

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
ANTONIO TIZZANO

apresentadas em 12 de Dezembro de 2002¹

1. Os presentes processos têm como objecto o recurso, interposto pela República Francesa e pelas sociedades Chronopost e La Poste, do acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 14 de Dezembro de 2000, no processo T-613/97, Ufex e o./Comissão (a seguir «acórdão recorrido»)², que anulou o artigo 1.º da Decisão 98/365/CE da Comissão, de 1 de Outubro de 1997 «relativa aos auxílios que a França teria concedido à SFMI-Chronopost» (a seguir «decisão impugnada»)³.

Matéria de facto e tramitação processual

A denúncia do SFEI e as relações entre La Poste e SFMI-Chronopost

2. A complexa matéria de facto que está na base do presente caso remonta há mais de dez anos e tem origem numa denúncia

apresentada à Comissão em Dezembro de 1990. A este respeito, resulta do acórdão recorrido, designadamente, o seguinte:

«1. O Syndicat français de l'express international (a seguir 'SFEI'), ao qual sucedeu a recorrente Union française de l'express, de que são membros as três outras recorrentes, é um sindicato profissional de direito francês que agrupa a quase totalidade das sociedades que oferecem serviços de correio expresso e fazem concorrência à Société française de messagerie internationale (a seguir 'SFMI').

2. Em 21 de Dezembro de 1990, o SFEI apresentou uma denúncia à Comissão por motivo de, nomeadamente, a assistência logística e comercial fornecida pelos correios franceses (a seguir 'La Poste') à SFMI comportar um auxílio de Estado na acepção do artigo 92.º do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 87.º CE). Na denúncia, é principalmente referido o facto de a remuneração paga pela SFMI pela assistência fornecida por La Poste não corresponder às condições normais de mercado. A diferença entre o preço de mercado pela aquisição de tais serviços

1 — Língua original: italiano.

2 — Collect., p. II-4055.

3 — JO L 164, p. 37.

e o preço efectivamente pago pela SFMI constitui um auxílio de Estado. Um estudo económico, realizado, a pedido do SFEI, pela sociedade de consultadoria Braxton associés, foi junto à denúncia, com o fim de avaliar o montante do auxílio durante o período de 1986-1989.

expresso que a SFMI prosseguia sob a denominação EMS/Chronopost foram definidas por uma circular do Ministério dos Correios e Telecomunicações de 19 de Agosto de 1986. Segundo esta circular, La Poste devia fornecer à SFMI uma assistência logística e comercial. As relações contratuais entre La Poste e a SFMI regem-se por convenções, a primeira das quais data de 1986.

3. La Poste, que opera em regime de monopólio legal no sector dos correios ordinários, fez parte integrante da administração francesa até ao fim do ano de 1990. A partir de 1 de Janeiro de 1991, foi organizada como pessoa colectiva de direito público, nos termos da Lei 90-568, de 2 de Julho de 1990. Esta lei autoriza-a a exercer determinadas actividades abertas à concorrência, nomeadamente a expedição de correio expresso.
4. A SFMI é uma sociedade de direito privado a quem foi confiada a gestão do serviço de correio expresso de La Poste desde finais de 1985. Esta empresa foi constituída com um capital social de 10 milhões de francos franceses (FRF), repartido entre a Sofipost (66%), sociedade financeira detida a 100% por La Poste, e a TAT Express (34%), filial da companhia aérea Transport aérien transrégional (a seguir 'TAT').
5. As modalidades de exploração e de comercialização do serviço de correio expresso que a SFMI prosseguia sob a denominação EMS/Chronopost foram definidas por uma circular do Ministério dos Correios e Telecomunicações de 19 de Agosto de 1986. Segundo esta circular, La Poste devia fornecer à SFMI uma assistência logística e comercial. As relações contratuais entre La Poste e a SFMI regem-se por convenções, a primeira das quais data de 1986.
6. Em 1992, a estrutura da actividade de correio expresso realizada pela SFMI modificou-se. A Sofipost e a TAT criaram uma nova sociedade, a Chronopost SA, dela detendo de novo 66% e 34% das acções, respectivamente. A Chronopost, que tinha um acesso exclusivo à rede de La Poste até 1 de Janeiro de 1995, recentrou-se no correio expresso nacional. A SFMI foi adquirida pela GD Express Worldwide France, filial de uma empresa comum internacional que agrupa a sociedade australiana TNT e os correios de cinco países, concentração esta autorizada por uma decisão da Comissão de 2 de Dezembro de 1991 (TNT/Canada Post, DBP Postdienst, La Poste, PTT Poste e Sweden Post, processo IV/M.102, JO C 322, p. 19). A SFMI conservou a actividade internacional, utilizando a Chronopost como agente e prestadora de serviços no tratamento em França das suas remessas internacionais (a seguir 'SFMI-Chronopost')».

A acção intentada no tribunal de commerce de Paris e o reenvio prejudicial

O procedimento instrutório da Comissão e a decisão impugnada

3. Do acórdão recorrido decorre também que, além de apresentar a referida denúncia à Comissão, «em 16 de Junho de 1993, o SFEI e outras empresas intentaram no tribunal de commerce de Paris uma acção contra a SFMI, a Chronopost, La Poste e outras. Um segundo estudo da sociedade Braxton foi junto à petição, actualizando os dados do primeiro estudo e alargando o período de avaliação do auxílio até ao fim de 1991. Por decisão de 5 de Janeiro de 1994, o tribunal de commerce de Paris submeteu ao Tribunal de Justiça várias questões prejudiciais sobre a interpretação dos artigos 92.º e 93.º do Tratado CE (actual artigo 88.º CE), uma das quais incidia sobre o conceito de auxílio de Estado nas circunstâncias do presente processo. O Governo francês entregou ao Tribunal de Justiça, em anexo às suas observações de 10 de Maio de 1994, um estudo económico realizado pela sociedade Ernst & Young. Por acórdão de 11 de Julho de 1996, SFEI e o. (C-39/94, Colect., p. I-3547, a seguir 'acórdão SFEI'), o Tribunal de Justiça declarou 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 CE se a remuneração cobrada como contrapartida for inferior à que seria exigida em condições normais de mercado'» (n.º 9).

4. Relativamente aos auxílios de Estado que teriam sido concedidos à SFMI-Chronopost⁴, decorre do acórdão recorrido que, depois de ter arquivado e posteriormente reaberto o procedimento⁵, a Comissão recebeu, no decurso de 1993 e por mais de uma vez, informações que lhe foram fornecidas pelas autoridades francesas⁶. Pouco antes da pronúncia do referido acórdão SFEI no processo C-93/94, «por carta da Comissão de 20 de Março de 1996, a República Francesa foi informada da abertura do procedimento previsto no artigo 93.º, n.º 2, do Tratado»⁷.

5. O Governo francês e o SFEI submeteram à Comissão as suas observações relativamente à decisão de abertura do procedimento, juntando estudos realizados, por sua conta, por conhecidas sociedades de consultadoria⁸. Nessa ocasião, o SFEI «alargou o âmbito da sua denúncia de Dezembro de 1990 a determinados elemen-

4 — Como na decisão da Comissão, nas presentes conclusões «será sistematicamente feita referência à 'SFMI-Chronopost', mesmo que só diga respeito a uma das duas empresas».

5 — O n.º 7 do acórdão precisa, designadamente, que «por carta de 10 de Março de 1992, a Comissão informou o SFEI do arquivamento da sua denúncia relativa ao artigo 92.º do Tratado. Em 16 de Maio de 1992, o SFEI e outras empresas interpuseram um recurso de anulação no Tribunal de Justiça, dirigido contra esta decisão. O Tribunal de Justiça decidiu não se pronunciar (despacho do Tribunal de Justiça de 18 de Novembro de 1992, C-222/92, SFEI e o./Comissão, não publicado na Colectânea), na sequência da decisão da Comissão, de 9 de Julho de 1992, de retirar a de 10 de Março de 1992».

6 — V., em especial, o n.º 8 do acórdão.

7 — N.º 10 do acórdão; no n.º 11 precisa-se que, em 17 de Julho de 1996, a Comissão publicou no Jornal Oficial das Comunidades Europeias uma comunicação relativa à abertura do procedimento (JO C 206, p. 3).

8 — V. n.ºs 10, 12 e 13 do acórdão recorrido.

tos novos, nomeadamente a utilização da imagem de marca de La Poste, o acesso privilegiado às emissões da Radio France, privilégios aduaneiros e fiscais e investimentos de La Poste em plataformas de tratamento de mensagens»⁹.

6. Na sequência do procedimento de instrução, a Comissão adoptou em 1 de Outubro de 1997 a decisão impugnada, na qual concluiu que «a assistência logística e comercial fornecida pela La Poste à sua filial SFMI-Chronopost, as outras transacções financeiras entre essas duas empresas, a relação entre a SFMI-Chronopost e a Radio France, o regime aduaneiro aplicável à La Poste e à SFMI-Chronopost, o regime da contribuição sobre os salários e do imposto de selo aplicáveis à La Poste e o seu investimento [...] em plataformas de tratamento de mensagens não constituíam] auxílios estatais a favor da SFMI-Chronopost»¹⁰.

7. Limitando-me, para os presentes efeitos, à «assistência logística e comercial», lembro que, segundo as precisões da própria Comissão, esta reconheceu a existência: i) de «*uma assistência logística* consistente em pôr as infra-estruturas postais à disposição da SFMI-Chronopost quanto à recolha, à triagem, ao transporte e à distribuição das suas remessas»; e (ii) de uma «*assistência comercial*» que implicava «o acesso da SFMI-Chronopost à clientela de La Poste e a facilitação, por esta, do seu fundo de comércio».

8. Na decisão impugnada refere-se que, segundo o autor da denúncia, «para decidir se há ou não auxílio estatal, a Comissão [deveria] examinar se a SFMI-Chronopost [tinha] pago o 'preço normal do mercado' pelos serviços de logística e comerciais que lhe foram fornecidos por La Poste», ou seja, o preço «pelo qual uma empresa privada comparável [teria fornecido] os mesmos serviços a uma empresa com a qual não tem qualquer ligação». Em especial, para o cálculo desse preço, «a Comissão não [deveria] tomar em consideração os interesses estratégicos do grupo nem as economias de escala que resultam do acesso privilegiado da SFMI-Chronopost à rede e às instalações da La Poste», uma vez que esta última detinha um monopólio legal. Precisamente por este motivo, na opinião do autor da denúncia, a «SFMI-Chronopost deveria suportar os custos que uma empresa privada deveria suportar para criar uma rede equivalente à da La Poste».

9. Contestando estes argumentos, a Comissão observou que «não exist[ia] qualquer elemento, na jurisprudência do Tribunal, que indi[casse] que a Comissão dev[ia] ignorar as considerações estratégicas e as sinergias resultantes do facto de a La Poste e a SFMI-Chronopost pertencerem ao mesmo grupo» e que, deste ponto vista, era irrelevante «o facto de a transacção ter lugar entre uma empresa que opera num mercado reservado e a sua filial que exerce as suas actividades num mercado aberto à concorrência». Por conseguinte, segundo a Comissão, a questão que convinha colocar era «a de saber se as condições da transacção entre a La Poste e a SFMI-Chronopost [eram] comparáveis às de uma transacção equivalente entre uma empresa-mãe privada, que pode muito bem estar em situa-

9 — N.º 12 do acórdão recorrido.

10 — Artigo 1.º do dispositivo.

ção de monopólio (por exemplo, porque tem direitos exclusivos), e a sua filial». Portanto, não se podia «responder a esta questão aplicando o critério do ‘preço normal do mercado’ invocado pelo autor da denúncia, dado que esse critério não toma[va] em consideração o facto de a transacção ocorrer entre duas empresas pertencentes ao mesmo grupo».

10. Dito isto, a Comissão afirmou que «os preços internos de troca de produtos e serviços entre empresas pertencentes ao mesmo grupo não comportam qualquer vantagem financeira, qualquer que seja, se se tratar de preços calculados com base nos custos completos (isto é, os custos totais acrescidos da remuneração dos capitais próprios)». Aplicando esse critério ao caso em apreço, a Comissão observou:

«No presente caso, os pagamentos efectuados pela SFMI-Chronopost não abrangem os custos totais durante os primeiros dois anos de exploração, mas abrangeram todos os custos excluindo as despesas com a sede e as direcções regionais. A Comissão considera que essa situação não é anormal, dado que as receitas provenientes da actividade de uma nova empresa que pertence a um grupo de empresas só podem abranger os custos variáveis durante o período de arranque. Assim que a empresa tiver estabilizado a sua posição no mercado, as receitas que gera deverão ser superiores aos encargos variáveis, de maneira a que contribua para a cobertura dos encargos

fixos do grupo. No decurso dos dois primeiros exercícios (1986 e 1987), os pagamentos efectuados pela SFMI-Chronopost abrangeram não somente os encargos variáveis, mas também alguns encargos fixos (por exemplo, imóveis e veículos). A França demonstrou que, a partir de 1988, a remuneração paga pela SFMI-Chronopost pela assistência que lhe foi dada abrange todos os custos incorridos pela La Poste, acrescida de uma contribuição para a remuneração dos capitais próprios».

11. Com base nestes elementos, a Comissão concluiu que «a assistência logística e comercial dada pela La Poste à sua filial [tinha sido] fornecida em condições normais de mercado e não constitu[ia] um auxílio estatal».

12. A Comissão confirmou depois esta conclusão também por meio de um outro tipo de verificação, ou seja, apreciando «se o comportamento da La Poste enquanto accionista da SFMI-Chronopost se justifica[va] comercialmente tendo em conta o princípio do investidor numa economia de mercado». A este propósito, observou, designadamente, que:

«De acordo com esse princípio, para determinar se uma transacção entre um Estado-Membro e uma empresa contém elementos de auxílio estatal, há que verificar se a empresa teria estado em posição de obter os fundos necessários no mercado dos capitais privados. Para determinar se a La Poste se comportou como um investidor

numa economia de mercado, a Comissão deverá examinar o rendimento em termos de dividendos e de mais-valias de capital para a empresa-mãe. Não há auxílio estatal quando a taxa de rendimento interno (TRI) do investimento excede os custos do capital da empresa (isto é, a taxa de rendimento normal que um investidor privado exigiria em circunstâncias similares)».

13. No caso em apreço, a Comissão «calculou a TRI e comparou-a ao custo dos fundos próprios da SFMI-Chronopost em 1986 (...), ano em que a empresa foi constituída e entrou em actividade, o que lhe permitiu verificar se a rendibilidade do investimento no seu conjunto foi suficiente». Considerando que «a TRI calculada pela Comissão exced[ia] largamente o custo do capital em 1986», deduziu que «as transacções financeiras que se verificaram entre a La Poste e a sua filial no decurso do período 1986-1991 não comportavam, por conseguinte, qualquer elemento de auxílio»; e, por maioria de razão, não o comportavam «para os anos ulteriores a 1991, no decurso dos quais o montante dos dividendos foi superior aos níveis anteriormente atingidos».

O recurso interposto no Tribunal de Primeira Instância e o acórdão recorrido

14. Por recurso interposto em 30 de Dezembro de 1997, a Ufex, a DHL International, a Federal Express e a CRIE

pediram ao Tribunal de Primeira Instância que se dignasse anular a decisão da Comissão. O pedido foi contestado pela Comissão, em apoio da qual intervieram posteriormente o Governo francês, La Poste e a Chronopost.

15. Segundo decorre do acórdão recorrido, «as recorrentes [invocaram], no seu recurso, quatro fundamentos de anulação» que assentam: i) «na violação dos direitos da defesa, nomeadamente do direito de acesso ao processo»; ii) «na insuficiência de fundamentação»; iii) «em erros de facto e em erros manifestos de apreciação»; e iv) «na violação do conceito de auxílio de Estado»¹¹.

16. Para os presentes efeitos, reveste especial importância o quarto fundamento do recurso, que se articula «em dois aspectos, de acordo com os quais a Comissão violou o conceito de auxílio de Estado, por um lado, por não ter tido em conta as condições normais do mercado na análise da remuneração da assistência fornecida por La Poste à SFMI-Chronopost e, por outro, por excluir deste conceito diversas medidas de que a SFMI-Chronopost beneficiou»¹². A primeira das acusações assentes neste fundamento foi acolhida pelo Tribunal de Primeira Instância com base numa apreciação jurídica que está no fulcro das queixas apresentadas no recurso em análise.

11 — N.º 37.

12 — N.º 39.

17. A este respeito, o Tribunal de Primeira Instância decidiu:

«64 O artigo 92.º, n.º 1, do Tratado tem por objectivo evitar que as trocas comerciais entre os Estados-Membros sejam afectadas por vantagens consentidas pelas autoridades públicas que, por diversas formas, falseiem ou ameacem falsear a concorrência, ao favorecer certas empresas ou certas produções (acórdãos do Tribunal de Justiça de 15 de Março de 1994, Banco Exterior de España, C-387/92, Colect., p. I-877, n.º 12, de 2 de Julho de 1974, Itália/Comissão, 173/73, Colect., p. 357, n.º 26, e SFEL, n.º 58).

65 O conceito de auxílio abrange, por isso, não apenas prestações positivas, como as subvenções, mas também intervenções que, de formas diversas, aliviam os encargos que normalmente oneram o orçamento de uma empresa, pelo que, não sendo subvenções na acepção estrita da palavra, têm a mesma natureza e efeitos idênticos (...).

66 Além disso, como o Tribunal de Justiça declarou no acórdão de 22 de Março de 1977, Steinike & Weinlig (78/76, Colect., p. 595, n.º 21), são essencialmente os efeitos do auxílio, no que se refere às empresas ou produtores beneficiários, que há que considerar e não a situação dos organismos distribuidores ou gestores do auxílio.

67 O conceito de auxílio é, assim, um conceito objectivo e função da mera questão de saber se uma medida estatal confere ou não um benefício a uma ou a certas empresas (acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 27 de Janeiro de 1998, Ladbroke Racing/Comissão, T-67/94, Colect., p. II-1, n.º 52, e de 10 de Maio de 2000, SIC/Comissão, T-46/97, Colect., p. II-2125, n.º 83).

68 A interpretação do conceito de auxílio de Estado, nas circunstâncias do presente processo, foi feita pelo Tribunal de Justiça no acórdão SFEL, segundo o qual: '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'.

69 Decorre das considerações que precedem que, a fim de apreciar se as medidas em causa podem constituir auxílios de Estado, se deve examinar a situação do ponto de vista da empresa beneficiária, no caso a SFMI-Chronopost, e determinar-se se esta recebeu a assistência logística e comercial em causa a um preço que não teria podido obter em condições normais de mercado (acórdãos SFEL, n.º 60, SIC/Comissão, já referido, n.º 78, e acórdãos do Tribunal de Justiça de 29 de Abril de 1999, Espanha/Comissão, C-342/96, Colect., p. I-2459, n.º 41, e de 29 de Junho de 1999, DM Transport, C-256/97, Colect., p. I-3913, n.º 22).

70 No acórdão SFEI, o Tribunal de Justiça declarou que esta apreciação 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 (n.º 61).

71 No caso vertente, a Comissão observa, na decisão impugnada, que '[o] facto de a transacção ter lugar entre uma empresa que opera num mercado reservado e a sua filial que exerce as suas actividades num mercado aberto à concorrência não entra em linha de conta no presente caso. O Tribunal de Justiça nunca indicou que, para determinar a existência, ou não, de um auxílio estatal, a Comissão deveria aplicar um método diferente quando uma das partes envolvidas na operação tem um monopólio'.

72 Em consequência, a Comissão considerou que os preços internos de troca de produtos e serviços entre empresas pertencentes ao mesmo grupo 'não comportam qualquer vantagem financeira, qualquer que seja, se se tratar de preços calculados com base nos custos completos (isto é, os custos totais acrescidos da remuneração dos capitais próprios)'.

73 Resulta destas afirmações que a Comissão não se baseou numa análise económica, tal como exigida pelo acórdão SFEI, para demonstrar que a transacção em questão

era comparável a uma transacção entre empresas agindo em condições normais de mercado. Pelo contrário, a Comissão contentou-se, na decisão impugnada, em verificar quais tinham sido os custos assumidos por La Poste para o fornecimento da assistência logística e comercial e qual o nível a que tais custos foram reembolsados pela SFMI-Chronopost.

74 Ora, mesmo supondo que a SFMI-Chronopost tenha pago os custos completos de La Poste pelo fornecimento da assistência logística e comercial, isto não seria em si suficiente para demonstrar que não se tratava de auxílios na acepção do artigo 92.º do Tratado. Com efeito, dado que La Poste pôde provavelmente, graças à sua situação enquanto empresa pública possuindo um sector reservado, fornecer uma parte da assistência logística e comercial a custos inferiores aos de uma empresa privada que não beneficiasse desses mesmos direitos, uma análise que tivesse unicamente em conta os custos desta empresa pública não poderia, sem outra justificação, excluir as medidas em causa da qualificação de auxílio de Estado. Pelo contrário, é justamente a relação em que a empresa-mãe opera num mercado reservado e a sua filial exerce as suas actividades num mercado aberto à concorrência que cria uma situação em que um auxílio de Estado é susceptível de existir.

75 Em consequência, a Comissão deveria ter apurado se estes custos completos correspondiam aos factores que uma empresa, agindo em condições normais de mercado, deveria ter tido em consideração

aquando da fixação da remuneração pelos serviços fornecidos. Assim, a Comissão deveria pelo menos ter verificado que a contrapartida recebida por La Poste era comparável à reclamada por uma sociedade financeira privada ou um grupo privado de empresas, que não operasse num sector reservado, que possuísse uma política estrutural, global ou sectorial, guiada por perspectivas a longo prazo (v., neste sentido, o acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de Março de 1991, Itália/Comissão, C-305/89, Colect., p. I-1603, n.º 20).

76 Resulta do que precede que, ao afastar, na decisão impugnada, a própria existência de um auxílio de Estado sem verificar se a remuneração cobrada por La Poste pelo fornecimento da assistência comercial e logística à SFMI-Chronopost correspondia à contrapartida que teria sido reclamada em condições normais de mercado, a Comissão fundou a sua decisão numa interpretação errónea do artigo 92.º do Tratado.

77 Esta interpretação não pode ser infirmada pela afirmação da Comissão de que o artigo 222.º do Tratado CE (actual artigo 295.º CE) determina que o Tratado em nada prejudica o regime da propriedade nos Estados-Membros. Com efeito, o facto de se exigir que a remuneração cobrada por uma empresa pública que possui um monopólio pelo fornecimento da assistência comercial e logística à sua filial corresponda à contrapartida que teria sido reclamada em condições normais de mercado

não impede uma tal empresa pública de penetrar num mercado aberto, mas submete-a às regras da concorrência, como é imposto pelos princípios fundamentais do direito comunitário. Com efeito, uma tal exigência não viola o regime da propriedade pública, mais não fazendo do que tratar de modo idêntico o proprietário público e o proprietário privado».

18. Com base nestas considerações, o Tribunal de Primeira Instância considerou fundada o primeiro aspecto do quarto fundamento do recurso e concluiu:

«Em consequência, há que anular o artigo 1.º da decisão impugnada na parte em que declara que a assistência logística e comercial fornecida por La Poste à sua filial SFMI-Chronopost não constitui um auxílio estatal a favor da SFMI-Chronopost, sem necessidade de examinar o segundo aspecto deste fundamento ou os demais fundamentos, na medida em que estes digam respeito à assistência logística e comercial fornecida por La Poste à sua filial SFMI-Chronopost. Em especial, não há que examinar o segundo fundamento, pelo qual as recorrentes alegam, em substância, que a fundamentação da decisão impugnada relativa à assistência logística e comercial é insuficiente» (n.º 79).

19. Por isso, nos números seguintes, o Tribunal de Primeira Instância analisou

apenas o primeiro fundamento (assente na alegada violação do direito de defesa das recorrentes) e os aspectos do terceiro fundamento (assente em erros de facto e em erros manifestos de apreciação) que não diziam respeito à assistência logística e comercial fornecida por La Poste à SFMI-Chronopost. Em ambos os casos, as acusações das recorrentes foram declaradas infundadas. Por conseguinte, o Tribunal de Primeira Instância anulou o artigo 1.º da decisão impugnada, na parte referida, declarando o recurso improcedente quanto ao resto.

artigo 117.º do regulamento de processo, a Chronopost e La Poste apresentaram uma réplica, a que se seguiu uma tréplica da Ufex.

Análise jurídica

A tramitação no Tribunal de Justiça

20. Por petições que deram entrada na Secretaria do Tribunal de Justiça em 19 e 27 de Fevereiro de 2001, a Chronopost (processo C-83/01 P), a República Francesa (processo C-93/01 P) e La Poste (processo C-94/01 P), intervenientes em apoio da Comissão no processo de primeira instância, interpuseram recurso do acórdão do Tribunal de Primeira Instância, pedindo ao Tribunal de Justiça que se digne anular o referido acórdão e (somente no caso da Chronopost) decidir directamente o recurso interposto no Tribunal de Primeira Instância. Nos recursos participaram a Ufex, a DHL International, a Federal Express International (France) e a CRIE, apresentando conjuntamente uma resposta ao abrigo do artigo 115.º do regulamento de processo (a seguir referir-me-ei a estes sujeitos de direito, em conjunto, como «Ufex»); a Comissão não apresentou qualquer resposta, pelo que se manteve alheia aos processos. Com autorização do Presidente do Tribunal de Justiça, nos termos do

21. Nos processos em apreço, que por motivos óbvios analisarei conjuntamente, a Chronopost, a República Francesa e La Poste apresentaram fundamentos de recurso em grande parte coincidentes. Em substância, alega-se:

- i) uma violação do artigo 87.º, n.º 1, CE, por erro na interpretação da referência às «condições normais de mercado» constante do acórdão SFEI;
- ii) uma violação do procedimento previsto no artigo 88.º, n.º 2, CE, e um consequente desvio de processo;
- iii) uma violação do amplo poder discricionário reconhecido à Comissão na apreciação de uma medida economicamente complexa;

iv) uma violação do artigo 87.º, n.º 1, por erro na interpretação dos elementos constitutivos do conceito de auxílio de Estado e, em especial, pela concessão de uma vantagem à empresa beneficiária e pela transferência de recursos estatais;

v) uma violação do dever de fundamentação.

Quanto à primeira acusação, relativa a uma violação do artigo 87.º, n.º 1, CE, por erro na interpretação do conceito de «condições normais de mercado»

Argumentos das partes

22. A primeira acusação formulada pelas recorrentes ao acórdão recorrido gira em torno do conceito de «condições normais de mercado» utilizado no acórdão SFEI para determinar em que casos o fornecimento de assistência logística e comercial, por parte de uma empresa pública, às suas filiais que exercem actividade num sector aberto à livre concorrência, pode dar lugar a um auxílio de Estado. De facto, nesse acórdão, o Tribunal de Justiça precisou que o fornecimento dessa assistência pode constituir um auxílio «se a remuneração recebida como contrapartida for inferior à que

seria exigida *em condições normais de mercado»*¹³.

23. Como se viu, para aplicar esse critério no caso em apreço, a Comissão considerou que era necessário «saber se as condições da transacção entre a La Poste e a SFMI-Chronopost (eram) comparáveis às de uma transacção equivalente entre uma empresa-mãe privada, *que pode muito bem estar em situação de monopólio* (por exemplo, porque tem direitos exclusivos), e a sua filial»¹⁴. Nesta óptica, a Comissão precisou que «os preços internos de troca de produtos e serviços entre empresas pertencentes ao mesmo grupo não comportam qualquer vantagem financeira, qualquer que seja, se se tratar de preços calculados com base nos custos completos (isto é, os custos totais acrescidos da remuneração dos capitais próprios)». No entanto, esta abordagem não mereceu acolhimento do Tribunal de Primeira Instância, segundo o qual, nos termos do acórdão SFEI, «a Comissão deveria ter apurado se estes custos completos correspondiam aos factores que uma empresa, agindo em condições normais de mercado, deveria ter tido em consideração aquando da fixação da remuneração pelos serviços fornecidos. Assim, a Comissão deveria pelo menos ter verificado que a contrapartida recebida por La Poste era comparável à reclamada por uma sociedade financeira privada, ou um grupo privado de empresas, *que não operasse num sector reservado* e que possuísse uma política estrutural, global ou sectorial, guiada por perspectivas a longo prazo»¹⁵.

13 — N.º 62; o sublinhado é meu.

14 — O sublinhado é meu.

15 — N.º 75; o sublinhado é meu.

24. Através da acusação em análise, as recorrentes contestam a solução a que chegou o Tribunal de Primeira Instância, o qual, em sua opinião, violou o artigo 87.º, n.º 1, CE, relativo à noção de auxílios de Estado, desvirtuando o conceito de «condições normais de mercado».

25. As recorrentes observam, em especial, que para aplicar esse conceito no caso em apreço, com base no conhecido princípio do investidor privado numa economia de mercado, o Tribunal de Primeira Instância devia ter tomado como referência a contrapartida que teria sido reclamada à própria filial de um operador privado comparável a La Poste, que «prossiga uma política estrutural, global ou sectorial, orientado por perspectivas de rentabilidade a mais longo prazo»¹⁶. Com efeito, a jurisprudência do Tribunal de Justiça já esclareceu que, para apreciar a eventual concessão de auxílios, há que comparar o comportamento da empresa pública com a de um operador privado «de dimensão comparável»¹⁷ ou «que se encontre, na medida do possível, na mesma situação»¹⁸. Ao tomar como referência uma empresa privada «que não operasse num sector reservado», o Tribunal de Primeira Instância cometeu o erro de assumir como termo de comparação uma empresa estruturalmente diferente de La Poste, em vez de confrontar o comportamento desta última com o de uma empresa que se encontrasse na mesma situação (ou seja, que dispusesse de um sector reservado).

26. De resto, que o critério tradicional do investidor privado se deveria aplicar no caso em apreço decorre claramente, na opinião das recorrentes, das conclusões apresentadas pelo advogado-geral Jacobs no processo SFEL, posteriormente confirmadas pelo acórdão do Tribunal de Justiça. Por outro lado, acrescentam as recorrentes, se o acórdão tivesse querido referir-se a um operador privado que não dispusesse de um monopólio legal, tê-lo-ia indicado expressamente e sem ambiguidade, em vez de se referir simplesmente às «condições normais de mercado».

27. Sempre na mesma óptica, a Chronopost lembra que a jurisprudência do Tribunal de Justiça não exige que se confrontem os preços da empresa pública com os dos seus concorrentes. Por isso, não seria correcto afirmar a existência de um auxílio de Estado apenas porque La Poste facturou os seus serviços a preços menos elevados do que os reclamados pelas empresas-mãe dos concorrentes da SFMI-Chronopost. Na realidade, só haveria um auxílio se La Poste tivesse tido um comportamento que não teria sido possível a um operador privado que se encontrasse na mesma situação, ou seja, se aquela tivesse renunciado a uma remuneração normal dos seus serviços.

28. Além disso, a Chronopost acrescenta que, se a concessão de um sector reservado a La Poste não constitui um auxílio de Estado a seu favor, as eventuais vantagens que esta daí poderia retirar em termos de produtividade (o que não está todavia demonstrado) não seriam diferentes das economias de escala realizáveis por uma empresa privada que se encontrasse em

16 — Acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de Março de 1991, Itália/Comissão, já referido (C-305/89), n.º 20.

17 — Acórdãos do Tribunal de Justiça de 21 de Março de 1991, Itália/Comissão, já referido, n.º 19 e de 14 de Setembro de 1994, Espanha/Comissão (C-42/93, Colect., p. I-4175), n.º 13.

18 — Acórdão do Tribunal de Justiça de 29 de Junho de 1999, DMT (C-256/97, Colect., p. I-3913), n.º 25.

posição dominante ou de monopólio. Consequentemente, mesmo que o preço facturado à sua filial reflectisse essas economias, tal não comportaria um auxílio de Estado se permitisse a La Poste cobrir os seus custos completos, dado que, nesse caso, não permitiria transferências de meios, para actividades desenvolvidas em concorrência, mais elevadas do que as que, na mesma situação, teriam sido realizadas também por uma empresa privada.

29. Por outro lado, as recorrentes salientam o carácter abstracto da solução do Tribunal de Primeira Instância, segundo o qual, para apurar a concessão de um auxílio, se deviam ter em consideração os custos que uma hipotética empresa privada «que não operasse num sector reservado» teria que suportar para estabelecer e manter uma rede comparável à de La Poste, para prestar um serviço análogo de assistência logística e comercial. Com efeito, essa solução exigiria que se encontrasse uma empresa ideal, operando num mercado ideal, o que implicaria graves problemas de insegurança jurídica.

30. Mas as recorrentes contestam também a exequibilidade da solução apontada pelo Tribunal de Primeira Instância. Com efeito, segundo a República Francesa, tal solução seria absurda, visto que um operador privado sem um monopólio legal jamais se dotaria de uma rede de serviço público comparável à de La Poste. A confirmá-lo, La Poste lembra que, no Tribunal de Primeira Instância, a própria Ufef sustentou que «a garantia de uma promessa

comercial como a oferecida pela SFMI, que somente é concebível num universo de serviço público, parece totalmente irrealista num sector concorrencial (...). Uma rede como a do SFMI [*rectius*: de La Poste] não é à evidência uma rede de mercado». De resto, como os concorrentes da SFMI-Chronopost não manifestaram interesse em ter acesso a semelhante rede (como demonstra o facto de La Poste não ter recebido qualquer pedido nesse sentido), esta última considera que não existia qualquer preço que pudesse ser tomado como referência. A Chronopost salienta o carácter abstracto da solução do Tribunal de Primeira Instância que, na prática, exigiria que se encontrasse uma empresa ideal, operando num mercado ideal, e a grande insegurança jurídica que de tal solução resultaria.

31. De modo mais geral, as recorrentes observam que, na prática, o acórdão recorrido não permitiria aos monopolistas públicos operarem também em mercados abertos à concorrência, gerando desse modo uma grave discriminação no que lhes diz respeito. Além disso, reporia em questão o financiamento do serviço público, contrariando, desse modo, os princípios comunitários na matéria.

32. Em sentido totalmente oposto apontam, obviamente, as observações da Ufef, segundo a qual o Tribunal de Primeira Instância interpretou correctamente o con-

ceito de «condições normais de mercado» constante do acórdão SFEL.

33. Com efeito, segundo a Ufex, para apurar se determinadas operações decorrem em «condições normais de mercado» e, portanto, não comportam auxílios, é preciso estabelecer uma diferença entre os casos em que o Estado age como investidor ou credor e aqueles em que age num mercado aberto à concorrência, por meio da diversificação das actividades de uma empresa pública que detém um monopólio legal.

34. No primeiro caso, a apreciação das «condições normais de mercado» não exige a determinação de um preço de mercado (com efeito, não houve qualquer venda de bens ou prestações de serviços por parte do Estado), devendo somente ter-se em consideração o rendimento dos capitais investidos e os riscos assumidos. No entanto, se uma empresa pública operando num sector reservado presta serviços às filiais que exercem a sua actividade num mercado aberto à concorrência, as transacções só têm lugar em «condições normais de mercado» se a contrapartida paga por esses serviços corresponder ao seu preço de mercado. Nesta segunda hipótese, deve-se, essencialmente, utilizar a *benchmark* do preço de mercado normalmente usada pela Comissão para apurar se a concessão de uma garantia por parte do Estado ou a venda de activos públicos (tais como, por exemplo, empresas públicas, terrenos ou edifícios) comportam auxílios de Estado.

35. É neste sentido que, segundo a Ufex, deve ser entendido o acórdão SFEL. Para averiguar se a assistência logística e comercial fornecida por La Poste comportou um auxílio a favor da SFMI-Chronopost, na aceção daquele acórdão, há que comparar o preço pago por esta última sociedade com o preço que um seu concorrente teria tido que pagar para obter as mesmas prestações no mercado. Para tanto, poder-se-ia também apreciar a aquisição das prestações em causa não num mercado totalmente independente mas no interior de um grupo operando em «condições de mercado», tomando em consideração o facto de, no interior desse grupo, a empresa-mãe poder baixar os seus preços, na óptica de uma política estrutural caracterizada por investimentos a longo prazo. Mas, em qualquer caso, como precisou o Tribunal de Primeira Instância, a comparação devia ser efectuada com uma sociedade financeira privada ou um grupo privado de empresas «que não operassem num sector reservado», na medida em que o titular de um monopólio legal não age seguramente em condições normais de mercado.

36. Por conseguinte, em tal situação, seria errado averiguar a existência de um auxílio de Estado com referência ao rendimento obtido por uma empresa-mãe operando num sector reservado. Com efeito, o facto de ter sido concedido um monopólio legal à empresa-mãe pode comprometer essa averiguação, sendo legítimo recear que a situação de monopólio envolva uma diminuição dos custos em relação aos praticados no mercado, permitindo, assim, obter um rendimento artificialmente elevado. Portanto, correctamente no acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância não se concentrou nos encargos suportados pela empresa pública titular de um monopólio legal e, portanto, na sua rentabilidade,

antes tomou como referência os preços de mercado para o fornecimento dos serviços em causa por uma empresa privada operando em condições normais de mercado e, consequentemente, não dispondo de um monopólio legal.

37. A Ufex acrescenta depois que, para proceder à verificação exigida pelo Tribunal de Primeira Instância, não é necessário considerar os encargos que um operador privado que não exerça a sua actividade num sector reservado deveria suportar para se dotar, *ex nihilo*, de uma rede postal comparável à de La Poste, que manifestamente não constitui uma «rede de mercado». Tratar-se-ia simplesmente de verificar quais são os serviços oferecidos por La Poste à Chronopost e avaliar os custos que, em condições normais de mercado, uma empresa privada teria de assumir para fornecer serviços análogos. Atendendo a que, por exemplo, o serviço oferecido pela Chronopost aos seus clientes implicava a utilização de 14 258 estações de correios de La Poste, para depósito e levantamento das remessas, haveria que avaliar os custos que um operador privado teria que suportar para poder dispor desses imóveis (ou melhor, da parte necessária para a prestação do serviço oferecido pela Chronopost), tendo em consideração os preços exigidos pela sua locação ou pela sua aquisição no mercado imobiliário.

Apreciação

38. Na minha apreciação da acusação em análise, devo observar, a título preliminar,

que não parece haver dúvidas quanto o facto de, no período considerado, La Poste estar «encarregada da gestão de um serviço de interesse económico geral», na acepção da jurisprudência Corbeau¹⁹. Esse «serviço» consistia, essencialmente, «na obrigação de assegurar a recolha, transporte e distribuição do correio, em benefício de todos os utentes, em todo o território do Estado-Membro em causa, mediante tarifas uniformes e condições de qualidade semelhantes, sem ter em conta as situações especiais e a rentabilidade económica de cada operação individual»²⁰. Por outras palavras, La Poste estava encarregada de fornecer aquilo que, no artigo 3.º da Directiva 97/67/CE, relativa às regras comuns para o desenvolvimento do mercado interno dos serviços postais comunitários e a melhoria da qualidade de serviço²¹, foi posteriormente definido como «serviço universal». Para esse efeito, teve de dotar-se de importantes infra-estruturas e de meios de diversa ordem (a «rede postal») que lhe permitissem fornecer o serviço postal de base a todos os utilizadores (a tarifas uniformes e em idênticas condições de qualidade) também nas zonas rurais ou pouco populosas, onde as tarifas não cobriam os custos incorridos com a prestação do serviço. A própria atribuição dessa função de interesse económico geral justificava a concessão de um monopólio legal do serviço de entrega do correio normal na medida em que, conforme precisado no acórdão Corbeau, «a obrigação de o titular dessa missão assegurar a prestação dos seus serviços em condições de equilíbrio económico pressupõe a possibilidade de proceder à compensação entre os sectores de actividades rentáveis e os menos rentáveis e justifica, portanto, a limitação

19 — Acórdão do Tribunal de Justiça de 19 de Maio de 1993, Corbeau (C-320/91, Colect., p. I-2533), n.º 15.

20 — *Ibidem*.

21 — Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Dezembro de 1997, publicada no JO L 15 p. 14.

da concorrência dos empresários privados nos sectores economicamente rentáveis»²².

39. Para fornecer o serviço universal, La Poste teve que dotar-se de uma rede especial — que se pode definir, na expressão posteriormente utilizada pela Directiva 97/67, como «rede postal pública»²³ — que não se justificaria com base numa mera lógica «de mercado». Essa rede, que comportava custos fixos muito elevados, foi criada e mantida graças a intervenções de diversa ordem da administração francesa (de que La Poste fez parte integrante até 1990), entre as quais, como já foi referido, a concessão de um monopólio legal do serviço de entrega do correio normal (o «sector reservado»).

22 — N.º 17 do acórdão. Mais em especial, segundo o Tribunal de Justiça, essa limitação da concorrência é justificada pela exigência de evitar formas de «cream skimming» por parte de operadores privados, pois que autorizá-los «a concorrerem com o titular do direito exclusivo, em sectores por eles escolhidos, abrangidos por esse direito, seria permitir-lhes concentrarem-se nas actividades economicamente rentáveis e nelas oferecerem tarifas mais vantajosas que as praticadas pelos titulares de direitos exclusivos, uma vez que, contrariamente a estes últimos, não estão economicamente obrigados a proceder à compensação das perdas sofridas nos sectores não rentáveis com os lucros realizados nos sectores mais rentáveis» (n.º 18).

23 — A este respeito, lembro que o artigo 2.º, n.º 2, da Directiva 97/67, define a «rede postal pública» como «o sistema de organização e meios de toda a ordem utilizados pelo prestador ou prestadores do serviço universal com vista, nomeadamente:

- à recolha, nos pontos de acesso em todo o território, dos envios postais abrangidos por uma obrigação de serviço universal,
- ao encaminhamento e tratamento desses envios postais desde o ponto de acesso da rede postal até ao centro de distribuição,
- à distribuição no endereço indicado no envio postal».

40. A mesma rede, cuja manutenção era necessária para o fornecimento do serviço universal, foi essencialmente utilizada por La Poste para dar à sua própria filial SFMI-Chronopost (operando no sector do «correio expresso») uma assistência logística que consistia em colocar à disposição desta as suas infra-estruturas postais para «a recolha, a triagem, o transporte e a distribuição das suas remessas». Em especial, a Comissão apontou «o facto de a SFMI-Chronopost ter acesso à rede da sua empresa-mãe» como um dos factores que tinham contribuído para o seu êxito, permitindo-lhe «conquist[ar] quota[s] de mercado, consolid[ar] a sua posição e consegu[ir] lucros sucessivos». A Comissão salientou, com efeito, que «a SFMI-Chronopost, especialmente durante os seus primeiros anos de exploração, subcontratou a maior parte da sua actividade à La Poste, o que limitou os seus custos de instalação (e, nomeadamente, os seus custos fixos)», o que, em sua opinião, explicava «que a empresa [tivesse] sido dotada de fundos próprios muito limitados». Aproveitando a rede de La Poste, a SFMI-Chronopost oferecia aos seus clientes um serviço de correio expresso «menos completo do que os oferecidos pela concorrência, especialmente pela DHL», mas a «preços inferiores»: em especial, segundo salientou a Comissão, a «SFMI-Chronopost fazia normalmente a recolha de cartas e encomendas dos seus clientes ocasionais nas estações de correio, enquanto os seus concorrentes faziam as suas recolhas ao domicílio».

41. Em síntese, a assistência logística em questão consistia em colocar à disposição da SFMI-Chronopost a rede postal pública de La Poste (financiada, pelo menos em parte, pelas receitas do monopólio legal) a

fim de esta poder aproveitar essa circunstância para desenvolver a sua actividade no sector do correio expresso.

42. Ora, é justamente a consideração do tipo especial de serviço fornecido por La Poste à Chronopost que também me leva, como aconteceu com as recorrentes, a duvidar do critério indicado pelo Tribunal de Primeira Instância para apurar se a remuneração paga por esse serviço comportava um auxílio de Estado.

43. Como se viu, segundo o Tribunal de Primeira Instância, a Chronopost não podia limitar-se a verificar se a contrapartida paga pela SFMI-Chronopost cobria os «custos completos» suportados por La Poste para fornecer a sua assistência, antes «deveria ter apurado se estes custos completos correspondiam aos factores que uma empresa, agindo em condições normais de mercado, deveria ter tido em consideração aquando da fixação da remuneração pelos serviços fornecidos. Assim, a Comissão deveria pelo menos ter verificado que a contrapartida recebida por La Poste era comparável à reclamada por uma sociedade financeira privada, ou um grupo privado de empresas, *que não operasse num sector reservado* e que possuísse uma política estrutural, global ou sectorial, guiada por perspectivas a longo prazo»²⁴.

44. Em resumo, na opinião do Tribunal de Primeira Instância, a Comissão devia ter

apurado a contrapartida que por esses serviços teria reclamado uma sociedade financeira privada ou um grupo privado de empresas que não fosse obrigado a assegurar o fornecimento do serviço postal universal e, conseqüentemente, não beneficiasse de um monopólio legal. Por outras palavras, a Comissão devia ter assumido como parâmetro a contrapartida que esse operador privado teria exigido a uma sua filial para (além de lhe fornecer uma assistência comercial) colocar à sua disposição uma rede postal comparável à de La Poste.

45. Em minha opinião, porém, ao tomar esta posição o Tribunal de Primeira Instância exigiu à Comissão que aplicasse um teste manifestamente irrealista e, por isso, inadequado para determinar, num caso semelhante, a eventual existência de um auxílio de Estado na aceção do artigo 87.º CE.

46. Como já foi referido, a criação e a manutenção de uma rede postal pública como a de La Poste não se justificam numa pura lógica de mercado, dado que essa rede se destina manifestamente ao fornecimento do serviço universal; de resto, a própria Ufex salientou que «uma rede como aquela de que a SFMI-Chronopost pôde beneficiar não é manifestamente uma rede de mercado»²⁵. O que quer dizer que, em «condições normais de mercado», não é racional, do ponto de vista económico, dotar-se de uma rede desse género, assumindo os consideráveis custos fixos que esta com-

24 — N.º 75; o sublinhado é meu.

25 — Tréplica no processo C-94/01, n.º 28.

porta, somente para poder fornecer a terceiros ou a empresas filiais uma assistência logística do género da que está em causa. Com efeito, o fornecimento de tal assistência só se justifica, do ponto de vista económico, relativamente a uma empresa que tenha de manter uma rede postal pública análoga à de La Poste com o fim de assegurar o serviço universal (financiado pelo Estado), uma vez que só uma empresa que já dispusesse de uma tal rede poderia oferecer a assistência logística em causa incorrendo em custos suplementares razoavelmente reduzidos.

47. Do que afirmei decorre que, «em condições normais de mercado», uma empresa privada que não fosse obrigada a manter uma rede postal pública comparável à de La Poste para assegurar o fornecimento do serviço postal universal (recebendo, em troca, uma compensação adequada do Estado, por exemplo sob a forma de monopólio legal) não disporia dessa rede postal e não poderia, por isso, fornecer a uma sua filial uma assistência logística do género da que está em causa. Por conseguinte, ao exigir à Comissão que apurasse a contrapartida que por essa assistência teria reclamado uma hipotética sociedade financeira privada ou grupo privado de empresas que não fosse obrigado a assegurar o fornecimento do serviço postal universal, o Tribunal de Primeira Instância acolheu uma interpretação errada do artigo 87.º CE, porque tomou, como *benchmark* para o apuramento de eventuais auxílios de Estado, um operador privado que, na realidade, não existiria «em condições normais de mercado».

48. Nem me parece que tal conclusão possa ser reposta em discussão pela objecção da UFX, segundo a qual, para proceder à verificação exigida pelo Tribunal de Primeira Instância, não seria necessário considerar o custo que uma empresa privada que não exercesse a sua actividade num sector reservado teria de suportar para se dotar, *ex nihilo*, de uma rede postal pública comparável à de La Poste, mas haveria simplesmente que apurar os custos que, em condições normais de mercado, um operador privado teria de suportar para fornecer os serviços em questão. Com efeito, não vejo como um operador privado que não se dotasse de uma rede postal pública comparável à de La Poste poderia alguma vez fornecer, a uma sua filial operando no sector do correio expresso, uma assistência logística que consistisse em colocar à disposição dela uma tal rede postal para «a recolha, a triagem, o transporte e a distribuição das suas remessas».

49. Dito isto, há agora que perguntar de que modo é possível apurar, nos termos do acórdão SFEI, se, num caso análogo, a remuneração recebida como contrapartida pelo fornecimento da assistência logística e comercial não é «inferior à que seria exigida em condições normais de mercado». A fundamentação do acórdão não dá indicações claras a este respeito, precisando apenas que, para «apreciar se uma medida estatal constitui um auxílio, há que (...) determinar se a empresa beneficiária recebe uma vantagem económica que não teria obtido em condições normais de mercado. No âmbito desta análise, compete ao órgão jurisdicional nacional deter-

minar 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»²⁶.

50. Como se viu, segundo as recorrentes, para esse efeito deve aplicar-se o conhecido critério do investidor privado numa economia de mercado. Ou seja, deve apurar-se se a contrapartida paga pela SFMI-Chronopost é inferior àquela que uma empresa privada que se encontrasse na mesma situação que La Poste e, portanto, dispusesse de uma rede postal pública análoga, exigiria a uma sua filial para fornecer a assistência em causa.

51. Como salientam as recorrentes, o advogado-geral Jacobs parece ter-se manifestado a favor desse critério, nas conclusões apresentadas no processo SFEL, ao sustentar que «o fornecimento, por um organismo público, de assistência logística e comercial a uma empresa na qual esse organismo é titular de uma participação directa ou indirecta, em condições financeiras mais favoráveis do que as que essa empresa poderia obter junto de um investidor privado equiparável, constitui um auxílio na acepção do artigo 92.º, n.º 1». Para tanto, segundo o advogado-geral, afigura-se necessário «averiguar se um

investidor privado se contentaria com uma contrapartida do nível da recebida em troca da assistência fornecida, tendo em conta factores como os custos do fornecimento dessa assistência, a importância do seu investimento na empresa e as receitas que daí retira, a importância da actividade da empresa para o grupo que realiza o investimento visto no seu conjunto, as condições do mercado em causa e o período durante o qual a assistência é concedida»²⁷.

52. Todavia, não creio que a aplicação desse critério possa garantir, num caso como o presente, que a contrapartida paga pela filial não comporte um auxílio de Estado. De facto, uma empresa privada que se encontrasse na mesma situação que La Poste seria levada a fixar o montante da contrapartida de modo a maximizar os resultados do grupo no seu conjunto, tendo naturalmente em consideração os lucros distribuídos pela filial que exerce a sua actividade no sector do correio expresso²⁸. Essa empresa poderia assim contentar-se com uma contrapartida reduzida, na prossecução de uma estratégia global destinada a reforçar a posição concorrencial da filial no mercado do correio expresso. Poderia dar à filial o benefício exclusivo de todas as economias de escala decorrentes da utilização da rede postal já detida para o forne-

27 — N.º 61.

28 — Para efeitos deste raciocínio prescinde-se da eventual existência de vínculos de outra natureza, como por exemplo os derivados de disposições específicas em matéria fiscal ou societária, na determinação dos preços para as transacções intragrupo.

cimento do serviço universal²⁹, a fim de aumentar os lucros por ela gerados e, por este meio, os resultados globais do grupo.

53. Uma sociedade exercendo a sua actividade no sector do correio expresso poderia, assim, obter uma importante vantagem concorrencial em relação aos seus concorrentes, resultante não já de economias de escala realizáveis «em condições normais de mercado» no interior de qualquer grupo privado, mas do facto de ser detida por uma empresa encarregada de fornecer o serviço postal universal, a qual, por esse motivo, possui uma rede postal pública financiada pelo Estado por meio da concessão de um monopólio legal. O que demonstra, em minha opinião, que a aplicação do critério do investidor privado, num caso como o presente, não permite apurar, como exigido pelo acórdão SFEL, se a filial obtém «uma vantagem económica que não teria obtido em condições normais de mercado»³⁰.

54. Na realidade, para poder excluir com segurança que a SFMI-Chronopost beneficiou dessa vantagem económica haveria que comparar o preço pago a La Poste com o preço que esta última poderia ter obtido se tivesse oferecido no mercado a sua assistência logística e comercial às empresas de correio expresso interessadas. Com efeito, desse modo poder-se-ia apurar, por

29 — A contrapartida poderia corresponder, por exemplo, apenas ao montante dos custos suplementares especificamente suportados para poder fornecer a assistência logística e comercial à filial, sem cobrir uma parte adequada dos custos fixos resultantes da manutenção da rede postal pública.

30 — N.º 60.

um lado, se a Chronopost recebeu essa assistência a um preço inferior ao que os seus concorrentes teriam pago pelas mesmas prestações e, por outro, se a remuneração recebida por La Poste, como contrapartida, é «inferior à que seria exigida em condições normais de mercado».

55. Receio, todavia, que, na ausência de referências concretas e objectivas no mercado, essa apreciação possa revelar-se demasiado hipotética e abstracta, com o risco de produzir resultados bastante discutíveis, senão mesmo arbitrários. Com efeito, creio que, tendo em consideração as especificidades do caso *sub judice*, não será possível encontrar no mercado *benchmarks* adequadas para se proceder a essa apreciação, atendendo, em especial, a que:

- por um lado, como se viu, a assistência em causa podia ser oferecida apenas pela empresa encarregada de fornecer o serviço postal universal em França (e, por conseguinte, por La Poste), com a consequência de não ser possível encontrar dados sobre o preço reclamado por operadores terceiros, pelo fornecimento de serviços análogos³¹;

31 — Trata-se, a meu ver, de uma diferença importante relativamente aos processos Sécuritépost (Decisão 1999/676/CE da Comissão, de 20 de Julho de 1999, relativa a supostos auxílios concedidos pela França à Sécuritépost (JO L 274, p. 37) e SNCM [Decisão 2002/149/CEE da Comissão, de 30 de Outubro de 2001, relativa aos auxílios estatais concedidos pela França à Société Nationale Maritime Corse-Méditerranée (SNCM), JO L 50, p. 66] invocados pela UFEX, nos quais a Comissão pôde confrontar o preço exigido por determinados serviços pelas empresas públicas suspeitas de terem concedido ou recebido auxílios de Estado com o preço exigido por terceiros, por serviços análogos.

— por outro lado, segundo afirmou La Poste, sem ser desmentida pelas contrapartes, nenhum concorrente da SFMI-Chronopost alguma vez exigiu ter acesso à rede de serviço público da La Poste, nem quando (a partir de 1995) a SFMI-Chronopost deixou de beneficiar de um acesso exclusivo a essa rede³². O que quer dizer que não se dispõe de dados objectivos e verificáveis, nem sequer quanto o preço que operadores terceiros, concorrentes da SFMI-Chronopost, estariam dispostos a pagar pela assistência logística e comercial em causa.

56. Estas considerações levam-me a pensar que, na ausência de indicações pontuais quanto ao valor de mercado da assistência logística e comercial oferecida por La Poste, há que buscar outros critérios que permitam verificar se a contrapartida por tal assistência foi fixada de modo a favorecer a SFMI-Chronopost e comportou, para esta última, «uma vantagem económica que não teria obtido em condições normais de mercado».

57. Para esse efeito, e no que ao presente caso interessa, parece-me legítimo tomar

32 — Da decisão impugnada decorre que «a Chronopost beneficiou [até 1 de Janeiro de 1995] de um acesso exclusivo à rede de La Poste». Esse dado não é, de resto, reposto em discussão pela UFEK senão pelo facto de, em sua opinião, o acesso à rede de La Poste ter sido aberto a terceiros a partir de 18 de Março de 1995, em vez de 1 de Janeiro do mesmo ano (v. n.ºs 172 e 173 da contestação, em que é especialmente invocada a decisão da Comissão no processo n.º IV/M.102, já referido, pela qual foi autorizada a criação da empresa comum GNEW).

como referência dados objectivos e verificáveis, como os referentes aos custos suportados por La Poste para o fornecimento dos serviços em causa. Na ausência de termos de comparação adequados quanto ao valor de mercado dos serviços oferecidos, e não sendo possível tomar como base apreciações associadas a uma estratégia global de grupo, uma empresa que actue em condições normais de mercado só pode fixar o preço desses serviços com base nos respectivos custos. Nessas circunstâncias especiais, creio que os custos constituem o único factor objectivo e verificável que, nos termos do acórdão SFEI, «uma empresa, que actue em condições normais de mercado, deveria ter em consideração ao fixar a remuneração dos serviços fornecidos».

58. Nestes termos, considero, em especial, que se pode excluir a concessão de um auxílio de Estado a favor da SFMI-Chronopost no caso de a contrapartida exigida cobrir todos os custos suplementares, fixos e variáveis, especificamente suportados por La Poste para poder fornecer a assistência logística e comercial (ou seja, os custos directos) e uma parte adequada dos custos fixos resultantes da manutenção da rede postal pública (ou seja, os custos comuns incorridos quer com assistência em causa quer com o fornecimento do serviço universal)³³. Desse modo, seria possível verificar se as economias de escala resultantes

33 — A este respeito podem extrair-se indicações interessantes do artigo 14.º, n.ºs 2 e 3, da Directiva 97/67, onde se indicam os critérios contabilísticos a que devem obedecer os fornecedores do serviço universal.

da utilização da rede postal pública de La Poste foram disponibilizadas em benefício exclusivo da SFMI-Chronopost e se esta última contribuiu (ou não) *pro quota* para a cobertura dos custos suportados por La Poste para a manutenção dessa rede³⁴.

59. Em minha opinião, decorre do que deixei dito que, no caso em apreço, não é correcto afirmar, como fez o Tribunal de Primeira Instância, que, contentando-se «em verificar quais tinham sido os custos assumidos por La Poste para o fornecimento da assistência logística e comercial e qual o nível a que tais custos foram reembolsados pela SFMI-Chronopost», «a Comissão não se baseou numa análise económica, tal como exigida pelo acórdão SFEI, para demonstrar que a transacção em questão era comparável a uma transacção entre as empresas agindo em condições normais de mercado».

60. Em conclusão, à luz das considerações que antecederam, penso que o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro de

direito ao interpretar o artigo 87.º, n.º 1, CE, no sentido de que a Comissão não podia apreciar a existência de um auxílio a favor da SFMI-Chronopost com referência aos custos assumidos por La Poste, mas devia antes ter verificado se a contrapartida por esta recebida era «comparável à reclamada por uma sociedade financeira privada, ou um grupo privado de empresas, que não operasse num sector reservado e que possuísse uma política estrutural, global ou sectorial, guiada por perspectivas a longo prazo».

61. Ao examinar os fundamentos do recurso aduzidos pela UFEF, o Tribunal de Primeira Instância devia ter interpretado a referida disposição no sentido de que, num caso como o presente, a Comissão podia excluir a concessão de um auxílio de Estado a favor da SFMI-Chronopost se a contrapartida exigida cobrisse todos os custos suplementares, fixos e variáveis, especificamente suportados por La Poste para poder fornecer a assistência logística e comercial e uma parte adequada dos custos fixos resultantes da manutenção da rede postal pública.

62. Acolhendo a acusação em análise, e sem ter de examinar os outros fundamentos do recurso, o acórdão do Tribunal de Primeira Instância deve ser anulado na medida em que, por sua vez, anulou o artigo 1.º da decisão impugnada «na parte em que declara que a assistência logística e comercial fornecida por La Poste à sua filial SFMI-Chronopost não constitui um auxílio estatal a favor da SFMI-Chronopost».

34 — Isto, por outro lado, permitiria também verificar se a contrapartida paga pela SFMI-Chronopost contribuiu para reduzir os custos suportados por La Poste para o fornecimento do serviço universal. A este respeito, parece oportuno recordar que, no acórdão TNT Traco, de 17 de Maio de 2001 (C-340/99, Colect., p. I-4109), relativo à aplicação dos artigos 82.º e 86.º, n.º 1 e 2, CE, a um caso nalguns aspectos diferente do presente, o Tribunal de Justiça esclareceu que, no caso de ser «ela própria [a empresa encarregada de assegurar o serviço postal] a fornecer um serviço de correio expresso que não faz parte daquele», importa também «que vele por que não sejam as suas actividades de serviço universal a suportar a totalidade ou parte dos custos das suas actividades de serviço de correio expresso, sob pena de indevidamente aumentar os encargos do serviço universal e, conseqüentemente, eventuais perdas deste resultantes» (n.º 58).

63. Consequentemente, o processo relativo ao recurso de anulação interposto pela Ufex deve ser remetido ao Tribunal de Primeira Instância para que este se pronuncie, à luz das indicações fornecidas pelo Tribunal de Justiça, quanto aos fundamentos do recurso interposto em primeira instância pela Ufex para contestar a apreciação efectuada pela Comissão relativamente à assistência logística e comercial fornecida por La Poste à sua filial.

I — Conclusões

64. Pelas razões acima expostas, proponho que o Tribunal de Justiça declare o seguinte:

- o acórdão do Tribunal de Primeira Instância, de 14 de Dezembro de 2000, T-613/97, Ufex e o./Comissão, é anulado na medida em que anulou o artigo 1.º da Decisão 98/365/CE da Comissão, de 1 de Outubro de 1997, relativa aos auxílios que França teria concedido à SFMI-Chronopost, «na parte em que declara que a assistência logística e comercial fornecida por La Poste à sua filial SFMI-Chronopost não constitui um auxílio estatal a favor da SFMI-Chronopost»;
- o processo é remetido ao Tribunal de Primeira Instância;
- as despesas são reservadas.