um acto único (uma espécie de enquadramento geral) que estabeleça princípios e condições para qualquer actividade de interesse geral<sup>428</sup>, ou se deve consistir numa pluralidade de actos legislativos destinados a resolver, sucessivamente, os principais problemas detectados (abordagem temática horizontal), e/ou adaptar esses princípios e condições aos vários sectores (abordagem sectorial horizontal)<sup>429</sup>.

Contudo, não falta quem apoie uma espécie de pacote legislativo, isto é, a adopção de um texto global sobre os SIG paralelamente à elaboração de textos específicos sobre serviços de interesse económico geral, serviços de interesse geral não económicos e, por fim, serviços sociais de interesse geral<sup>430</sup>.

<sup>425</sup> Cf. *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões – Livro Branco sobre os serviços de interesse geral*, Anexo 1.

<sup>426</sup> Vide Markus KRAJEWSKI, «Providing Legal Clarity and Securing Policy Space for Public Services», 385.

<sup>427</sup> Markus KRAJEWSKI, «Providing Legal Clarity and Securing Policy Space for Public Services», 388.

<sup>428</sup> Neste sentido, vide Catherine TASCIA, *Rapport D'Information: Fait au nom de la Délégation pour l'Union Européenne (1) sur les services d'intérêt général après le Traité de Lisbonne*, 28.

<sup>429</sup> Assim, vide CONSEIL ECONOMIQUE ET SOCIAL, *Analysis of the Implications of the Lisbon Treaty on Services of General Interest and Proposals for Implementation – Discussion Paper Drawed up by European Experts*, 50; Stéphane RODRIGUES, «Towards a General EC Framework Instrument Related to SGEEI? Political Considerations and Legal Constraints», 265.

<sup>430</sup> Neste sentido, vide Florence CHALTIEL, «Les apports du Traité de Lisbonne au service public», 1579 e Frédéric PASCAL, «Quel cadre juridique européen pour les services d'intérêt général», 32.

Parece-nos que esta última opção será a que melhor servirá os interesses da União Europeia. Apesar de o argumento nos termos do qual apenas os serviços de interesse económico geral relevam para efeitos da aplicação das regras da concorrência, nomeadamente os artigos 107.º, n.º 1, e 106.º, n.º 2, ser verdadeiro, não é menos verdade que não raras vezes o Tribunal de Justiça da União Europeia exclui um determinado serviço do âmbito da qualificação de SIEG por razões que não provêm da lógica económica, fazendo uso de critérios não económicos que lhe permite isolar determinadas actividades da concorrência<sup>431</sup>. Além disso, a linha de fronteira entre os SIEG e os SIGNE é extremamente ténue no que concerne os serviços sociais<sup>432</sup>.

Assim, por razões de segurança jurídica, não parece despicienda a proposta de elaborar vários actos legislativos, cada um deles com um objectivo específico, atendendo às características particulares de cada tipo de serviços.

#### 6.4. Instrumento legal

O termo directiva-quadro não consta do Tratado. Apesar disso, as propostas elaboradas neste âmbito fazem referência a este instrumento, pelo que podemos afirmar que se trata de uma categoria mais política do que jurídica<sup>433</sup>, uma vez que se pretende deixar o máximo de flexibilidade possível na implementação, coisa que é possibilitada pela directiva mas não pelo regulamento, que vigora nos ordenamentos jurídicos tal qual é aprovado<sup>434</sup>.

<sup>431</sup> Vide Christophe Le BERRE, «La logique économique dans la définition du service public», 56. O autor sustenta ainda que o TJUE, na aplicação do artigo 106.º, n.º 2, deixa transparecer alguma hesitação entre, por um lado, a aplicação formal dos elementos que constituem o artigo e, por outro lado, a conciliação de determinada actividade com as leis do mercado. São uma ilustração clara destas oscilações os casos que tenham uma conexão com o ambiente ou com a existência de prerrogativas de poder público.

<sup>432</sup> No Ac. de 16/3/2004, AOK Bundesverband, o AG Jacobs teve uma opinião dissidente da decisão que o TJUE veio a tomar. Enquanto este excluiu o sistema de segurança social do plano económico, o AG Jacobs assim não entendeu, afirmando que a segurança social teria que justificar a sua actuação nos termos do artigo 106.º, n.º 2, de forma a escapar ao artigo 101.º.

<sup>433</sup> Vide Markus KRAJEWSKI, «Providing Legal Clarity and Securing Policy Space for Public Services», 396.

<sup>434</sup> A Comissão, na sua comunicação *Governança Europeia: Um Livro Branco*, Bruxelas, 25/7/2001, COM (2001) 428 final, 23, refere que deve ser utilizado o instrumento adequado aos objectivos que a União pretende alcançar, ou seja, “quando é necessária uma aplicação uniforme e certeza jurídica em toda a União deverá ser considerada a hipótese de utilizar regulamentos”. Pelo contrário “as denominadas ‘directivas-quadro’ devem ser utilizadas com maior frequência. Para além de pressuporem um menor grau de intervenção

Não é essa, porém, a linguagem adoptada pelo Tratado de Lisboa no seu artigo 14.º. Como expusemos, esse artigo refere-se apenas a regulamentos, não sendo, portanto, adequado para a elaboração de uma directiva-quadro. A consequência prática que daqui advém é a de que os Estados-Membros não terão a margem de manobra conferida por uma directiva para atingir os objectivos por ela traçados.

De modo a resolver este dilema, Krajewski propugna que se adopte um pacote legislativo que inclua um enquadramento legal que estabeleça os princípios gerais para os prestadores de serviços de interesse económico geral, paralelamente à elaboração de instrumentos mais específicos que definam o que se entende por auxílio de Estado, retirando deste conceito as compensações financeiras aos SIEG<sup>435</sup>.

Parece-nos que o professor de Potsdam vai demasiado longe com a sua proposta, uma vez que isso significaria voltar à solução do acórdão Ferring que, como vimos, foi altamente criticado e posteriormente reformulado em Altmark.

---

e de proporcionarem uma maior flexibilidade em termos de transposição, estes textos são normalmente aprovados mais rapidamente pelo Conselho e pelo Parlamento Europeu”.

<sup>435</sup> *Vide* Markus KRAJEWSKI, «Providing Legal Clarity and Securing Policy Space for Public Services», 397.



## Conclusões

As regras relativas aos auxílios de Estado na União Europeia são muito relevantes. Com efeito, ao mesmo tempo que se assume que os auxílios de Estado podem ser decisivos para corrigir uma falha de mercado, também se reconhece que, se preenchidos certos requisitos, as medidas podem ter efeitos altamente distorçores da concorrência. Daí que haja a consciência de que, com o seu controlo ao nível da União, se possa garantir condições de concorrência equitativas para todas as empresas.

A relação que existe entre os auxílios de Estado e os serviços de interesse económico geral é evidente. Com efeito, assistimos durante anos a uma querela em torno da questão processual, isto é, sobre a questão de saber se os auxílios concedidos a empresas fornecedoras de tais serviços concediam uma vantagem económica aos seus beneficiários, e se, por isso, deveriam ser notificados previamente à Comissão Europeia para controlo de compatibilidade.

O acórdão *Altmark* constitui, pois, um avanço credível para pôr fim a esta questão. As medidas de auxílio ficam isentas de notificação se forem cumpridos certos requisitos, pondo-se o enfoque na eficiência da empresa escolhida e na forma como essa escolha é efectuada (através de um procedimento de contratação pública). É neste ponto que a nossa crítica é mais severa: com efeito, como se pode assegurar que os procedimentos de contratação pública (*maxime* o concurso público) conduzem a que o nível de compensação seja o mais baixo possível?

Parece-nos que assim não é, e podemos até avançar que se, antes do *Ac. Altmark*, o que estava em causa era unicamente se a compensação deveria ser ou não notificada para controlo da sua proporcionalidade, visando garantir que não excedia o necessário, por maioria de razão o procedimento que conduz à escolha de uma empresa com base na sua eficiência, esse sim, deveria ser controlado pela Comissão Europeia.

Com *Altmark* emerge igualmente um papel claro a desempenhar pelo artigo 106.º, n.º 2. Neste sentido, e no âmbito dos auxílios de Estado em geral, não será despidendo discutir com maior profundidade a possibilidade de uma maior envolvência por parte das autoridades da concorrência de todos os Estados-Membros na resolução de problemas relacionados com auxílios em geral e sobre o financiamento dos SIEG em particular. Com efeito, parece-nos que o trabalho de descentralização, realizado ao nível da aplicação das regras *anti-trust*, apesar de notável, é insuficiente. É preciso ser mais ambicioso e dotar

cada autoridade da concorrência de maiores poderes relativamente aos auxílios concedidos, uma vez que apenas com maior coordenação com os Estados-Membros pode a Comissão ser mais eficiente no desenvolvimento da sua actividade de controlo.

O financiamento dos SIEG conheceu, porém, uma evolução com o acórdão BUPA. Do nosso ponto de vista, este acórdão pode ter duas leituras: uma positiva e outra negativa.

A leitura positiva baseia-se no facto de se terem introduzido valores de solidariedade no direito da concorrência de modo a reinterpretar, suavizando, os critérios Altmark. Efectivamente, a solidariedade é um valor que está subjacente ao projecto europeu e é intrínseco aos SIEG (está desde logo bem patente no princípio da universalidade). Este acórdão vai igualmente ao encontro da importância decisiva que a Comissão atribui aos serviços sociais de interesse geral e está totalmente em harmonia com a expressão “economia social de mercado”, posteriormente introduzida com o Tratado de Lisboa.

A leitura negativa consubstancia-se, por um lado, na subversão completa do princípio da universalidade (e consequentemente da noção de SIEG) e, por outro lado, no facto de o TG ter admitido que um SIEG pode ser confiado a uma pluralidade de operadores através de regras gerais.

Na verdade, o Tribunal não teve em conta o facto de o serviço fornecido não ser acessível a mais de metade da população nem de ser providenciado em todo o território irlandês. Assistimos, pois, a uma autêntica decadência de um dos princípios fundamentais que pauta a conduta dos SIEG e que é reconhecido pelo Direito da União Europeia. Com efeito, tanto a Comissão Europeia como os Estados-Membros (estes através da adopção do Protocolo relativo aos SIG) enfatizam que o princípio da universalidade não só faz parte dos desígnios dos serviços de interesse económico geral mas representa também um verdadeiro valor comum que a União deve proteger e promover.

Por outro lado, o facto de se ter admitido que a atribuição do SIEG possa ser feita a vários operadores através de regras gerais, além de não se coadunar com a jurisprudência do TJUE, coloca alguns problemas no que diz respeito à efectiva aplicação da Directiva dos Serviços. Apesar de o acórdão BUPA se referir a serviços de seguros de saúde, estando, desde logo, excluídos do âmbito de aplicação desta Directiva, nada impede que os Estados-Membros apliquem, por analogia, o mes-

mo entendimento do Tribunal Geral a outro tipo de serviços, considerando todo um conjunto de empresas como prosseguindo um SIEG, assim as subtraindo da aplicação das normas da Directiva dos Serviços.

É no seguimento da descaracterização da noção de SIEG e da entrada em vigor do Tratado de Lisboa, nomeadamente do artigo 14.º do TFUE, que pensamos ser adequado a adopção de uma Directiva-quadro para os SIG.

Na verdade, uma directiva deste género teria como principal vantagem alcançar um grau de segurança jurídica que o Direito da União Europeia, no que aos SIEG diz respeito, ainda não conhece. Por um lado, a Comissão, à excepção de alguns sectores (*v.g.* sector energético), continua empenhada a elaborar apenas comunicações que servem de mera orientação e, por outro lado, os Tribunais da União mantêm um rumo que não é conhecido pela sua estabilidade e previsibilidade.

Assim, poder-se-ia esclarecer os conceitos de SIG, SIEG, SIGNE, SSIG; estabelecer e definir determinadas obrigações de serviço público que cada SIEG deve sempre prosseguir; estabelecer determinados padrões de qualidade e mecanismos de controlo da mesma; clarificar a divisão de competências entre a União e os Estados-Membros e, fundamentalmente, estabelecer as condições de financiamento dos SIEG endereçando em particular o problema relativamente aos auxílios de Estado nesta matéria. Parece-nos claro que, no que concerne este último ponto, o artigo 14.º do TFUE estabelece uma base legal incontesteável para a adopção de princípios e condições económico-financeiras de modo a possibilitar a operação do SIEG em condições aceitáveis.

À partida, a intervenção da União num campo em que os Estados-Membros gozam de ampla discricionariedade, em virtude do princípio da subsidiariedade, poderia pôr em causa a legitimidade de acção daquela. No entanto, parece-nos que este princípio não fica sequer beliscado, porquanto o princípio da subsidiariedade não significa exclusividade mas sim partilha, sendo que a actuação da União se centra precisamente na definição de princípios e condições, deixando a justa liberdade aos Estados-Membros para os aplicarem, sob o controlo das Instituições da União no caso de erro manifesto.





## ABSTRACT

The thesis “State aid – Financing of Services of General Economic Interest” performs a study on the controversial topic of so-called compensatory measures to companies entrusted with public service obligations. To this end we adopt a supranational approach, by performing a critical analysis of the past and recent evolution of the existing European Union (EU) legal framework and case-law on this matter.

The present work is divided into two parts. Part I deals with general state aid law doctrine in order to provide a framework of understanding of the Service of General Economic Interest (SGEI) financing problematic. Article 107(1) of the Treaty on the Functioning of the EU (TFEU) establishes this general prohibition by stating

Save as otherwise provided in the Treaties, any aid granted by a Member State or through State resources in any form whatsoever which distorts or threatens to distort competition by favouring certain undertakings or the production of certain goods shall, in so far as it affects trade between Member States, be incompatible with the internal market”.

In other words, State aid law prohibits Member States from funding either public or private companies provided that certain criteria are met. Therefore, at the same time it establishes a principle of prohibition the article also encompasses the concept of State aid, which is composed by five elements that must be cumulatively fulfilled. Funds have to be:

- 1) Provided by the State directly or through state resources in any form, i.e. public or private companies designated to perform distribution of aid regardless of being, for instance, a subsidy or a tax break;
- 2) Selective. This means that the State is providing financial resources or relief to a limited amount of companies;
- 3) Allowing companies to enjoy an economic advantage that would

- not be possible had the State not taken action, i.e. no private investor would perform similar investment;
- 4) Distortive of competition, i.e. they must affect or threaten to hinder the competitive structure. Companies must be competitive on their own terms, facing the market on the basis of the quality of their products and/or services and management proficiency. If an efficiency increase or a market share enhancement of certain companies is only due to the introduction of circumstances exogenous to the market, competition is affected.
  - 5) Prone to affect trade between Member States, namely if the aid has the effect of lowering imports or increasing exports.

Part II looks at diverse topics related to SGEI. It starts by briefly establishing a terminology distinction and clarification on the concepts of services of general interest (SGI), SGEI and public service. In light of the great legislative and conceptual production undertaken by the European Commission, it is imperative to have rigorous and precise definitions in order to have a clear and effective application of the law. SGI encompass both services of general interest that have an economic and non-economic nature. Whereas public service it is not more than a historic French administrative law concept.

Having clarified this issue, we then analyse the legal problems around the financing of SGEI. Given the landmark nature of the *Altmark* judgement we perform a distinction between the period before and after its rendering. The application of state aid rules to services of general economic interest has been cumbersome in EU law. For some decades the Court of Justice of the European Union (hereafter CJEU) and the General Court have dealt with the issue whether state payments to companies for the fulfilment of public service obligations should be examined either from the point of view of EU state aid rules or if they should be considered as mere compensation for state obligations imposed on companies. The approach toward payments is of crucial importance for the continuity of provision of services of general economic interest. Because these are services which have to be supplied to the whole population at affordable prices (principle of universality), the danger is that without compen-

sation from the state they may not be profitable and thus would probably not be provided by the private sector.

In adjudicating cases related to this issue, the CJEU and the General Court have developed two approaches. The first approach is the state aid approach, which is based on the principle of apparent advantage. Under this reasoning, every compensatory measure is to be scrutinized for compatibility with the EU state aid rules. This was the course taken by the General Court in *FFSA* and *SIC*. The second approach is ‘the compensation approach’ and it is based on a consideration of the actual advantage resulting from state payments. This line of thinking holds that compensatory measures are not to be considered state aid if their only effect was to offset the additional burden caused by the fulfilment of public service obligations. The CJEU endorsed this conception in *ADBUH* and *Ferring*.

More recently, the *Altmark* judgement endorsed much of the criticism that had been directed at *Ferring*, and thus brought about considerable changes to the legal framework for services of general economic interest. Pursuant to article 107 (1) TFEU, the European Commission scrutinizes state measures for the compensation of public service obligations of SGEIs. However, the *Altmark* judgment introduced four cumulative requirements which would allow such a state measure for public service compensation of SGEI to escape the scrutiny of that EU Institution.

We then look into the case law development, namely by discussing the facts of the *BUPA* judgment and by evaluating the interpretation of the *Altmark* criteria undertaken by the General Court. Although it has some inherent flaws, this judgment addressed some of the issues created by previous judgements of the CJEU (most importantly the introduction of an efficiency criterion). In *BUPA*, the *Altmark* efficiency test was found not to lead to a desirable outcome, which is why an exception was necessary. In this way, *BUPA* has challenged the rigid *Altmark* criteria. In fact, the General Court applied these criteria in such a way that one might be led to conclude that they were dismissed. The interpretation by the Court in *BUPA* completely ignores the competitive process and expands the concept of SGEI, which is a result of the addition of solidarity values in the field of state aid law present in this case. However, legal certainty has suffered. The case-by-case analysis of the General Court and the Court of Justice creates too

much uncertainty and leaves one wondering when the next exception will be established.

The present thesis also takes a holistic approach and considers the impact of the *BUPA* judgment on Directive 2006/123/EC (Services Directive), in light of the changes introduced by the Treaty of Lisbon, with a special focus on the increasing importance of the principle of solidarity in state aid law. The *BUPA* judgement sheds new light on the approach toward compensation for SGEIs, with both positive and negative implications. On the one hand, the judgment has made the tight *Altmark* criteria more flexible by introducing the solidarity principle and this is a welcome development. On the other hand, *BUPA* also raises issues about the effectiveness of Directive 2006/123/EC.

The *BUPA* judgement could have negative implications for the effectiveness of the Services Directive because it acknowledges that SGEI obligations may be entrusted by means of general rules, which would make it easier for services which do not have the characteristic of SGEI to qualify as SGEI services. It could thus lead to the unexpected consequence of disrupting the integration of the internal market for services. Such lack of legal certainty and precision is harmful for the EU market, especially for the Europe 2020 goals, and in particular the goal of sustained growth. Local authorities continue to report difficulties with the definition of SGEI and the methods of financing for SGEI. This situation is undesirable as it might lead to incorrect application of rules and compromise their effectiveness.

Finally, we suggest ways in which the *BUPA* judgement can strengthen the legal framework for SGEI in the context of the Treaty of Lisbon. Since *BUPA* poses such serious issues within the EU legal framework for SGEI it will reinvigorate the debate about the adoption of a single rulebook. For the reasons state above a legal framework for SGEI would be advisable and desirable. Most importantly, it would have the opportunity to address some of the most pressing issues created by the *BUPA* judgment, for instance by establishing the defining principles of SGEI and by clarifying the concept. It would also provide the opportunity to clarify and define other issues, for instance the shared responsibility between the EU and Member States on the definition, provision, management and financing of SGEI; the issues of compensation to SGEI providers, user rights, quality standards and

evaluation of performance. Most of these were already considered as issues that are unclear to Member States and stakeholders in the Reform of EU State aid rules on SGEI and, as such, need to be addressed in a way that provides a clear legal framework and that limits the scope for uncertainty.

Therefore, we believe the Commission needs to engage in a different approach, which emphasizes the shared values and principles embedded in SGEI (values which resemble those for which EU citizens stand for), but which also effectively improves the legal conditions for the operation of their providers. This would enhance efficiency and would provide more transparency in the relations between the state and the market.

**Keywords:** State aid; Altmark; BUPA; Services Directive; SIEG Framework Directive; Services of General Economic Interest.



## Bibliografia

- ABREU, Jorge Coutinho de, «L'europanisation du concept d'entreprise», *Revue Internationale de Droit Economique*, 1 (1995) 9-29.
- ALEXIS, Alain, «Services publics et aides d'État: Évolution récente de la jurisprudence», *RDUE*, 1 (2002) 63-107.
- «Politique des aides d'État: La Commission contribue à plus de sécurité juridique pour le financement des services d'intérêt économique general», *CPN*, 1 (2002) 81-84.
- «L'arrêt Altmark du 24 juillet 2003: La Cour de justice précise les conditions de financement des services d'intérêt économique general», *CPN*, 3 (2003) 1-7.
- ALLIBERT, Brice; SIKORA, Alicja, «La Commission applique pour la première fois la jurisprudence Altmark dans le domaine d'électricité», *CPN*, 1 (2004) 83.
- ALMEIDA, João Nogueira de, *A Restituição das Ajudas de Estado Concedidas em Violação do Direito Comunitário*, Coimbra: Coimbra Editora, 1997.
- ÁLVARES, Pedro, *O Tratado de Lisboa e o futuro da Europa*, 1.<sup>a</sup> ed., Lisboa: Centro de História Contemporânea e Relações Internacionais, 2009.
- ALVES, José Caseiro, *Lições de Direito Comunitário da Concorrência*, Coimbra: Coimbra Editora, 1989.
- ANABITARDE, Alfredo; SANTIAGO, José María, «La nueva regulación del mercado del gás natural», *Revista de Administración Pública*, 148 (1999) 41-60.
- ANASTÁCIO, Gonçalo, «Regulação da Energia», in Eduardo FERREIRA – Luís MORAIS – Gonçalo ANASTÁCIO, coord., *Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo*, Coimbra: Almedina, 2009, 301-393.
- ANESTIS, Paris – MAVROGHENIS, Stephen, «The Market Investor Test», in Michael RYDELSKI, coord., *The EC State Aid Regime*, London: Cameron May, 2006, 109-127.
- AUBY, Jean-François, «Une directive communautaire sur les services d'intérêt general», *RFDA*, 4 (2006) 778-787.
- BACON, Kelyn, *European Community Law of State Aid*, Oxford: Oxford University Press, 2009.
- BARENTS, René, *Directory of EC Case Law on State Aids*, The Netherlands: Kluwer Law International, 2008.
- BARNARD, Catherine, «Unravelling the Services Directive», *CMLR*, 45/2 (2008) 323-394.
- BARTOSCH, Andreas, «The Relationship between Public Procurement and State Aid Surveillance – The Toughest Standard Applies?», *CMLR*, 39/3 (2002) 551-576.

- BARTOSCH, Andreas, «Clarification or Confusion? How to Reconcile the ECJ's Rulings in Altmark and Chronopost?», *EStAL*, 3 (2003) 375-387.
- «The Ruling in BUPA – Clarification or Modification of Altmark?», *EStAL*, 2 (2008) 211-213.
- BELL, John, «The Concept of Public Service under Threat from Europe? An Illustration from Energy Law», *EPL*, 5, 2 (1999) 189-198.
- BELLAMY & CHILD – ROTH, Peter – ROSE, Vivian, coord., *European Community Law of Competition*, 6.<sup>a</sup> ed., Oxford: Oxford University Press, 2008.
- BELLIS, Van Bael e, *Competition Law of the European Community*, 5.<sup>a</sup> ed., The Netherlands: Kluwer Law International, 2010.
- BENNETT, Paul, «Competing for the Island Lifeline: European Law, State Aid and Regional Public Services», *Regional Studies*, 40/8 (2006) 953-966.
- BERNABEU, Begoña Pérez, *Ayudas de Estado en la Jurisprudencia Comunitaria*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- BERRE, Christophe Le, «La logique économique dans la définition du service public», *RFDA*, 1 (2008) 50-57.
- BEYS, Julien De, «Droit européen des aides d'État et intérêt général», *ADL*, 68/4 (2008) 343-355.
- ; DUBOIS, Christophe, «Le financement des services publics et le contrôle des aides d'État», in Hugues DUMONT – Pierre JADOU, coord., *Le service public: 1. Le service public: passé, présent et avenir*, Bruxelles : La Chartre, 2009, 83-116.
- BIONDI, Andrea, «Justifying State Aid: The Financing of Services of General Economic Interest», in Takis TRIDIMAS – Paolisa NEBBIA, coord., *European Union Law for the Twenty-First Century*, vol. II, Oxford: Hart Publishing, 2004, 259-273.
- ; RUBINI, Luca, «Aims, Effects and Justifications: EC State Aid Law and its Impact on National Social Policies», in Michael DOUGAN – Eleanor SPAVENTA, coord., *Social Welfare and EU Law: Essays in European Law*, Oxford: Hart Publishing, 2005, 79-105.
- «BUPA v. Commission», *EStAL*, 2 (2008) 401-408.
- BLAISE, Jean – IDOT, Laurence, «Concurrence», *RTDE*, 35/1 (1999) 111-134.
- BOEGER, Nina, «Solidarity and EC Competition Law», *ELR*, 32/3 (2007) 319-340.
- BOISSARD, Béatrice, «Les compensations de service public consacrées par la Cour de justice des Communautés européennes (Commentaire des affaires Altmark Trans, Gemo et Enirisorse)», *RDP*, 4 (2004) 1173-1192.
- BOUSIN, Julie; PIERNAS, Jorge, «Developments in the Notion of Selectivity», *EStAL*, 4 (2008) 634-654.



- BOVIS, Christopher, «Recent Case Law Relating to Public Procurement: A Beacon for the Integration of Public Markets», *CMLR*, 39/5 (2002) 1025-1056.
- «Public Procurement in the European Union: Lessons from the Past and Insights to the Future», *CJEL*, 12 (2005-2006) 103-182.
- BUELENS, Christian *et al.*, «The Economic Analysis of State Aid: Some Open Questions», *European Economy*, 286 (2007).
- BULOW, Jeremy; KLEMPERER, Paul, «Auctions versus Negotiations», *The American Economic Review*, 86/1 (1996) 180-194.
- CABRAL, Margarida, «Procedimentos clássicos no Código dos Contratos Públicos», *CJA*, 64 (Julho/Agosto 2007) 15-27.
- CADETE, Eduardo Maia, *Concorrência e Serviços de Interesse Económico Geral*, 1.<sup>a</sup> ed, Cascais: Principia, 2005.
- CASTEELE, Koen Van de; GRESPLAN, Davide, «Granted by a Member State or through State Resources in any Form whatsoever: State Resources and Imputability», in Wolfgang MEDERER - Nicola PESARESI – Marc van HOOFF, coord., *EU Competition Law*, vol. IV, Book One, Part 2, The Netherlands: Claeys & Casteels, 2008, 7-164.
- ; HOCINE, Mehdi, «Favouring certain Undertakings or the Production of certain Goods: Selectivity», in Wolfgang MEDERER - Nicola PESARESI – Marc van HOOFF, coord., *EU Competition Law*, vol. IV, Book One, Part 2, The Netherlands: Claeys & Casteels, 2008 164-244.
- CEEP – CIRIEC, *Os serviços de interesse económico geral na Europa*, Lisboa: Florida Gráfica, 1.<sup>a</sup> ed., 2002.
- CHALTIEL, Florence, «Les apports du Traité de Lisbonne au service public», *AJDA*, 29 (2008) 1575-1579.
- CHARRO, Pablo, «Case C-513/99, Concordia Bus Finland Oy Ab v. Helsingin kaupunki and HKL-Bussiliikenne, Judgment of the Full Court of 17 September 2002», *CMLR*, 40/1 (2003) 179-191.
- CRUZ, Julio Baquero, «Beyond Competition: Services of General Interest and European Community Law», in Gráinne de BÚRCA, coord., *EU Law and the Welfare State: In Search of Solidarity*, Oxford: Oxford University Press, 2005, 169-213.
- DELZANGLES, Béatrice, «La systématisation des activités d'intérêt général en droit communautaire», *RDP*, 4 (2009) 1115-1135.
- DONY, Marianne, «Les compensations d'obligations de service public», in Marianne DONY, coord.; Catherine SMITS, coord., *Aides d'Etat*, Bruxelles: Editions de l'Université de Bruxelles, 2005, 109-152.

- DONY, Marianne, «La notion d'aide d'État», *CDE*, 3-4 (1993) 399-416.
- «Les notions de SIEG/SIG», in Jean-Victor LOUIS – Stéphane RODRIGUES, coord., *Les Services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, Bruxelles: Bruylant, 2006, 3-38.
- *Contrôle des aides d'État*, 3.<sup>a</sup> ed., Bruxelles: Editions de l'Université de Bruxelles, 2007.
- *Après la réforme de Lisbonne. Les nouveaux traités européens*, Bruxelles: Université de Bruxelles, 2008.
- DRAGANIC, Ivan, «State Aid or Compensation for Extra Costs: Tuning the Test of Proportionality in EC Competition Law», *ESLAL*, 4 (2006) 683-695.
- DRIGUEZ, Laetitia; RODRIGUES, Stéphane, «Services sociaux d'intérêt général et droit communautaire: Entre spécificité et banalisation», *AJDA*, 4 (2008) 191-197.
- DRIJBER, Berend; STERGIU, Hélène, «Public Procurement Law and Internal Market Law», *CMLR*, 46/3 (2009) 805-846.
- FAULL Jonathan; NIKPAY, Ali, ed., *The EC Law of Competition*, 2.<sup>a</sup> ed., Oxford: Oxford University Press, 2007.
- FRIEDERISZICK, Hans; ROLLER, Lars; VEROUDEN, Vincent, «European State Aid Control: an Economic Framework», in Paolo BUCCIROSSI, coord., *Advances in the Economics of Competition Law*, Cambridge, MA: MIT Press, 2008.
- GARCIA, Nuno de Oliveira; SALEMA, Inês, «As taxas de regulação económica no sector da electricidade», in Sérgio VASQUES, coord., *As Taxas de Regulação Económica em Portugal*, Coimbra: Almedina, 2008, 271-295.
- GEKIERE, Wouter, «The Proposal of the European Commission for a Directive on Services in the Internal Market: An Overview of Its Main Features and Critical Reflections», in Roger, BLANPAIN, coord., *Freedom of Services in the European Union: Labour and Social Security Law: The Bolkestein Initiative*, The Netherlands, Kluwer Law International, 2006, 3-19.
- GOGUEL, Antoine, «Le caractère public d'un avantage en droit communautaire: après les arrêts PreussenElektra et Stardust», *CPN*, 3 (2003) 26-32.
- GONÇALVES, Pedro, *A Concessão de Serviços Públicos*, Coimbra: Almedina, 1999.
- ; MARTINS, Licínio, «Os serviços públicos económicos e a concessão no Estado regulador», in Vital MOREIRA, coord., *Estudos de Regulação Pública – I*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, 173-319.
- «Direito Administrativo da Regulação», in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento*, vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, 535-573.
- GORJÃO-HENRIQUES, Miguel, *Direito Comunitário*, 5.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Almedina, 2008.

- GRESPAN, Davide, «Services of General Economic Interest», in Wolfgang MEDERER - Nicola PESARESI – Marc van HOOFF, coord., *EU Competition Law*, vol. IV, Book 2, Part 4, The Netherlands: Claeys & Casteels, 2008, 1119-1382.
- ; SANTAMATO, Sandro, «Favouring Certain Undertakings or the Production of certain Goods», in Wolfgang MEDERER - Nicola PESARESI – Marc van HOOFF, coord., *EU Competition Law*, vol. IV, Book One, Part 2, The Netherlands: Claeys & Casteels, 2008, 244-550.
- GROMNICKA, Ewa, «Services of General Economic Interest in the State Aid Regime: Proceduralisation of Political Choices?», *EPL*, 11/3 (2005) 429-461.
- GRONDEN, Johan van de, «The Services Directive and Services of General (Economic) Interest», in Markus KRAJEWSKI – Ulla NEERGAARD – Johan Van de GRONDEN, coord., *The Changing Legal Framework for Services of General Economic Interest: Between Competition and Solidarity*, The Hague: T.M.C. Asser Press, 2009, 233-255.
- HALL, David, «State Aid and Public Services in Europe – The Limitations of the EC Package», *PSIRU report*, 2005.
- HAMON, Francis, «Aff.: Commune d'Almelo et autres. – N.º C-393/92 – Note», *AJDA* (20 septembre 1994) 639-643.
- HANCHER, Leigh; SIERRA, José Buendía, «Cross-subsidization and EC Law», *CMLR*, 35/4 (1998) 901-945.
- ; OTTENVANGER, Tom; SLOT, Piet Jan, *EU State Aids*, 4.ª ed., London: Sweet & Maxwell, 2012.
- HATZOPOULOS, Vassilis, «Public Procurement and State Aid in National Healthcare Systems», *Research Papers in Law*, Bruges: European Legal Studies, College of Europe, 1 (2008).
- «Assessing the Services Directive (2006/123/EC)», *Cambridge Yearbook of European Legal Studies 2007/2008*, 10 (2008) 215-261
- HOUYET, Yves, «Les exigences du droit primaire concernant l'abolition des droits exclusifs ou spéciaux accordés aux entreprises assumant des services publics», *RTDE*, 43/2 (2007) 253-276.
- HEIDENHAIN, Martin, coord., *European State Aid Law*, München: C.H. Beck, 2010.
- HORACEK, Rados, «Commission's Negative Decision on Gibraltar Corporation Tax Reform: Findings on Regional and Material Selectivity», *CPN*, 2 (2004) 87-101.
- KARAYANNIS, Vassilios, «Le service universel de télécommunications en droit communautaire: entre intervention publique et concurrence», *CDE*, 3-4 (2002) 315-375.

- KARAYIGIT, Mustafa, «The Notion of Services of General Economic Interest Revisited», *EPL*, 15/4 (2009) 575-595.
- «Under the Triangle Rules of Competition, State Aid and Public Procurement: Public Undertakings Entrusted with the Operation of Services of General Economic Interest», *ECLR*, 30/12 (2009) 542-564.
- KARPENSCHIF, Michaël, «Vers une définition communautaire du service public», *RFDA*, 1 (2008) 58-66.
- KHAN, Nicholas; BORCHARDT, Klaus, «The Private Market Investor Principle: Reality Check or Distorting Mirror?», in *Liber Amicorum Francisco Santaolalla Gadea, EC State Aid Law*, Kluwer Law International, 2008, 109-124.
- KIRSCHBAUM, Rita-Maria, «Aspects of the Meaning of Distortion of Competition in State Aid Law in Case of State Measures in the Public Interest», *EStAL*, 1 (2004) 35-41.
- KLEMPERER, Paul, «What Really Matters in Auction Designs», *Journal of Economic Perspectives*, 16/1 (2002) 169-189.
- KÖNINGS, Melvin, «State Aid and the Effect on Trade Criterion. The Netherlands: Measures in Favour of Non-Profit Harbours for Recreational Crafts», *CPN*, 1 (2004) 86-88.
- KOVAR, Robert, «Droit Communautaire et service public: esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée», *RTDE*, 32/2 (1996) 215-242.
- KRAJEWSKI, Markus, «Providing Legal Clarity and Securing Policy Space for Public Services», *EPL*, 14/3 (2008) 377-398.
- LINDNER, Nikolaus, «The Impact of the Decision of the European Court of Justice in Ferring on European State Aid Law», *EPL*, 9/3 (2003) 359-370.
- LECOU, Sebastien; ROY, Bernard, «Sharing Costs between a Service of General Interest and Competitive Activities: The Example of the Postal Retail Network», *Review of Network Economics*, 7/2 (2008) 1-16.
- LOPES, Dulce, «O nome das coisas: serviço público, serviços de interesse económico geral e serviço universal no direito comunitário», *Temas de Integração*, 15-16 (2003) 147-229.
- LÓPEZ-MUÑIZ, José, «Servicio público, servicio universal y obligación de servicio público en la perspectiva del derecho comunitario: los servicios esenciales y sus regímenes alternativos», *Os caminhos da privatização da administração pública*, Coimbra: Universidade de Coimbra, 2001, (Studia Iuridica 60; Colloquia 7).

- LOUCKX, Freek, «L'influence du droit européen de la concurrence sur l'organisation des systèmes de soins de santé nationaux. Le rôle des services (sociaux) d'intérêt général dans la recherche d'un équilibre entre accessibilité financière et compétitivité», *CDE*, 3-4 (2008) 339-406.
- LOUIS, Frédéric; VALLERY, Anne, «Ferring Revisited: the Altmark Case and State Financing of Public Service Obligations», *World Competition*, 27/1 (2004) 53-74.
- LYNSKEY, Orla, «The Application of Article 86(2) EC to Measures which Do Not Fulfill the Altmark Criteria; Institutionalising Incoherence in the Legal Framework Governing State Compensation of Public Service Obligations», *World Competition*, 30/1 (2007) 153-168.
- MAÇÃS, Fernanda, «Serviços públicos de abastecimento de água, saneamento de águas residuais urbanas e resíduos urbanos», in Eduardo FERREIRA – Luís MORAIS – Gonçalo ANASTÁCIO, coord., *Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo*, Coimbra: Almedina, 2009, 507-571.
- MARTINS, Manuel, *Auxílios de Estado no Direito Comunitário*, Cascais: Principia, 2002.
- MEIKLEJOHN, Roderick, «The Economics of State Aid», *European Economy*, 3 (1999) 25-32.
- MEROLA, Massimo; MEDINA, Caroline, «De l'arrêt Ferring à l'arrêt Altmark: Continuité ou revirement dans l'approche du financement des services publics», *CDE*, 5-6 (2003) 639-694.
- MESSERLIN, Patrick, «The Directive on Services: Rent Seekers Strike Back», *Inter-economics*, 40/3 (Maio/Junho 2005) 120-139.
- MIGUEZ, José Antonio, «La financiación de los servicios públicos y la noción de ayuda de estado», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 6 (2002) 953-964.
- «El paquete modernizador del artículo 86 CE y las compensaciones por servicios de interés económico general», *Cuadernos Europeos de Deusto*, 38 (2008) 177-201.
- MOREIRA, Vital, «Os serviços públicos tradicionais sob o impacto da União Europeia», *RDPE*, 1/1 (2003) 227-248.
- MORTENSEN, Frands, «Altmark, Article 86(2) and Public Service Broadcasting», *EStAL*, 2 (2008) 239-250.
- MÜLLER, Thomas, «Efficiency Control in State Aid and the Power of Member States to Define SGEIs», *EStAL*, 1 (2009) 39-47.
- NAPOLITANO, Giulio, «Towards a European Legal Order for Services of General Economic Interest», *EPL*, 11/4 (2005) 565-581.

- NETTESHEIM, Martin, «Les services d'intérêt général en droit communautaire entre libre concurrence et état social», *RIDC*, 3 (2008) 603-637.
- NICOLAIDES, Phedon – BILAL, Sanoussi, «State Aid Rules: Do They Promote Efficiency?», in Sanoussi BILAL – Phedon NICOLAIDES, coord., *Understanding State Aid Policy in the European Community: Perspectives on Rules and Practice*, The Netherlands: Kluwer Law International, 1999, 29-46.
- «The New Frontier in State Aid Control: An Economic Assessment of Measures that Compensate Enterprises», *Intereconomics*, 37/4 (Julho/Agosto 2002) 190-197.
- «Distortive Effects of Compensatory Measures: A Note on the Economics of the Ferring Judgement», *ECLR*, 23/6 (2002) 313-319.
- «Competition and Services of General Economic Interest in the EU: Reconciling Economics and Law», *EStAL*, 2 (2003) 183-211.
- «Compensation for Public Service Obligations: The Floodgates of State Aid?», *ECLR*, 24/11 (2003) 561-573.
- «Decentralised State Aid Control in an Enlarged European Union: Feasible, Necessary or Both?», *World Competition*, 26/2 (2003) 263-276.
- «The Economics of Services of General Economic Interest», in Michael RYDELISKY, coord., *The EC state aid regime*, London: Cameron May, 2006, 575-591.
- ; KLEIS, Maria, «Where is the Advantage?: The Case of Public Funding of Infrastructure and Broadband Networks», *EStAL*, 4 (2007) 615-638.
- ; KEKELEKIS, Mihalis; KLEIS, Maria, *State Aid Policy in the European Community: Principles and Practice*, 2.<sup>a</sup> ed., The Netherlands, Kluwer Law International, 2008.
- NUNES, António J. Avelãs, *Economia Política: Introdução à História da Ciência Económica e do Pensamento Económico*, Coimbra: [s.n], 2003.
- OFFICE OF FAIR TRADING, *European State Aid Control*, [s.n.], 2005.
- PASCAL, Frédéric, «Quel cadre juridique européen pour les services d'intérêt général», *Avis et Rapports du Conseil Économique et Social*, 12 (2008).
- PASSCHIER, Catelene, «The Point of View of the ETUC», in Roger BLANPAIN, coord., *Freedom of Services in the European Union: Labour and Social Security Law: The Bolkestein Initiative*, The Netherlands: Kluwer Law International, 2006, 141-153.
- PATRÃO, Afonso, «O direito derivado da União Europeia à luz do Tratado de Lisboa», *Temas de Integração*, 26 (2008) 139-167.
- PAZ, José Carlos Laguna de, *Servicios de Interés Económico General*, Navarra: Editorial Aranzadi, 2009.
- PEGLOW, Kerstin, «La libre prestation de services dans la directive n.º 2006/123/CE: Réflexion sur l'insertion de la directive dans le droit communautaire existant», *RTDE*, 44/1 (2008) 67-118.

- PEGO, José Mariano, *O Controlo dos Oligopólios pelo Direito Comunitário da Concorrência*, Coimbra: Almedina, 2007.
- PEREIRA, Alexandre Dias, «Saúde pública e liberdade económica: aspectos jurídicos da regulação do mercado dos cosméticos, produtos homeopáticos e dispositivos médicos», *Lex Medicinæ*, 1/2 (2004) 39-51.
- «Contratos de telecomunicações: aspectos jurídico-contratuais da regulação e telecomunicações», *Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual*, 71 (2004) 49-63.
- PETTERSSON, Preben, «The Danish Approach to State Aid and Pre-Assessment», *The European State Aid Law Institute, 5<sup>th</sup> Experts' Forum on New Developments in European State Aid Law*, National Authorities Roundtable, 2007, 46-51.
- PORTO, Manuel, *O Orçamento da União Europeia: As Perspectivas Financeiras para 2007-2013*, Coimbra: Almedina, 2006.
- «Deslocalizações e fornecimentos externos (“outsourcing”): algo de novo para a teoria e para as políticas económicas?», in FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA, coord., *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais: Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, vol. 3, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, 397-429.
- POULSEN, William, «Regional Autonomy, Geographic Selectivity and Fiscal Aid: Between «The Hard Rock» and a Hard Place», *ECLR*, 29/1 (2008) 43-50.
- PROSSER, Tony, «Competition Law and Public Services: From Single Market to Citizenship Rights?», *EPL*, 11/4 (2005) 543-563.
- PUHNHAGEN, Kai, «Services of General Economic Interest in European Competition Law: From «Procureur de la République v ADBHU» to «La Poste» – The Rise and Fall of the State Aid Approach and Its Consequences», *European Law Reporter*, 10 (2009) 337-342.
- QUADROS, Fausto de, «Serviço público e Direito Comunitário», in *Os caminhos da privatização da administração pública*, Coimbra: Universidade de Coimbra, 2001, (Studia Iuridica 60; Colloquia 7).
- QUIGLEY, Conor, *European State Aid Law and Policy*, 2.<sup>a</sup> ed., Oxford: Hart Publishing, 2009.
- RAPP-JUNG, Barbara, «State Financing of Public Services – The Commission's New Approach: Is Altmark the Rule or the Exception?», *EStAL*, 2 (2004) 205-217.
- RENZULLI, Annalisa, «Services of General Economic Interest: The Post-Altmark Scenario», *EPL*, 14/3 (2008) 399-432.

- RODRIGUES, Stéphane, «Towards a General EC Framework Instrument Related to SGEI? Political Considerations and Legal Constraints», in Markus KRAJEWSKI – Ulla NEERGAARD; Johan Van de GRONDEN, coord., *The Changing Legal Framework for Services of General Economic Interest: Between Competition and Solidarity*, The Hague: T.M.C. Asser Press, 2009, 255-267.
- ROSS, Malcolm, «Article 16 E.C. and Services of General Interest: from Derogation to Obligation?», *ELR*, 25/1 (2000) 22-38.
- «A Healthy Approach to Services of General Economic Interest? The BUPA Judgment of the Court of First Instance», *ELR*, 34/1 (2009) 127-140.
- SAMUELSON, Paul – NORDHAUS, William, *Economia*, 14.<sup>a</sup> ed., Lisboa: McGraw-Hill Portugal, 1992.
- SANTAMATO, Sandro, «Advantage in the Context of Services of General Economic Interest under Altmark», in Wolfgang MEDERER - Nicola PESARESI – Marc van HOOF, coord., *EU Competition Law*, vol. IV, Book One, Part 2, The Netherlands: Claeys & Casteels, 2008, 550-614.
- «Compensation for Services of General Economic Interest: Some Thoughts on the Altmark Ruling», *CPN*, 1 (2004) 17-21.
- SCHNELLE, Ulrich, «Bidding Procedures in EC State Aid Surveillance over Public Services After Altmark Trans», *ESLAL*, 3 (2003) 411-415.
- SAUTER, Wolf, «Services of General Economic Interest and Universal Service in EU Law», *ELR*, 33/2 (2008) 22-38.
- «Case T-289/03, British United Provident Association Ltd (BUPA), BUPA Insurance Ltd, BUPA Ireland Ltd v. Commission of the European Communities, Judgment of the Court of First Instance of 12 February 2008, nyr», *CMLR*, 46/1 (2009) 269-286.
- SIBONY, Anne-Lise – DEFOSSEZ, Alexandre, «Liberté d'établissement et libre prestation de services», *RTDE*, 45/3 (2009) 511-572.
- SIERRA, José Buendía, *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law: Article 86 (Former Article 90) of the EC Treaty*, Oxford: Oxford University Press, 1999.
- «An Analysis of Article 86(2) EC», in Michael RYDELSKI, coord., *The EC State Aid Regime*, Cameron May, 2006, 541-574.
- «Finding the Right Balance: State Aid and Services of General Economic Interest», in *Liber Amicorum Francisco Santaolalla Gadea, EC State Aid Law*, Kluwer Law International, 2008, 191-222.
- SILVA, João Nuno Calvão da, *Mercado e Estado – Serviços de Interesse Económico Geral*, Coimbra: Almedina, 2008.



- SILVA, João Nuno Calvão da, «Tratado de Lisboa (algumas notas)», *Temas de Integração*, 26 (2008) 115-138.
- SILVEIRA, Alessandra, *et al.*, «Reflexão sobre o Tratado de Lisboa», *Scientia Iuridica*, 313/57 (2008) 117-129.
- SINNAEVE, Adinda, «State Financing of Public Services: The Court's Dilemma in the Altmark Case», *ESLAL*, 3 (2003) 351-365.
- SLOCOCK, Ben, «The Market Economy Investor Principle», *CPN*, 2 (2002) 23-26.
- SLOT, Piet Jan – RAPP, Julia, «The Swedish Housing System and its Compatibility with European Competition and State Aid Rules», *ESLAL*, 4 (2008) 684-705.
- SOLTÉSZ, Ulrich, «Tighter State Aid Rules for Public TV Channels», *JECLP*, 1/1 (2010) 32-36.
- SPECTOR, David, «Economic Analysis and Practice in the European Union», in Xavier VIVES, coord., *Competition Policy in the EU: Fifty Years on from the Treaty of Rome*, Oxford: Oxford University Press, 2009, 176-203.
- SVANE, Lars, «Public Service Compensation in Practise: Commission Package on State Aid for Services of General Economic Interest», *CPN*, 3 (2005) 34-37.
- SZYSZCZAK, Erika, «Financing Services of General Economic Interest», *The Modern Law Review*, 67/6 (2004) 982-992.
- «Modernising Healthcare: Pilgrimage for the Holy Grail?», in Markus KRAJEWSKI; Ulla NEERGAARD; Johan Van de GRONDEN, coord., *The Changing Legal Framework for Services of General Economic Interest: Between Competition and Solidarity*, The Hague: T.M.C. Asser Press, 2009, 191-213.
- TASCA, Catherine, *Rapport D'Information: Fait au nom de la Délégation pour l'Union Européenne (1) sur les services d'intérêt général après le Traité de Lisbonne*, 376, Sénat, (Session Ordinaire 2007-2008).
- TOSICS, Nóra; GAÁL, Norbert, «Public Procurement and State Aid Control – The Issue of Economic Advantage», *CPN*, 3 (2007) 15-18.
- TRAVERS, Noel, «Public service obligations and state aid: Is all really clear after Altmark?», *ESLAL*, 3 (2003) 387-393.
- VANNINI, Claire, «Service d'intérêt économique général, obligation de service public, service universel: où en est le droit communautaire?», *Questions d'Europe, Fondation Robert Schuman*, 61 (2007).
- VESTERDORF, Peter, «Joined Cases C-341/06 P & C-342/06 P, Chronopost SA and La Poste v. Union française de l'express (UFEX) and Others, Judgement of the Court (Grand chamber) of 1 July 2008, nyr», *CMLR*, 46/4 (2009) 1305-1326.
- VILAÇA, José Luís da Cruz, «Material and Geographic Selectivity in State Aid – Recent Developments», *ESLAL*, 4 (2009) 443-453.

- VLIET, Hubert van, «State Resources and Preussenelektra: When is State Aid Not a State Aid?», in *Liber Amicorum Francisco Santaolalla Gadea, EC State Aid Law*, Kluwer Law International, 2008, 65-88.
- WALLE, Steven Van de, «When is a Service an Essential Public Service?», *Annals of Public and Cooperative Economics*, 80/4 (2009) 521-545.
- WERNICKE, Stephan, «Taking Stock: The EU Institutions and Services of General Economic Interest», in Markus KRAJEWSKI – Ulla NEERGAARD – Johan Van de GRONDEN, coord., *The Changing Legal Framework for Services of General Economic Interest: Between Competition and Solidarity*, The Hague: T.M.C. Asser Press, 2009, 69-81.
- WINTER, J.A., «Supervision of State Aid: Article 93 in the Court of Justice», *CMLR*, 30/2 (1993) 311-329.
- YERNAULT, Dimitri, «Service public, autorité administrative, activités économiques et non économiques: le logement social, cheval de Troie malgré lui?», in Hugues DUMONT – Pierre JADOU, coord., *Le service public: 1. Le service public: passé, présent et avenir*, Bruxelles: La Chartre, 2009, 117-230.

## Índice

Nota de actualização.....	7
Abreviaturas.....	11
Introdução.....	13

### Parte I - Auxílios de Estado

1. O princípio da incompatibilidade com o mercado interno dos auxílios de Estado na acepção do artigo 107.º n.º 1 do TFUE .....	19
2. Elementos caracterizadores de um auxílio de Estado.....	20
2.1. Auxílio concedido pelo Estado ou com recursos estatais, independentemente da forma .....	21
2.1.1. Conceito de Estado.....	21
2.1.2. Recursos estatais.....	23
2.1.3. Independentemente da forma.....	27
2.1.4. Fundos da União .....	27
2.2. Selectividade .....	28
2.3. Vantagem Económica.....	32
2.3.1. Princípio do investidor privado.....	35
2.3.2. Princípio do credor privado.....	38
2.3.3. Princípio do comprador privado .....	40
2.3.4. Princípio do vendedor privado .....	40
2.4. Afetar ou ameaçar falsear a concorrência e afectar as trocas comerciais entre os Estados-Membros.....	43

### Parte II - Serviços de Interesse Económico Geral

1. Introdução .....	49
2. Clarificação terminológica: SIG, SIEG ou Serviço Público?.....	50
2.1. Serviços de Interesse Geral.....	50
2.2. Serviços de Interesse Económico Geral.....	51
2.2.1. Princípio da Subsidiariedade.....	52

2.2.2. Princípio da Proporcionalidade.....	54
2.3. Serviço Público .....	57
3. Compensações públicas às empresas prestadoras de serviços de interesse económico geral.....	58
3.1. Antecedentes do acórdão Altmark .....	59
3.1.1. Críticas ao acórdão Ferring.....	65
3.1.1.1. Crítica do AG Léger .....	65
3.1.1.2. Crítica do AG Jacobs.....	68
3.1.1.3. Outras críticas.....	71
3.1.2. A prática da Comissão após o Acórdão Ferring.....	73
3.2. Acórdão Altmark: uma abordagem intermédia?.....	75
3.2.1. Primeiro critério: Obrigações de serviço público claramente definidas .....	79
3.2.2. Segundo critério: Determinação prévia dos parâmetros de compensação.....	80
3.2.3. Terceiro critério: Proporcionalidade.....	82
3.2.4. Quarto critério: Procedimento de concurso público e análise dos custos de uma empresa média e bem gerida .....	83
3.2.4.1. Procedimento de concurso público .....	83
3.2.4.2. Análise dos custos de uma empresa média e bem gerida.....	89
3.3. Acórdão Chronopost.....	91
3.4. Papel do artigo 106.º, n.º 2.....	93
3.4.1. Conferir efeito directo ao artigo 106.º, n.º 2? .....	96
3.4.2. Pacote Altmark .....	101
3.4.2.1. Decisão da Comissão relativa à aplicação do artigo 106.º, n.º 2.....	103
3.4.2.2. Enquadramento Comunitário dos auxílios estatais sob a forma de compensação de serviço público.....	109
3.4.3. Limitações do pacote Altmark .....	111
3.5. Acórdão BUPA .....	113
3.5.1. Emergência de um paradigma social de mercado pós-Altmark: Os serviços sociais de interesse geral.....	118
4. SIEG e Directiva dos Serviços .....	122
4.1. Introdução .....	122
4.2. Campo de aplicação da Directiva dos Serviços .....	124
4.3. Excepções à aplicação da Directiva dos Serviços: os SIEG .....	125
5. SIEG e Tratado de Lisboa.....	128
5.1. A situação existente antes do Tratado de Lisboa.....	128

---

5.2. Tratado de Lisboa.....	131
5.2.1. Base legal para o legislador da União no campo dos serviços de interesse económico geral .....	132
5.2.2. Protocolo sobre os serviços de interesse geral .....	134
5.2.3. Carta dos Direitos Fundamentais .....	136
6. SIEG e Directiva-Quadro .....	138
6.1. Breve exposição dos antecedentes históricos.....	138
6.2. Porquê uma directiva-quadro? .....	140
6.3. Qual o seu âmbito?.....	143
6.4. Instrumento legal.....	146
Conclusões .....	149
Abstract .....	153
Bibliografia .....	159

