SFEI E O.

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
11 de Julho de 1996 *

No processo C-39/94,

que tem por objecto um pedido dirigido ao Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 177.º do Tratado CE, pelo tribunal de commerce de Paris, destinado a obter, no litígio pendente neste órgão jurisdicional entre

Syndicat français de l'Express international (SFEI) e o.

e

La Poste e o.,

uma decisão a título prejudicial sobre a interpretação dos artigos 92.º e 93.º do Tratado CE,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA,

composto por: G. C. Rodríguez Iglesias, presidente, C. N. Kakouris, J.-P. Puissochet e G. Hirsch, presidentes de secção, G. F. Mancini, C. Gulmann (relator), J. L. Murray, P. Jann e H. Ragnemalm, juízes,

advogado-geral: F. G. Jacobs,
secretário: D. Louterman-Hubeau, administradora principal,

* Língua do processo: francês.

vistas as observações escritas apresentadas:

- em representação do Syndicat français de l'Express international e o., por Eric Morgan de Rivery, advogado no foro de Paris,
- em representação da TAT SA, por Valérie Bouaziz Torron e Dominique Berlin, advogados no foro de Paris,
- em representação do Governo francês, por Jean-Marc Belorgey, chefe de missão na Direcção dos Assuntos Jurídicos do Ministério dos Negócios Estrangeiros, e Catherine de Salins, subdirectora na mesma direcção, na qualidade de agentes,
- em representação do Governo alemão, por Ernst Röder, Ministerialrat no Ministério Federal da Economia, e Bernd Kloke, Regierungsrat no mesmo ministério, na qualidade de agentes,
- em representação do Governo espanhol, por Alberto José Navarro González, director-geral da coordenação jurídica e institucional comunitária, e Gloria Calvo Díaz, abogado del Estado, do serviço Jurídico do Estado, na qualidade de agentes,
- em representação da Comissão das Comunidades Europeias, por Michel Nolin e Ben Smulders, membros do Serviço Jurídico, na qualidade de agentes,

visto o relatório para audiência,

ouvidas as alegações do Syndicat français de l'Express international e o., representados por Eric Morgan de Rivery e Jacques Derenne, advogado no foro de Paris, da Société française de messagerie internationale, representada por Manuel Bosque, advogado no foro de la Seine-Saint-Denis, do Governo francês, representado por Catherine de Salins, do Governo espanhol, representado por Gloria Calvo Díaz, e da Comissão, representada por Michel Nolin e Ben Smulders, na audiência de 24 de Outubro de 1995,

ouvidas as conclusões do advogado-geral apresentadas na audiência de 14 de Dezembro de 1995,

profere o presente

Acórdão

- 1 Por decisão de 5 de Janeiro de 1994, entrada na Secretaria do Tribunal de Justiça em 31 de Janeiro seguinte, o tribunal de commerce de Paris submeteu, nos termos do artigo 177.º do Tratado CE, diversas questões relativas à interpretação dos artigos 92.º e 93.º do mesmo Tratado.
- 2 Estas questões foram suscitadas no âmbito de um litígio entre o Syndicat français de l'Express international (a seguir «SFEI») e cinco empresas que dele fazem parte, a DHL International, o Service Crie-LFAL, a May Courier International, a Federal Express e a Express Transports Communications, por um lado, e a Société française de messagerie internationale (a seguir «SFMI»), a Chronopost, a La Poste, a Holding des filiales de La Poste, a Sofipost (a seguir «Sofipost»), a Société de transport aérien transrégional (a seguir «TAT») e a TAT Express, por outro. O litígio diz respeito à assistência logística e comercial fornecida pela La Poste à SFMI e à Chronopost na sua actividade de correio expresso.
- 3 O correio expresso é um serviço personalizado de encaminhamento de documentos e encomendas em curto tempo. Este serviço dá resposta às necessidades de uma clientela da área dos negócios para a qual é essencial a entrega ao destinatário num prazo garantido. Em França, este sector está aberto à livre concorrência, ao contrário do correio normal que é objecto do monopólio da La Poste.
- 4 Para melhorar a sua posição no mercado do correio expresso, a administração dos correios francesa modernizou o seu serviço nesta área, o Postadex, ao qual deu o nome de EMS Chronopost. No final de 1985, confiou a respectiva gestão e desenvolvimento a uma sociedade de direito privado criada para esse efeito, a SFMI.

O capital desta pertencia então em 62% à Sofipost, ela própria filial a 100% da La Poste. Os restantes 34% do capital foram subscritos pela TAT.

- 5 Durante os primeiros meses de 1986, a La Poste convidou os clientes do serviço Postadex a aderirem ao serviço EMS Chronopost. Seguidamente, uma circular do Ministério dos Correios e Telecomunicações de 19 de Agosto de 1986 (*Bulletin officiel des PTT* 1986, pp. 311 e segs.) esclareceu as modalidades de exploração e comercialização do serviço EMS Chronopost. Este seria explorado pela SFMI principalmente graças aos meios da La Poste, completados pelos da TAT Express, uma sociedade de transporte expresso, filial da TAT. A La Poste forneceria à SFMI uma assistência que consistia, por um lado, na colocação à disposição das suas repartições de correios e de uma parte do seu pessoal para a recolha, triagem, transporte e distribuição das encomendas aos clientes (a seguir «assistência logística») e, por outro, na promoção, prospecção e aconselhamento da clientela (a seguir «assistência comercial»).
- 6 O arranque e crescimento da SFMI foram rápidos. De 200 milhões de FF no seu primeiro exercício em 1986, o seu volume de negócios passou a 720 milhões de FF em 1988, a 1,03 mil milhões de FF em 1989 e a 1,34 mil milhões de FF em 1991.
- 7 Em 1 de Janeiro de 1991, a La Poste, até então integrada na administração do Estado, tornou-se numa entidade de direito público autónoma. A Lei n.º 90-568 de 2 de Julho de 1990, relativa à organização do serviço público de correios e telecomunicações, autorizou-a expressamente a desenvolver, além das suas funções de serviço público, actividades em domínios abertos à iniciativa privada.
- 8 Em 1992, a estrutura da actividade no domínio do correio expresso foi alterada após a constituição pela La Poste francesa e pelos correios alemães, neerlandeses, canadianos e suecos, por um lado, e pela distribuidora de origem australiana TNT, por outro, de um operador comum em matéria de correio expresso internacional, o GNEW (operação de concentração autorizada pela Comissão em 2 de Dezembro de 1991, JO C 322, p. 19). A actividade nacional foi confiada a uma nova sociedade,

a Chronopost, pertencente em 66% à Sofipost e em 34% à TAT. A parte internacional foi confiada à SFMI, que passou a estar sob controlo do GNEW France, a filial francesa do operador comum. Nesta nova estrutura, a Chronopost recolhe e distribui por conta da SFMI as encomendas internacionais confiadas ao GNEW. Até 1 de Janeiro de 1995, a La Poste garantiu ao GNEW-SFMI a exclusividade do acesso à sua rede e a Chronopost não pôde fazer concorrência à SFMI.

- 9 Considerando que as condições de assistência logística e comercial fornecida pela La Poste à SFMI constituem auxílios de Estado incompatíveis com o mercado comum, violando a igualdade de concorrência, o SFEI, em 21 de Dezembro de 1990, apresentou uma queixa à Comissão das Comunidades Europeias e ao conselho francês da concorrência. Alegou, designadamente, que a participação da administração postal permite que a SFMI pratique tarifas nitidamente inferiores às dos seus concorrentes.
- 10 Em 10 de Março de 1992, a Comissão indeferiu a queixa do SFEI nos termos do artigo 92.º do Tratado. O SFEI e três das empresas que o integravam interpuseram então, em 16 de Maio de 1992, recurso de anulação dessa decisão para o Tribunal de Justiça (processo C-222/92). Dado que a Comissão revogou a sua decisão a fim de, «tendo em conta determinados elementos da petição... juntar ao processo elementos suplementares», o Tribunal de Justiça cancelou o processo por despacho de 18 de Novembro de 1992.
- 11 Desde então, a Comissão prossegue a análise do processo; designadamente, solicitou por duas vezes informações às autoridades francesas. Porém, não decidiu definitivamente nem sequer adoptou posição quanto à questão de saber se as medidas em causa constituem auxílios de Estado na acepção do artigo 92.º do Tratado.
- 12 Foi nestas condições que o SFEI e as cinco sociedades já referidas propuseram, em 16 de Julho de 1993, no tribunal de commerce de Paris uma acção contra a SFMI,

a Chronopost, a La Poste, a Sofipost, a TAT e a TAT Express. A acção tem por objecto obter a declaração de que a assistência logística e comercial concedida pela La Poste à SFMI e à Chronopost constitui um auxílio de Estado cuja aplicação foi promovida sem notificação prévia à Comissão, em violação do artigo 93.º, n.º 3, último período, do Tratado. Consequentemente, pretendem que seja ordenado, por um lado, à La Poste que cesse imediatamente de fornecer os referidos auxílios de Estado e, por outro, à SFMI bem como à Chronopost que restituam à La Poste a totalidade dos auxílios de Estado ilegais recebidos desde a sua criação, ou seja, 2 139 milhões de FF no que respeita ao período de 1986 a 1991. As demandantes no processo principal pedem também às demandadas uma indemnização de 216 milhões de FF.

- 13 Dos pedidos apresentados pelo SFEI e o. no órgão jurisdicional nacional resulta que a assistência logística alegada consiste na colocação à disposição da SFMI de infra-estruturas postais que compreendem 300 000 pessoas, 73 000 giros postais diários, 16 835 edifícios, 50 000 veículos, 300 carruagens e 22 aviões, mediante uma remuneração anormalmente baixa, bem como a concessão de um procedimento privilegiado de desalfandegamento e de condições de pagamento à La Poste anormalmente favoráveis. A La Poste garante também assistência comercial à SFMI e à Chronopost. Por um lado, estas têm acesso à clientela da La Poste. Por outro, beneficiam das suas operações de promoção e publicidade. No entender do SFEI, o auxílio consiste na diferença entre a remuneração paga por essa assistência e o preço de mercado da mesma.
- 14 As demandadas no processo principal alegam que o assunto é da competência da Comissão ou do Conseil d'État francês. As demandantes replicaram que não pretendem obter a anulação dos actos administrativos, mas que apenas acusam uma empresa pública de contribuir para o desenvolvimento de sociedades comerciais, violando as regras de concorrência a que estas estão sujeitas.

15 Tendo em conta estas circunstâncias de facto e de direito, o tribunal de commerce de Paris, por decisão interlocutória, decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes oito questões:

- «1) As medidas tomadas por um Estado-Membro que consistem, nomeadamente, em subvencionar, através do Ministério da Economia e das Finanças e do Ministério dos Correios e Telecomunicações desse Estado-Membro, uma sociedade de correio expresso fornecendo-lhe uma assistência logística e comercial e renunciando a reclamar uma compensação normal como remuneração das suas prestações técnicas, comerciais ou financeiras, devem ser consideradas como auxílios estatais que falseiam ou ameaçam falsear a concorrência e afectam o comércio entre Estados-membros na acepção do artigo 92.º do Tratado?

- 2) Em caso de resposta afirmativa à primeira questão, a recuperação dos apoios financeiros já pagos em violação da proibição prevista no último período do artigo 93.º, n.º 3, constitui, para além da suspensão imediata do pagamento do auxílio em questão, o único meio de garantir a eficácia de tal proibição?

- 3) Em caso de resposta afirmativa à primeira questão, uma empresa que beneficia da concessão de tais auxílios tem a obrigação, nos termos do direito comunitário, e em particular do princípio do primado deste, de fazer prova de diligência verificando nomeadamente a regularidade do processo de concessão do auxílio em relação ao artigo 93.º, n.º 3, do Tratado, antes de receber o auxílio em causa?

- 4) Em caso de resposta afirmativa à terceira questão, o prejuízo sofrido pelas empresas concorrentes da empresa beneficiária destes auxílios, pelo facto do incumprimento por parte desta do seu dever de diligência, deve igualmente ser reparado segundo as regras do direito nacional em vigor, para remediar a violação das disposições do direito comunitário em causa?

- 5) Nos termos do direito comunitário aplicável, um órgão jurisdicional nacional, ao qual é pedido que, no plano civil e em conformidade com o seu direito nacional, extraia as consequências de uma medida estatal instituída sem ter em conta o processo de controlo prévio previsto no artigo 93.º, n.º 3, último período, do Tratado, tem a obrigação de se declarar incompetente no caso de já ter sido apresentada uma queixa na Comissão com vista a obter a declaração de incompatibilidade da medida incriminada com o mercado comum, e isto mesmo quando a Comissão não proferiu a sua decisão final e não decidiu sequer sobre a questão de saber se as medidas incriminadas constituíam ou não auxílios estatais?
- 6) Alternativamente, e na mesma situação, o órgão jurisdicional nacional que se declarou competente está não obstante obrigado a suspender a instância aguardando uma decisão da Comissão sobre a questão de saber se as medidas incriminadas são auxílios estatais?
- 7) A situação referida em 5 e 6 é afectada pelo facto de a Comissão continuar sem decidir apesar de já ter sido solicitada para tal mais de dois anos antes e pelo facto de, além disso, o demandante ter justificado perante o órgão jurisdicional nacional a urgência que existe em fazer cessar as consequências prejudiciais que para si resultam da violação do artigo 93.º, n.º 3, último período?
- 8) Contrariamente, em circunstâncias como as referidas nos n.ºs 5 a 7 acima, pode deduzir-se dos termos do acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de Novembro de 1991, C-354/90 (especialmente o considerando n.º 14), que o órgão jurisdicional nacional, ao declarar-se competente e ao decidir como lhe é pedido com base no artigo 93.º, n.º 3, último período, apenas cumpre a sua missão de salvaguarda, até à decisão final da Comissão, dos direitos dos particulares face a uma violação pelas autoridades estatais da proibição prevista no artigo 93.º, n.º 3, último período, do Tratado?»

¹⁶ Em 4 de Fevereiro de 1994, a La Poste e a Sofipost requereram contra o SFEI no primeiro presidente da cour d'appel de Paris, competente para decidir em processo de medidas provisórias, autorização para interpor recurso da decisão interlocutória de 5 de Janeiro de 1994. Este pedido foi indeferido por despacho de 24 de Março de 1994.

Quanto à admissibilidade das questões prejudiciais

- 17 A TAT e a SFMI afirmam que as questões prejudiciais são inadmissíveis, dada a incompetência do órgão jurisdicional de reenvio, a falta de descrição do contexto factual e legal do processo no despacho de reenvio, a violação do princípio do contraditório e, por último, o uso indevido do processo.

- 18 Em primeiro lugar, alegam que o objecto essencial do litígio no processo principal é saber se a República Francesa violou o artigo 93.º, n.º 3, do Tratado, ao não notificar à Comissão as medidas que beneficiam a SFMI e a Chronopost e, em caso afirmativo, as consequências que daí decorrem. Ora, em França, apenas os órgãos jurisdicionais administrativos são competentes para fiscalizar a legalidade de actos administrativos relativos à concessão de um auxílio. Os tribunais cíveis também não têm competência para ordenar a restituição de um auxílio ou condenar o Estado no pagamento de uma indemnização. Dado que o tribunal de commerce de Paris é, assim, manifestamente incompetente, as questões submetidas não são necessárias para a resolução do litígio.

- 19 Em segundo lugar, a decisão de reenvio não esclarece a natureza da assistência logística e comercial fornecida à SFMI e à Chronopost pela La Poste. Além disso, o carácter anormalmente baixo da contrapartida desta assistência é meramente alegado, sem estar demonstrado. Nestas condições, as partes que pretendam apresentar observações ao Tribunal de Justiça quase não têm possibilidade de o fazer de modo relevante e o Tribunal não pode responder utilmente às questões que lhe foram submetidas.

- 20 Em terceiro lugar, embora os debates no órgão jurisdicional de reenvio respeitassem apenas a questões de competência, o mesmo órgão considerou provados determinados elementos de facto. Consequentemente, se o Tribunal de Justiça se pronunciasse sobre o pedido prejudicial, fá-lo-ia com base em alegações inexactas e em violação dos direitos da defesa das demandadas no processo principal.

- 21 Em quarto lugar, o processo de decisão prejudicial foi abusivamente utilizado para contornar o obstáculo que resulta para as demandantes no processo principal da lentidão da Comissão em decidir. Com a sua primeira questão, o órgão jurisdicional nacional não se limita, com efeito, a perguntar se as medidas em causa constituem um auxílio na acepção do artigo 93.º, n.º 3, do Tratado, mas pretende ainda saber se são compatíveis com o Tratado, o que é da competência exclusiva da Comissão. Caberia às demandantes no processo principal propor contra a Comissão uma acção por omissão ou um recurso de anulação da decisão de não dar início ao processo de exame contraditório previsto no artigo 93.º, n.º 2, do Tratado.
- 22 Por seu lado, o Governo francês contesta apenas a admissibilidade da primeira questão. Conforme está formulada, esta questão dá a impressão de que o órgão jurisdicional nacional já chegou à conclusão de que a SFMI e a Chronopost receberam benefícios sem contrapartida normal, e que, por isso, beneficiaram de auxílios de Estado. Porém, a decisão de reenvio não contém as considerações de facto e de direito que levaram o tribunal de commerce de Paris a essa conclusão. A inadmissibilidade é tanto mais evidente quanto as questões de facto litigiosas são extremamente complexas.
- 23 Não podem ser aceites estes fundamentos e argumentos.
- 24 No que respeita à alegada incompetência do órgão jurisdicional de reenvio, deve recordar-se que não incumbe ao Tribunal de Justiça verificar se a decisão pela qual foi solicitado a intervir foi adoptada em conformidade com as regras de organização e de processo judiciais de direito nacional. O Tribunal de Justiça deve ater-se à decisão de reenvio que emana de um órgão jurisdicional de um Estado-Membro, enquanto tal decisão não tiver sido revogada no quadro das vias processuais previstas eventualmente pelo direito nacional (v. acórdãos do Tribunal de Justiça de 20 de Outubro de 1993, Balocchi, C-10/92, Colect., p. 5105, n.ºs 16 e 17, e de 14 de Janeiro de 1982, Reina, 65/81, Recueil, p. 33, n.ºs 7 e 8).

- 25 Quanto aos argumentos assentes na falta de descrição do contexto factual e legal do litígio na decisão de reenvio, na violação do princípio do contraditório e no uso indevido do processo, há que salientar, a título liminar, que os mesmos apenas dizem respeito à primeira questão.
- 26 Efectivamente, a decisão de reenvio refere detalhadamente as medidas que as demandantes no processo principal requerem para a hipótese de o órgão jurisdicional nacional declarar que foi violado o artigo 93.º, n.º 3, último período, bem como as posições das partes no processo principal sobre a competência do órgão jurisdicional de reenvio tendo em conta que o caso foi paralelamente submetido à Comissão. Ora, por um lado, as questões 2 a 4 respeitam precisamente às consequências que um órgão jurisdicional nacional pode extrair da falta de notificação prévia dos projectos de auxílios de Estado. Por outro, as questões 5 a 8 respeitam à competência do órgão jurisdicional de reenvio na hipótese de o caso ter sido paralelamente submetido à Comissão.
- 27 Se é certo que a decisão de reenvio apenas apresenta muito sucintamente o quadro factual e legal subjacente à primeira questão, essa circunstância não é, contudo, susceptível, no caso presente, de implicar a sua inadmissibilidade. Com efeito, esta apresentação sucinta permite entender a primeira questão como limitando-se a perguntar ao Tribunal se o fornecimento de assistência logística e comercial sem contrapartida normal por uma empresa pública às suas filiais de direito privado que exercem uma actividade aberta à livre concorrência é susceptível de constituir um auxílio de Estado na acepção do artigo 92.º do Tratado.
- 28 Das considerações que antecedem resulta, por outro lado, que o argumento que consiste no alegado uso indevido do processo tem também de ser rejeitado. Com a sua primeira questão, o órgão jurisdicional de reenvio não solicita que o Tribunal de Justiça usurpe a competência exclusiva da Comissão ao pronunciar-se sobre a compatibilidade das medidas em causa com o mercado comum. Limita-se a pedir esclarecimentos quanto à aplicabilidade do artigo 92.º, n.º 1, do Tratado, a medidas como as que estão em causa a fim de poder extrair as consequências de uma eventual violação da proibição de execução prévia dos projectos de auxílio prevista no artigo 93.º, n.º 3, último período, do Tratado.

29 Assim, há que analisar as questões submetidas.

30 Dado que através das questões 5 a 8 se pretende saber se o órgão jurisdicional nacional tem competência e pode prosseguir a análise do processo apesar de ter sido paralelamente submetido à Comissão, há que abordar estas questões antes das questões 1 a 4, relativas ao conceito de auxílio de Estado e às medidas que devem ser ordenadas em caso de violação do artigo 93.º, n.º 3, último período, do Tratado.

Quanto às questões 5 a 8

31 Com as questões 5 a 8, o órgão jurisdicional nacional pretende, no essencial, saber qual a atitude que deve adoptar quando lhe tenha sido submetido um pedido no sentido de que extraia as consequências da violação do artigo 93.º, n.º 3, do Tratado quando o caso tenha sido paralelamente apresentado à Comissão e esta não tenha ainda decidido se as medidas estatais em causa constituem auxílios de Estado. O órgão jurisdicional nacional interroga-se, mais precisamente, sobre se se deve declarar incompetente (questão 5) ou, pelo menos, suspender a instância até que a Comissão tome posição quanto à qualificação das medidas em causa (questão 6) ou, pelo contrário, se se deve declarar competente e salvaguardar os direitos dos particulares em caso de violação do artigo 93.º, n.º 3, do Tratado, por parte do Estado, proferindo a decisão requerida (questão 8). Por último, o órgão jurisdicional nacional pretende saber se a circunstância de o caso ter sido apresentado à Comissão há mais de dois anos e de as demandantes no processo principal terem demonstrado a urgência da situação tem relevância para a resposta a dar à questão antecedente (questão 7).

32 No entender da TAT, se o caso foi apresentado à Comissão mas esta tem ainda de decidir se as medidas em causa constituem um auxílio de Estado, o órgão jurisdicional nacional deve declarar-se incompetente sob pena de criar um risco de divergência entre a sua decisão e a da Comissão. Caso a Comissão decida posteriormente que as medidas não constituem auxílio de Estado, o processo nacional para

restituição do auxílio nos termos do artigo 93.º, n.º 3, deixará de ter, com efeito, qualquer base jurídica. A título subsidiário, a TAT afirma que o órgão jurisdicional nacional é obrigado a suspender a instância até que a Comissão decida se as medidas constituem um auxílio. Por último, observa que o auxílio, mesmo supondo que exista, deverá ser considerado como um auxílio existente, tendo em conta o período de tempo anormalmente longo de que a Comissão precisou para chegar a uma decisão, pelo que não pode ser objecto de restituição, mas apenas ser suprimido ou alterado para o futuro.

- 33 Esta argumentação improcede.
- 34 A esse respeito, deve recordar-se o sistema de controlo dos auxílios de Estado instituído pelo Tratado e os papéis que assumem, respectivamente, a Comissão e os órgãos jurisdicionais nacionais na respectiva aplicação.
- 35 O artigo 92.º, n.º 1, do Tratado dispõe que «Salvo disposição em contrário do presente Tratado, são incompatíveis com o mercado comum, na medida em que afetem 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».
- 36 Esta proibição, em princípio, de auxílios de Estado não é absoluta nem incondicional dado que, designadamente, o artigo 92.º, n.º 3, concede à Comissão um largo poder de apreciação para aprovar auxílios em derrogação à proibição geral do referido n.º 1. A apreciação, nesses casos, da compatibilidade ou incompatibilidade de um auxílio estatal com o mercado comum levanta problemas que exigem a tomada em consideração e a apreciação de factos e circunstâncias económicas complexos e susceptíveis de rápida alteração (acórdão de 14 de Fevereiro de 1990, dito «Bous-sac», França/Comissão, C-301/87, Colect., p. I-307, n.º 15).

- 37 Por esse motivo, no artigo 93.º, o Tratado prevê um processo especial para exame permanente e controlo dos auxílios pela Comissão. No que respeita aos novos auxílios que os Estados-Membros tenham intenção de instituir, é criado um processo prévio sem o qual nenhum auxílio pode ser considerado regularmente instituído. Nos termos do artigo 93.º, n.º 3, primeiro período, do Tratado, os projectos relativos à instituição ou à alteração de auxílios devem ser notificados à Comissão antes da sua execução.
- 38 A Comissão procede então a um primeiro exame dos projectos de auxílio. Se, no termo desse exame, se lhe afigurar que um projecto não é compatível com o mercado comum, deve sem demora dar início ao processo de exame contraditório previsto no artigo 93.º, n.º 2. Resulta do artigo 93.º, n.º 3, último período, do Tratado que, durante a fase preliminar, o Estado-Membro em causa não pode pôr em execução um projecto de auxílio. No caso de ter sido dado início ao processo de exame contraditório, esta proibição mantém-se até à adopção da decisão da Comissão sobre a compatibilidade do projecto de auxílio com o mercado comum (v. acórdão de 30 de Junho de 1992, Itália/Comissão, C-47/91, Colect., p. I-4145, n.º 24). Pelo contrário, se a Comissão não reagir no prazo de dois meses a partir da notificação, o Estado-Membro em causa pode então dar execução ao projecto de auxílio depois de o comunicar à Comissão (acórdão de 11 de Dezembro de 1973, Lorenz, 120/73, Colect., p. 553, n.º 4).
- 39 A intervenção dos órgãos jurisdicionais nacionais deve-se ao efeito directo reconhecido à proibição de execução dos projectos de auxílio constante do artigo 93.º, n.º 3, último período. A este respeito, o Tribunal de Justiça esclareceu que a natureza imediatamente aplicável da proibição de pôr em execução contida nesse artigo abrange qualquer auxílio que tenha sido executado sem ser notificado e, em caso de notificação, opera durante a fase preliminar e, se a Comissão iniciar o processo contraditório, até à decisão final (acórdãos Lorenz, já referido, n.º 8, e de 21 e Novembro de 1991, Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires et Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon, C-354/90, Colect., p. I-5505, n.º 11, a seguir «acórdão FNCE»).
- 40 Os órgãos jurisdicionais nacionais devem garantir aos particulares que todas as consequências da violação do artigo 93.º, n.º 3, último período, do Tratado serão

daí retiradas, em conformidade com o direito nacional, quer no que diz respeito à validade dos actos de execução das medidas de auxílio, quer à restituição dos apoios financeiros concedidos em violação dessa disposição ou de eventuais medidas provisórias (v. acórdão FNCE, já referido, n.º 12).

- 41 No âmbito da fiscalização do respeito pelos Estados-Membros das obrigações que lhe são impostas pelos artigos 92.º e 93.º do Tratado, os órgãos jurisdicionais nacionais e a Comissão desempenham papéis complementares e distintos.
- 42 Ao extraírem as consequências da violação do artigo 93.º, n.º 3, último período, os órgãos jurisdicionais nacionais não se pronunciam sobre a compatibilidade das medidas de auxílio com o mercado comum, sendo essa apreciação final da competência exclusiva da Comissão, sob a fiscalização do Tribunal de Justiça (v. acórdão FNCE, já referido, n.º 14).
- 43 Quanto à Comissão, não pode, ao contrário dos órgãos jurisdicionais nacionais, ordenar a restituição de um auxílio de Estado apenas pelo motivo de não ter sido notificada nos termos do artigo 93.º, n.º 3, do Tratado (v. acórdãos Boussac, já referido, n.ºs 19 a 22, e de 21 de Março de 1990, Bélgica/Comissão, C-142/87, Colect., p. I-959, n.ºs 15 a 20; FNCE, já referido, n.º 13). Deve antes de tudo, após ter dado ao Estado-Membro em causa a possibilidade de apresentar observações, intimá-lo, através de uma decisão provisória e enquanto aguarda o resultado do exame do auxílio, a que suspenda imediatamente o pagamento deste e forneça à Comissão, no prazo por ela fixado, todos os documentos, informações e dados necessários à análise da compatibilidade do auxílio com o mercado comum. Apenas se o Estado-Membro não fornecer as informações requeridas, apesar de ter sido intimado a fazê-lo pela Comissão, é que esta pode pôr termo ao processo e adoptar uma decisão que declare a compatibilidade ou incompatibilidade do auxílio com o mercado comum, baseando-se nos elementos de que dispõe e, se for caso disso, exigir a restituição do montante do auxílio já pago (v. acórdão Boussac, já referido, n.ºs 19 e 21).

- 44 Nestas condições, o início de um processo de exame preliminar pela Comissão nos termos do artigo 93.º, n.º 3, ou do processo de exame contraditório previsto no artigo 93.º, n.º 2, não exonera os órgãos jurisdicionais nacionais da obrigação de salvaguardarem os direitos dos particulares em caso de violação da obrigação de notificação prévia.
- 45 Qualquer outra interpretação levaria a favorecer o incumprimento por parte dos Estados-Membros da proibição de execução dos projectos de auxílio. Dado que a Comissão só pode ordenar a suspensão de pagamentos suplementares enquanto não tiver adoptado a sua decisão definitiva quanto ao mérito, o efeito útil do artigo 93.º, n.º 3, do Tratado seria atenuado se o facto de o caso ter sido submetido à Comissão impedisse os órgãos jurisdicionais nacionais de extraírem todas as consequências da violação desta disposição.
- 46 Do mesmo modo, não se pode admitir que o atraso com que a Comissão termina o seu exame preliminar possa ter como efeito transformar um novo auxílio concedido em violação do artigo 93.º, n.º 3, último período, do Tratado, num auxílio existente, que só pode ser suprimido para futuro.
- 47 É certo que o Tribunal de Justiça decidiu que, quando um Estado-Membro notifica um projecto de medidas à Comissão, esta deve decidir no prazo de dois meses se dá ou não início ao procedimento previsto no artigo 93.º, n.º 2. Se a Comissão não tomar posição nesse prazo, o Estado-Membro pode pôr o projecto em execução após ter feito o pré-aviso à Comissão. O auxílio é então considerado como auxílio existente sujeito ao controlo previsto no artigo 93.º, n.ºs 1 e 2 (acórdão Lorenz, já referido, n.ºs 4 e 5).
- 48 Esta jurisprudência baseia-se, porém, na necessidade de ter em conta o interesse legítimo do Estado-Membro em causa de ser rapidamente informado da situação jurídica. Este elemento falta quando o Estado-Membro põe em execução projectos de medidas sem as ter previamente notificado à Comissão. Se o Estado-Membro

tinha dúvidas quanto à natureza de auxílios de Estado das medidas que projectou, era-lhe lícito salvaguardar os seus interesses notificando o seu projecto à Comissão, o que obrigaria a Comissão a tomar posição no prazo de dois meses.

- 49 Por último, deve salientar-se que, para determinar se uma medida estatal criada sem ter em conta o processo de exame preliminar instituído pelo artigo 93.º, n.º 3, lhe deve ou não ser sujeita, o órgão jurisdicional nacional pode ter de interpretar o conceito de auxílio referido no artigo 92.º do Tratado (acórdãos de 22 de Março de 1977, Steinike e Weinlig, 78/76, Colect., p. 203, n.º 14, e de 30 de Novembro de 1993, Kirsammer-Hack, C-189/91, Colect., p. I-6185, n.º 14).
- 50 Caso tenha dúvidas quanto à qualificação como auxílio de Estado das medidas em causa, o órgão jurisdicional nacional pode solicitar esclarecimentos à Comissão sobre este ponto. Na sua comunicação de 23 de Novembro de 1995 sobre a co-opeação entre os tribunais nacionais e a Comissão no domínio dos auxílios estatais (JO C 312, p. 8), a Comissão incentivou expressamente os órgãos jurisdicionais nacionais a contactarem-na quando tiverem dificuldades na aplicação do artigo 93.º, n.º 3, do Tratado e esclareceu a natureza das informações que pode fornecer. A este respeito, deve salientar-se que, por força da obrigação de cooperação leal entre as instituições comunitárias e os Estados-Membros que decorre do artigo 5.º do Tratado (despacho do Tribunal de Justiça de 13 de Julho de 1990, C-2/88 Imm., Zwartveld e o., Colect., p. I-3365, n.ºs 17 e 18), a Comissão deve responder no prazo mais breve possível aos pedidos dos órgãos jurisdicionais nacionais.
- 51 Além disso, o órgão jurisdicional nacional pode ou deve, nos termos do artigo 177.º, segundo e terceiros parágrafos, do Tratado, submeter uma questão prejudicial ao Tribunal de Justiça sobre a interpretação do artigo 92.º do Tratado.
- 52 Quando for provável que decorrerá um certo tempo até que o órgão jurisdicional nacional decida definitivamente, compete-lhe apreciar a necessidade de ordenar medidas provisórias como a suspensão das medidas em causa, a fim de salvaguardar os interesses das partes.

- 53 Assim, deve responder-se às questões 5 a 8 que, se a um órgão jurisdicional nacional for submetido um pedido no sentido de que extraia as consequências da violação do artigo 93.º, n.º 3, último período, do Tratado, tendo o caso sido paralelamente submetido à Comissão e não tendo esta ainda decidido quanto à questão de saber se as medidas estatais em causa constituem auxílios de Estado, o órgão jurisdicional não é obrigado a declarar-se incompetente nem a suspender a instância até que a Comissão tome posição sobre a qualificação das medidas em causa. Para determinar se estas medidas deveriam ter sido notificadas à Comissão, o órgão jurisdicional nacional pode ter de interpretar e aplicar o conceito de auxílio. Em caso de dúvida, pode solicitar esclarecimentos à Comissão. Por outro lado, pode ou deve, nos termos do artigo 177.º, segundo e terceiro parágrafos, do Tratado, submeter uma questão prejudicial ao Tribunal de Justiça. Em caso de consulta à Comissão ou de reenvio prejudicial ao Tribunal de Justiça, o órgão jurisdicional nacional deve apreciar a necessidade de ordenar medidas provisórias, a fim de salvaguardar os interesses das partes até que profira decisão definitiva.

Quanto à primeira questão

- 54 Com a primeira questão, o órgão jurisdicional nacional pretende, no essencial, saber se o fornecimento de assistência logística e comercial sem contrapartida normal por uma empresa pública às suas filiais de direito privado que exercem uma actividade aberta à livre concorrência pode constituir um auxílio de Estado na acepção do artigo 92.º do Tratado.
- 55 A título liminar deve observar-se, por um lado, que as medidas em causa nunca foram notificadas à Comissão, dado que o Governo francês considera que não constituem auxílios de Estado e, por outro, que tendo sido apresentada uma denúncia à Comissão em 1990, esta ainda se não pronunciou, após a revogação de uma primeira decisão de indeferimento em 1992, sobre a qualificação da assistência logística e comercial fornecida pela La Poste à SFMI e à Chronopost.

- 56 Deve também salientar-se que o Governo francês e a Comissão estão de acordo quanto ao facto de a primeira questão, da forma como está redigida, merecer resposta afirmativa. Ambos sublinham também que a apreciação do que é uma remuneração normal necessita de uma análise económica aprofundada e complexa dos custos ligados às prestações em causa e que a decisão de reenvio não contém informações suficientes a este respeito.
- 57 Merece acolhimento o ponto de vista de que o fornecimento de assistência logística e comercial sem contrapartida normal por uma empresa pública às suas filiais de direito privado que exercem uma actividade aberta à livre concorrência é susceptível de constituir um auxílio de Estado na acepção do artigo 92.º do Tratado.
- 58 Efectivamente, essa disposição tem por objecto evitar que as trocas comerciais entre Estados-Membros sejam afectadas por benefícios concedidos pelas autoridades públicas que, sob diversas formas, falseiem ou ameacem falsear a concorrência ao favorecer certas empresas ou certas produções (acórdãos de 15 de Março de 1994, Banco Exterior de España, C-387/92, Colect., p. I-867, n.º 12 e de 2 de Julho de 1974, Itália/Comissão, 173/73, Colect., p. 357, n.º 26). O conceito de auxílio abrange, por isso, não apenas prestações positivas como os próprios subsídios, mas também intervenções que, sob diversas formas, aliviam os encargos que normalmente oneram o orçamento de uma empresa, pelo que, não sendo subsídios na acepção estrita da palavra, têm a mesma natureza e efeitos idênticos (acórdão Banco Exterior de España, já referido, n.º 13).
- 59 Das considerações que antecedem, resulta que o fornecimento de bens ou serviços em condições preferenciais é susceptível de constituir um auxílio de Estado (acórdãos de 2 de Fevereiro de 1988, Van der Kooy e o./Comissão, 67/85, 68/85 e 70/85, Colect., p. 219, n.º 28, e de 29 de Fevereiro de 1996, Bélgica/Comissão, C-56/93, Colect., p. I-723, n.º 10).

- 60 Para apreciar se uma medida estatal constitui um auxílio, há assim que determinar se a empresa beneficiária recebe uma vantagem económica que não teria obtido em condições normais de mercado.
- 61 No âmbito desta análise, compete ao órgão jurisdicional nacional determinar a remuneração normal das prestações em causa. Uma apreciação desse tipo pressupõe uma análise económica que tenha em conta todos os factores que uma empresa, que actue em condições normais de mercado, deveria ter tido em consideração ao fixar a remuneração dos serviços fornecidos.
- 62 Tendo em conta as considerações que antecedem, deve responder-se à primeira questão que o fornecimento de assistência logística e comercial por uma empresa pública às suas filiais de direito privado que exercem uma actividade aberta à livre concorrência é susceptível de constituir um auxílio de Estado na acepção do artigo 92.º do Tratado se a remuneração recebida como contrapartida for inferior à que seria exigida em condições normais de mercado.

Quanto à segunda questão

- 63 Com a segunda questão, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber, no essencial, se um órgão jurisdicional nacional a quem tenha sido requerido que ordene a restituição de auxílios deve deferir esse pedido se verificar que os mesmos não foram notificados à Comissão.
- 64 No critério do Governo espanhol, a violação da obrigação de notificação constante do artigo 93.º, n.º 3, apenas pode dar lugar a medidas provisórias, das quais a mais rigorosa é a suspensão do pagamento do auxílio. A restituição só pode ser

ordenada uma vez verificada a incompatibilidade do auxílio com o mercado comum. Se os órgãos jurisdicionais nacionais ordenassem a restituição, antecipar-se-iam à decisão de mérito.

- 65 A TAT, os Governos espanhol, francês e alemão alegam também que os órgãos jurisdicionais nacionais não são obrigados a ordenar a restituição. Efectivamente, seria paradoxal que a violação da obrigação formal prevista no artigo 93.º, n.º 3, do Tratado implicasse necessariamente a restituição do auxílio, enquanto a Comissão apenas é obrigada a ordená-la se verificar a incompatibilidade do mesmo com o mercado comum.
- 66 Estas posições não merecem acolhimento.
- 67 Deve, desde logo, salientar-se que o papel de um órgão jurisdicional nacional a quem haja sido apresentado um pedido com base no artigo 93.º, n.º 3, último período, do Tratado vai além do de um órgão jurisdicional que decide a título provisório. O órgão jurisdicional nacional tem obrigação de assegurar, através da decisão definitiva que profere num processo desse tipo, uma protecção contra os efeitos da execução ilegal de auxílios. Além disso, a sua decisão não pode ser posta em causa pela Comissão. A decisão final de compatibilidade da Comissão não tem como consequência sanar, *a posteriori*, os actos ilegais de aplicação de um auxílio (v. acórdão FNCE, já referido, n.º 16).
- 68 Resulta do acórdão FNCE, já referido, n.º 12, que a declaração de que um auxílio foi concedido em violação do artigo 93.º, n.º 3, último período, deve, em princípio, implicar a sua restituição nos termos das normas processuais nacionais.
- 69 Qualquer outra interpretação levaria a favorecer o incumprimento por parte dos Estados-Membros da proibição constante do artigo 93.º, n.º 3, do Tratado. Assim,

na hipótese de os órgãos jurisdicionais nacionais só poderem ordenar a suspensão de qualquer novo pagamento, os auxílios já concedidos manter-se-iam até à decisão final da Comissão que declarasse a incompatibilidade do auxílio com o mercado comum e ordenasse a sua restituição.

- 70 Tendo em conta a importância que assume o respeito do procedimento de controlo prévio dos projectos de auxílio de Estado para o bom funcionamento do mercado comum, os órgãos jurisdicionais nacionais, em princípio, devem deferir o pedido de restituição dos auxílios pagos em violação do artigo 93.º, n.º 3, do Tratado. Porém, como salientou o advogado-geral nos pontos 73 e 77 das suas conclusões, podem ocorrer circunstâncias excepcionais em que seja inadequado ordenar a restituição do auxílio.
- 71 Assim, deve responder-se à segunda questão que um órgão jurisdicional nacional ao qual foi requerido que ordene a restituição de auxílios deve deferir esse pedido se verificar que os auxílios não foram notificados à Comissão, a menos que, devido a circunstâncias excepcionais, não seja adequada a restituição.

Quanto às terceira e quarta questões

- 72 Com as terceira e quarta questões, o órgão jurisdicional nacional pretende, no essencial, saber se o beneficiário de um auxílio que não tenha verificado se o mesmo foi notificado à Comissão nos termos do artigo 93.º, n.º 3, do Tratado pode ser responsabilizado com base no direito comunitário.
- 73 Deve declarar-se que o mecanismo de controlo e de exame dos auxílios de Estado instituído pelo artigo 93.º do Tratado não impõe qualquer obrigação específica ao

beneficiário do auxílio. Por outro lado, a obrigação de notificação e a proibição prévia de execução dos projectos de auxílio previstas no artigo 93.º, n.º 3, são dirigidas ao Estado-Membro. Por outro, o Estado-Membro é também o destinatário da decisão pela qual a Comissão declara a incompatibilidade de um auxílio e o convida a suprimi-lo no prazo que fixar.

74 Nestas condições, o direito comunitário não fornece base suficiente para responsabilizar o beneficiário que não tenha verificado se o auxílio que recebeu foi devidamente notificado à Comissão.

75 Isto não obsta, porém, à eventual aplicação do direito nacional relativo à responsabilidade extracontratual. Se, nos termos desse direito, a aceitação por parte de um operador económico de um apoio ilícito de modo a ocasionar prejuízo a outros operadores económicos for susceptível, em determinadas circunstâncias, de implicar a sua responsabilidade, o princípio da não discriminação pode levar a que o órgão jurisdicional nacional considere responsável o beneficiário de um auxílio de Estado pago em violação do artigo 93.º, n.º 3, do Tratado.

76 Tendo em conta as considerações que antecedem, deve responder-se às terceira e quarta questões que o beneficiário de um auxílio que não tenha verificado se o mesmo foi notificado à Comissão nos termos do artigo 93.º, n.º 3, do Tratado não pode ser responsabilizado apenas com base no direito comunitário.

Quanto às despesas

77 As despesas efectuadas pelos Governos francês, alemão e espanhol e pela Comissão das Comunidades Europeias, que apresentaram observações ao Tribunal, não são reembolsáveis. Revestindo o processo, quanto às partes na causa principal, a

natureza de incidente suscitado perante o órgão jurisdicional nacional, compete a este decidir quanto às despesas.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA,

pronunciando-se sobre as questões submetidas pelo tribunal de commerce de Paris, por decisão de 5 de Janeiro de 1994, declara:

- 1) Se a um órgão jurisdicional nacional for submetido um pedido no sentido de que extraia as consequências da violação do artigo 93.º, n.º 3, último período, do Tratado CE, tendo o caso sido paralelamente submetido à Comissão e não tendo esta ainda decidido quanto à questão de saber se as medidas estatais em causa constituem auxílios de Estado, o órgão jurisdicional não é obrigado a declarar-se incompetente nem a suspender a instância até que a Comissão tome posição sobre a qualificação das medidas em causa. Para determinar se estas medidas deveriam ter sido notificadas à Comissão, o órgão jurisdicional nacional pode ter de interpretar e aplicar o conceito de auxílio. Em caso de dúvida, pode solicitar esclarecimentos à Comissão. Por outro lado, pode ou deve, nos termos do artigo 177.º, segundo e terceiro parágrafos, do Tratado CE, submeter uma questão prejudicial ao Tribunal de Justiça. Em caso de consulta à Comissão ou de reenvio prejudicial ao Tribunal de Justiça, o órgão jurisdicional deve apreciar a necessidade de ordenar medidas provisórias, a fim de salvaguardar os interesses das partes até que seja proferida decisão definitiva.
- 2) O fornecimento de assistência logística e comercial por uma empresa pública às suas filiais de direito privado que exercem uma actividade aberta à livre concorrência é susceptível de constituir um auxílio de Estado na acepção do artigo 92.º do Tratado CE se a remuneração cobrada como contrapartida for inferior à que seria exigida em condições normais de mercado.

- 3) O órgão jurisdicional nacional ao qual foi requerido que ordene a restituição de auxílios deve deferir esse pedido se verificar que os auxílios não foram notificados à Comissão, a menos que, devido a circunstâncias excepcionais, não seja adequada a restituição.

- 4) O beneficiário de um auxílio que não tenha verificado se o mesmo foi notificado à Comissão nos termos do artigo 93.º, n.º 3, do Tratado não pode ser responsabilizado apenas com base no direito comunitário.

Rodríguez Iglesias

Kakouris

Puissochet

Hirsch

Mancini

Gulmann

Murray

Jann

Ragnemalm

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 11 de Julho de 1996.

O secretário

O presidente

R. Grass

G. C. Rodríguez Iglesias